

Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica

Coordinatori: Roberto Bartoli – Antonio Vallini

Componenti: Enrico Mario Ambrosetti, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Sergio Bonini, Stefano Canestrari, Giovannangelo De Francesco, Luciano Eusebi, Gianluca Gentile, Maria Beatrice Magro, Annamaria Peccioli, Marco Pelissero, Antonio Vallini

LA RIFORMA DEI REATI DOLOSI, E PRETERINTENZIONALI, CONTRO LA VITA E L'INTEGRITÀ FISICA

RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO ALLA PROPOSTA DI ARTICOLATO¹

Sommario:

1. Appunti *de iure condendo* in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica (Antonio Vallini)
2. Reati codicistici in materia di interruzione di gravidanza: questioni *de iure condendo* (Antonio Vallini)
 - 2 -bis. Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica – interruzione di gravidanza (Luciano Eusebi)
3. La riforma dei delitti di omicidio doloso (art. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni (Enrico Ambrosetti)
4. La riforma delle circostanze aggravanti dell'omicidio (Gianluca Gentile)
5. Prospettive di riforma in materia di suicidio assistito e omicidio *pietatis causa* (Gianluca Gentile)
6. Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma degli artt. 579-580 c.p. (Maria Beatrice Magro)
 - 5-bis. Note a margine alla relazione e proposta di articolato elaborata dalla prof.sa Beatrice Magro, avente ad oggetto le fattispecie di “omicidio del consenziente” e “istigazione o aiuto al suicidio” (Antonio Vallini)

¹ Sintesi e coordinamento complessivo di Antonio Vallini (Pisa, 14 luglio 2020)

7. Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p. (Stefano Canestrari, con la collaborazione di Matteo Leonida Mattheudakis)

8. Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all'incolumità personale (Giovannangelo De Francesco)

9. Progetto di riforma dei delitti di lesioni (Annamaria Peccioli)

10. Intervento medico in assenza di consenso (Marco Pelissero)

11. Doping: stato dell'arte e futuribili (Sergio Bonini)

11 bis Note a margine in tema di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio, omicidio preterintenzionale, aggravanti dell'omicidio, atto medico arbitrario, delitti di doping (Luciano Eusebi)

12. Criticità e proposte di soluzione *de iure condendo* in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p. (Fabio Basile)

12 bis. Note a margine alle proposte di riforma dei delitti in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p. (Antonio Vallini)

12. ter. Note a margine in tema di delitti contro l'embrione umano e la maternità, di reati di omicidio e fattispecie a struttura preterintenzionale, di abbandono di persona incapace (Marco Pelissero)

N.B.: Ogni relazione – e ogni nota a margine, dissenziente o concorrente - riflette principalmente l'opinione di chi l'ha redatta e di chi abbia voluto ad essa espressamente aderire, e non necessariamente rappresenta un orientamento maggioritario all'interno del gruppo di ricerca.

1. Appunti *de iure condendo* in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica

(Antonio Vallini)²

La necessaria dipendenza da più generali opzioni di disciplina

Non è semplice elaborare norme incriminatrici in tema di procreazione medicalmente assistita (PMA), o a tutela dell’embrione, senza aver prima chiare le opzioni di fondo di quella che potrebbe essere una riforma complessiva in materia – in larga parte extrapenale, dunque estranea alla nostra competenza.

Le scelte penali appaiono necessariamente debitorie di simili opzioni, sul piano, prima di tutto, della individuazione dei beni giuridici meritevoli di tutela. **Gli spazi di discrezionalità politica a questo riguardo sono notevoli, ed ampio è il range delle opzioni bioetiche e biopolitiche** che potrebbero legittimamente ispirare le scelte del legislatore, come riconosciuto anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte costituzionale (v. ad es. C. eur. dir. uomo, Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia; C. cost. 13 aprile 2016, n. 84, entrambe in materia di destinazione dell’embrione sovrannumerario alla ricerca scientifica, sia pure da differenti prospettive), e come testimoniato dalla varietà di impostazioni negli ordinamenti comparabili al nostro.

Anche le modalità di disciplina teoricamente a disposizione del legislatore sono varie e differenti, come rivelato, ancora una volta, dall’indagine comparata. Il **modello “proibizionista rigido”** delineato dalla l.40/2004 (*unicum* nel quadro degli ordinamenti al nostro più vicini³), interessato più a proibire che a regolamentare, incentrato sulla prevalenza assoluta e non modulabile di certi interessi rispetto ad altri, sembra **difficilmente riproponibile**, avendo presto rivelato un’intrinseca incompatibilità con la Costituzione e con la Carta europea dei diritti dell’uomo, tanto da venire in larga misura smantellato dalle decisioni delle Corti. Al di là di questo paradigma, tuttavia, lo studio degli ordinamenti stranieri offre una modellistica variegata, e un’ampia possibilità di scelta tra discipline interventiste a tendenza impositiva ed invece a tendenza permissiva, tra legislazioni che prediligono bilanciamenti e, dunque, precetti “generali e astratti” ed altre che, invece, “procedimentalizzano” la regolamentazione privilegiando soluzioni caso per caso (sia pure orientate da criteri di massima: si veda in particolare il modello inglese). È di tutta evidenza che il ruolo del diritto penale può mutare significativamente a seconda del paradigma prescelto, estendendosi quanto

² Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

³ PENASA La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita, Trento, 2015

più la legislazione sarà a tendenza impositiva, e **rispondendo più alla logica della “tutela di beni”, o, invece, della “tutela di funzioni”, quanto più si opti per un sistema di precetti astratti, ovvero per una disciplina incentrata su “procedure” volte a contemperare caso per caso i beni in gioco.**

Diritti e interessi costituzionali implicati

Rimane ferma, in ogni caso, l'esigenza di salvaguardare alcuni beni fondamentali ormai ampiamente accreditati dalle Corti e dalla riflessione dottrinale, o comunque di non sacrificarne alcuno in termini irragionevoli, ove si debba operare un bilanciamento tra istanze contrapposte (come, in effetti, si deve: si rammenta che una disciplina legale della PMA è stata qualificata come “costituzionalmente necessaria” dalla Corte costituzionale - sent. 45/2005 - anche se non vincolata nei contenuti). Tra gli altri, assumono un significato primario:

1. il **diritto alla salute della donna** (e pure della “coppia”, secondo una – discutibile – presa di posizione di Corte cost. 162/2014), di cui puntualmente si ribadisce la natura di criterio inderogabile di orientamento delle scelte legislative, in ogni sentenza costituzionale che ha avuto ad oggetto la l.40/2004. Al punto da far ritenere che l'art.32 Cost. contribuisca non solo a definire il valore in quest'ambito prevalente, ma anche a profilare un **limite costituzionalmente adeguato all'accesso alla procreazione assistita**, quasi ad attutire la tendenza verso una totale liberalizzazione cui altrimenti condurrebbe un'enfatizzazione del solo diritto alla procreazione (in tal senso depone, da ultimo, la sentenza con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente legittimo il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita opposto dalla l.40/2004 alle coppie omosessuali, non essendo propriamente per patologie riproduttive che tali coppie cercano alternative alla riproduzione per vie naturali⁴);
2. il **diritto alla procreazione**, (inteso più come spazio di libertà costituzionalmente e convenzionalmente salvaguardato, che non come diritto in senso stretto): artt.. 2, 3 e 31 Cost. (ad es. Corte. Cost. 162/2014); art.8 CEDU (ampia giurisprudenza)
3. il **valore costituzionale dell'embrione umano *in vitro***, sicuramente non paragonabile a quello di un “bene” oggetto di diritti patrimoniali (CEDU Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia), ed anzi dalla Corte costituzionale ricondotto all'art. 2 Cost. in quanto «entità che ha in sé il principio della vita» umana, senza differenziazioni in ragione del suo stato di salute e di vitalità, della sua effettiva e praticabile destinazione a fini riproduttivi (v. Corte cost. sn. 229 del 2015 e, poi, 13 aprile 2016, n. 84, con una presa di posizione che, discutibilmente, di fatto dissocia il valore dell'embrione da quello, costituzionalmente assai più definito, della “maternità” – art.31 Cost.); valore nondimeno considerato bilanciabile (in linea di principio anche con la libertà di ricerca scientifica – ancora Corte

⁴ Corte cost., sent. 18 giugno 2019 (dep. 23 ottobre 2019), n. 221

cost.84/2016), e senz'altro recessivo rispetto alla salute della donna (che persona già è, mentre il concepito persona ancora deve diventare: così nelle sentenze in materia di interruzione volontaria di gravidanza, più propriamente riferite al feto in gestazione. In tema di PMA v. in particolare C. cost. 8 maggio 2009, n. 151; n. 96 del 2015).

4. la **libertà di ricerca scientifica**, che guadagna ulteriore significato in ambito biomedico, in quanto correlata anche alla salvaguardia della salute collettiva (artt.9, 32, 33 Cost.). V. Corte cost. sent.84/2016;
5. i **diritti attinenti all'identità genetica e alla integrità del patrimonio genetico**, garantiti da una pluralità di fonti sovranazionali: v. le tre "Dichiarazioni universali" dell' UNESCO sul genoma umano e i diritti dell'uomo dell'11 novembre 1997, sui dati genetici umani del 16 ottobre 2003, sulla bioetica e i diritti umani del 19 ottobre 2005; l'art. 13 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, Oviedo, 4 aprile 1997, e relativo Protocollo addizionale sul divieto di clonazione (riproduttiva) di esseri umani del 12 gennaio 1998 (la cui ratifica da parte dell'Italia — mai perfezionata — è stata autorizzata con l. 28 marzo 2001, n.145); l'art. 3 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

(Segue): il problematico valore della dignità

Non di rado si evoca, poi, un limite alla PMA, e alle manipolazioni dell'embrione umano, costituito dall'esigenza di preservare la *dignità umana*: declinata ora come dignità delle persone coinvolte, fossero pure consenzienti — ad esempio colei che si offre per una maternità surrogata, il partner sterile nell'eterologa - o la dignità del futuro nato, compromessa, ad esempio, da certe relazioni familiari o da certi modi del concepimento; o, ancora, una dignità riferita ad azioni o relazioni — dignità della procreazione, della famiglia — o all'embrione in quanto essere umano, anche se non necessariamente «persona». In senso contrario, in nome di una dignità intesa sostanzialmente quale sinonimo di piena autodeterminazione, si propone invece una pratica "liberalizzazione" della PMA quasi senza limiti.

Si tratta, invero, di un **valore senz'altro fondamentale, e tuttavia dal contenuto troppo vago, capace di fungere da avallo retorico ad opzioni bioetiche e biopolitiche persino opposte, e, in molte sue espressioni, di troppo labile ancoraggio costituzionale**, per poter costituire esso soltanto l'oggetto giuridico di scelte criminose, o per poter comunque consentire limitazioni ad altri diritti invece dal più univoco statuto. Quando intesa come limite all'autodeterminazione individuale entro spazi di *privacy* (art.8 CEDU), la "dignità" assume poi toni paternalistici, stridenti con il diritto al libero sviluppo della personalità individuale (art.2 Cost.), che la rendono ancor più problematica.

Mantengono tuttavia un sicuro significato la **dignità dell'embrione** ricondotta dalla Corte cost. all'art. 2 Cost. (v. *supra* – nonché C. giust. UE 18 ottobre 2011, causa C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace; C. giust. UE, Grande Sez., 18 dicembre 2014, causa C-364/13, International Stem Cell c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks), il **divieto di mercificazione del corpo umano** (art.3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nonché la **dignità (della specie umana?)** quand'essa fornisce una *ratio* a certi espliciti divieti (ad esempio di eugenetica, di clonazione riproduttiva, di alterazione del genoma, di produzione di embrioni al solo fine di sperimentazione) consolidati nelle convenzioni internazionali e negli ordinamenti nazionali: i pochi casi, dunque, in cui disponiamo d'una concretizzazione normativa puntuale della generica nozione di dignità umana, indizio d'una legittimazione culturale diffusa e storicizzata, che rende plausibile anche la predisposizione di una tutela penale. Da segnalare, peraltro, che talora anche in questi casi il bene giuridico tutelato può essere più puntualmente e solidamente individuato in prerogative del futuro nato (si pensi, ad es., ad interventi di ingegneria genetica sull'embrione destinato ad una procreazione medicalmente assistita, non motivati da finalità terapeutiche e, quindi, illegittimamente e molto pervasivamente invasivi della dimensione corporale dell'uomo che da quell'embrione deriverà)

La “bussola” dell'art. 3 Cost.

Allo stesso modo, una bussola fondamentale sarà costituita dall'art.3 Cost., essendo ad es. ormai accreditato nella giurisprudenza delle Corti che **il ricorso alla procreazione medicalmente assistita** – specie quando funzionale a superare problemi di salute riproduttiva, dunque a garantire altro diritto fondamentale e a superare un “ostacolo” ad una situazione di uguaglianza sostanziale – **non reca in sé alcun profilo di disvalore** e non può dunque esso solo giustificare, per quanto qui interessa, divieti volti a impedire il raggiungimento di esiti invece liberamente perseguibili mediante procreazione c.d. “naturale” (v. ad es. Corte cost. 162/2014, con cui si è dichiarato incostituzionale il divieto c.d. di “fecondazione eterologa”, oppure, tra le molte, C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia, ricorso n. 54270/10, § 55 ss.). Il pieno riconoscimento del valore costituzionale e convenzionale – se non altro ai sensi dell'art.2, 3, 30, 31 Cost. e 8 CEDU - di comunioni familiari e degli affetti non necessariamente corrispondenti a quella “tradizionale”, fondata sul matrimonio e il legame biologico con i figli, **impedisce altresì di fondare “illeciti di concepimento” in ragione del tipo di famiglia e di genitorialità che si andrebbe a realizzare** (C. cost. 15 aprile 2010, n. 138 e C. cost. 11 giugno 2014, n. 170; C. eur. dir. uomo 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, ricorsi n. 18766/11 e n.36030/11). Per analoghe ragioni, per la mancanza di univoco supporto empirico e scientifico, e, volendo, persino per ostacoli logici (difficilmente può essere inteso a tutela del “figlio” un divieto che impedisce lo stesso concepimento di quel “figlio” ...), appare altresì **arduo giustificare eventuali “illeciti di concepimento” (tanto più penalmente sanzionati) supponendo pregiudizi al benessere futuro del nato** derivanti *ipso facto* dall'essere collocato in certe comunità familiari, piuttosto che altre, o addirittura dall'aver o non avere legami biologici con uno o entrambi i genitori (interessante potrebbe essere, casomai, **subordinare l'accesso**

alla procreazione assistita ad una valutazione volta per volta della idoneità dei richiedenti a sostenere il ruolo genitoriale, analogamente a quanto accade in tema di adozioni, e a quanto accade nel sistema inglese: ma, ancora una volta, si tratta di scelte che esulano, o comunque precedono, quelle strettamente penalistiche).

Per altro verso, è pur vero che le **scelte circa, in particolare, l'accesso di coppie omosessuali** dovranno giocoforza coordinarsi con quelle più generali in tema di unioni civili omosessuali (sul punto, Corte cost., sent. 18 giugno 2019 (dep. 23 ottobre 2019), n. 221, ha ritenuto in sé non irragionevole la scelta, compiuta dalla l.40/2004, di riservare a coppie eterosessuali l'accesso alla procreazione medicalmente assistita). Mentre, ancora, **contro una piena "fungibilità" tra procreazione naturale e artificiale** potrà operare, laicamente, un **criterio di contenimento di conseguenze negative sulla salute individuale e pubblica, e sull'economia della salute pubblica**. La procreazione medicalmente assistita è comunque un trattamento sanitario che, come tale, implica quote di rischio per la salute del paziente, la cui applicazione deve dunque trovare una giustificazione clinica positiva (salvo altrimenti fondarne la legittimità entro i soli angusti limiti dell'art.50 c.p.); inoltre, sembra vi sia un più elevato rischio di malattie del feto, del nascituro e della gestante, in caso di concepimento artificiale, che si accresce, specie per la donna, in caso di età avanzata. Il ricorso diffuso e potenzialmente illimitato alle biotecnologie riproduttive da parte di soggetti capaci di procreare, o fisiologicamente incapaci, non motivato da ragioni sanitarie, oltre a esporre più facilmente il medico a responsabilità, comporterebbe un incremento statistico di patologie. Ne deriverebbe anche un impegno di risorse del servizio sanitario, evitabile predisponendo limiti all'accesso che non comprimano irragionevolmente diritti individuali, potendo quei soggetti aver figli (o aver avuto figli) anche senza la procreazione medicalmente assistita. È su argomenti analoghi che la Corte costituzionale ha riconosciuto, in altre occasioni, la ragionevolezza di obblighi legali di "auto-preservazione", sia pure sanzionati in via soltanto amministrativa (C. cost. 16 maggio 1994, n. 180 e C. cost., ordinanza, 18 febbraio 2009, n. 49).

L'art.3, quale fonte di un principio, questa volta, di non discriminazione e ragionevolezza sistematica (ed anche i criteri di stretta necessità e proporzione che soli consentono compressioni alle prerogative di cui all'art.8 CEDU) preme poi affinché **non si creino insensate disarmonie tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella sulla interruzione di gravidanza**. Quest'ultima, per come delineata dalla l.194/1978, costituisce in qualche modo un parametro "fisso", in quanto dichiarata dalla Corte costituzionale "a contenuto costituzionalmente vincolato", dunque è ad essa che la regolamentazione sulla pma deve adeguarsi, e non viceversa. Su queste basi è stata dichiarata incostituzionale la l.40/2004 nelle parti in cui "lasciava intendere" sussistente un divieto di **diagnosi preimpianto (PGD)** – o comunque la rendeva inattuabile per tutte quelle coppie che, pur portatrici di gravi malattie ereditarie, tuttavia non avessero da risolvere problemi di infertilità o sterilità – così impedendo di prevenire la gestazione in quei medesimi casi (gravi malattie del feto che possono ripercuotersi sulla salute psico-fisica della madre) in cui la l.194/78

consente, invece, l'interruzione di gravidanza (trattamento invasivo, ben più oneroso e rischioso per la salute psico-fisica della donna, comunque destinato a sopprimere il concepito, e tale da impedire qualsiasi nascita, mentre diagnosi e selezione preimpianto preludono alla nascita di un figlio sano). V. le due citt. sentenze della Corte cost. del 2015; C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia.

Il criterio di extrema ratio

Tutto ciò premesso, nell'orizzonte del nostro progetto appare forse opportuno ragionare in termini molto rigorosi di *extrema ratio*, e conformemente al principio di offensività, e cioè immaginare di **collocare nel codice pochi precetti penali destinati a intervenire ove constino offese, o almeno la messa in pericolo (secondo un giudizio di "causabilità" empiricamente solido), di interessi che appaiano indubbiamente meritevoli di questo tipo di tutela** alla stregua delle indicazioni promananti dalle Convenzioni internazionali, dalla giurisprudenza delle Corti, dalla comparazione e, perché no, dalle riflessioni dottrinali. Questo approccio, per così dire, "minimalista", saldamente ancorato ai principi fondamentali della nostra disciplina, ed incentrato **prevalentemente sulla elaborazione di fattispecie "a tutela di beni"**, pur non conducendo certo ad esiti "a rime obbligate", in qualche modo faciliterebbe la convergenza di sensibilità differenti, indotte a ricercare quel "minimo denominatore" che le accomuna; per altro verso, **non sarebbe di per sé ostativo di una disciplina più generale** che volesse, comunque, assumere una tendenza impositiva, o che magari optasse per la "procedimentalizzazione", giacché simili opzioni potrebbero comunque svilupparsi mediante la **predisposizione di illeciti amministrativi, ove non siano in gioco quelle esigenze basilari di tutela, e/o mediante illeciti a tutela di funzioni** (anche penali, preferibilmente di carattere contravvenzionale), quando si tratti di sanzionare l'elusione delle procedure. Illeciti che troverebbero la loro collocazione ideale in una auspicabile "legge speciale" di carattere organico in tema di PMA, in ragione della loro stretta dipendenza dalle opzioni regolatorie prescelte.

Uno degli aspetti positivi della "**procedimentalizzazione**"- e in specie della subordinazione della valutazione di liceità di singole pratiche, di volta in volta, a indicazioni di comitati etico-scientifici, sia pure necessariamente orientate da una gerarchia astratta di valori che dovrebbe essere compito del legislatore delineare, in conformità alla Costituzione e alle Carte internazionali dei diritti – è quello di **garantire l'adeguamento della regolamentazione giuridica alle continue evoluzioni delle conoscenze scientifiche e tecnologiche**. Anche l'incriminazione di comportamenti come la clonazione riproduttiva, l'ectogenesi, l'ibridazione uomo-animale ecc., se attuata mediante la costruzione di fatti tipici rigidi, ancorati allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, o orientati da timori per ipotesi puramente fantascientifiche, potrebbe comportare la **criminalizzazione "preterintenzionale" (per così dire) di future pratiche in realtà dalle positive implicazioni per la salute, o addirittura, paradossalmente, pensate proprio per "eludere" problemi bioetici** ben più seriamente posti da altre pratiche (si pensi, ad es., alla creazione di "fonti di staminali" equiparabili, per i loro benefici potenziali, a quelle ricavabili dall'embrione umano, compiuta attraverso

forme *lato sensu* di ibridazione, o alla produzione di chimere, esattamente concepite per evitare ogni impiego di embrioni umani; a ipotesi di “ectogenesi” che in un futuro lontano potessero servire a “supportare” fasi critiche della gestazione, altrimenti risolvibili soltanto con l’interruzione di gravidanza; a pratiche *lato sensu* di clonazione riproduttiva che potessero un giorno essere attuate, in realtà, per garantire un figlio sano alla coppia senza dover procedere alla selezione preimpianto, ecc.)

Infine, un approccio orientato al paradigma della “**extrema ratio**” **riduce anche il rischio di disallineamenti marcati con la legislazione di paesi limitrofi**, e dunque gli incentivi per il fenomeno del **turismo procreativo** (che determina disuguaglianze di fatto in base al censo – v. anche la Corte cost. in tema di fecondazione assistita - nonché delicati problemi di diritto privato internazionale). Questione che, pur non potendo condizionare in modo decisivo le scelte del legislatore italiano (non potendosi immaginare una sorta di “obbligo” del legislatore italiano a conformarsi alla legislazione straniera più permissiva), deve comunque essere tenuta nella dovuta considerazione con spirito pragmatico (come pure ha fatto la Corte costituzionale, nella sentenza sul divieto di fecondazione eterologa), incidendo sugli *effetti concreti* delle scelte di incriminazione e, più in generale, di disciplina che si intenderanno compiere.

Quel che è problematico “incriminare” in materia di procreazione medicalmente assistita

Poste simili premesse, appare **arduo immaginare**:

1. **Incriminzioni a salvaguardia dei limiti soggettivi di accesso** alla procreazione medicalmente assistita (ad es.: divieto per i *single*, divieto per gli omosessuali, divieto di fecondazione *post mortem* ecc.). Si tratta infatti di limitazioni all’accesso a un trattamento sanitario (quando riguardino soggetti sterili o infertili), che ostacolano il diritto alla procreazione e creano in alcuni casi almeno potenziali disparità di trattamento rispetto a soggetti non affetti da problemi di salute riproduttiva. Sebbene in una certa misura questi limiti possono avere una qual certa giustificazione “di scopo”, il fatto che non siano posti a diretta salvaguardia di valori dal sicuro significato costituzionale, ed anzi siano in “odore di incostituzionalità”, li rende inidonei a plasmare il precetto di una norma incriminatrice.
2. **Incriminzioni a salvaguardia di limiti oggettivi e vincoli procedurali alla realizzazione di un protocollo di procreazione medicalmente assistita, funzionali a tutelare la salute dei soggetti interessati** (ad es.: criterio di gradualità, scelta della tecnica più opportuna, limiti di età, limiti alla stimolazione ovarica ecc.). Pur non mancando modelli comparatistici a supporto di questa possibilità (Francia, Spagna, Gran Bretagna), non si comprende perché, in quest’ambito, dovrebbe risultare penalmente sanzionata, di per sé, la violazione di *leges artis* che in ogni altro settore medico valgono tutt’al più come regole cautelari capaci di integrare il “fatto” di delitti colposi di evento (lesioni, omicidio), quando l’evento si verifichi. Piuttosto, la “specificazione” di tali regole mediante apposite linee guida – come attualmente accade per espresso disposto dell’art.7 l.40/2004 – dovrebbe

coordinarsi con l'eventuale previsione di una disciplina speciale delle lesioni e dell'omicidio colposo per imperizia medica nonostante il rispetto, appunto, di linee guida e buone prassi (su esempio dell'attuale 590 *sexies c.p.*).

Sempre per le ragioni suindicate, e in osservanza di quanto già stabilito dalla Corte costituzionale, **non si potrebbe inoltre criminalizzare** (né vietare *tout court*) **la fecondazione assistita c.d. "eterologa"**.

Applicazioni di PMA eventualmente meritevoli di repressione penale

Anche per conformarsi ai citati *inputs* sovranazionali, **plausibile appare invece una incriminazione della clonazione riproduttiva** (v. tuttavia *supra*). Le incertezze circa il bene che una simile pratica andrebbe più precisamente ad offendere (la dignità, o addirittura l'integrità, della specie umana? Il valore dell'identità genetica individuale, intesa come singolarità? La salute della donna e del figlio?), rende tuttavia difficile stabilire come detta incriminazione dovrebbe strutturarsi: se essa, cioè, dovrebbe incentrarsi su atti orientati alla nascita di un solo individuo "clonato" (come già nel progetto Pagliaro o nella l.40/2004, che prevede, nell'art.12, una fattispecie dalla struttura piuttosto confusa), ovvero a una clonazione seriale, come in alcuni ordinamenti stranieri (ipotesi realmente fantascientifica, sia quanto a praticabilità, sia quanto ad effettivo impatto sullo statuto biologico generale della specie umana); e quanto, in ogni caso, potrebbe "anticiparsi" la tutela, rispetto a quale evento e a quale offesa (nel progetto Pagliaro, ad es., si prevedeva un'autonoma fattispecie dedicata già alla sola "sperimentazione" di processi di clonazione riproduttiva). In ogni caso, la fattispecie dovrebbe essere descritta con molta attenzione, per potersi adattare ad eventuali future forme di clonazione, e per distinguersi da un eventuale divieto in tema di clonazione terapeutica (che comunque risponderebbe a tutt'altre logiche). Il livello di pena non dovrebbe farsi troppo trascinare verso l'alto da esigenze di rassicurazione simbolica che molto premono in quest'ambito, ma dovrebbe commisurarsi anche al grado di anticipazione, appunto, della tutela.

Come già nel progetto Pagliaro, da valutare una **incriminazione di pratiche come la ectogenesi, e la gestazione in corpo maschile, o animale, di un embrione umano, o in un corpo umano di un embrione non umano**.

(Segue): in particolare, la surrogazione di maternità

Plausibile, altresì – sebbene da molti criticata - una incriminazione della surrogazione di maternità (nonché, eventualmente, della sua "organizzazione" e "pubblicizzazione"). La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur affermando il prevalere dell'interesse del figlio a mantenere legami familiari ormai instaurati, una volta che una surrogazione di maternità sia stata portata a termine, ha nondimeno chiarito che rientra nella piena discrezionalità dello Stato prevedere illeciti orientati a prevenire simili forme di procreazione. Ancora una volta, tuttavia, una tale fattispecie non potrebbe essere costruita senza aver

prima adeguatamente “focalizzato” il tipo di disvalore che si ritiene meritevole di contrasto penale e, con ciò, le tipologie di “surrogazione” che si intendono criminalizzare. **Soprattutto si impongono attente distinzioni sistematiche, ad evitare improprie interferenze con altre tipologie di delitti, ad es. in materia di adozioni** (attuale art. 71 l. n. 184 del 1983), **o di alterazione di stato** (attuale art.567 c.p.). Il rischio da evitare è che la medesima tipologia di gestazione per conto altrui venga qualificata solo alla stregua di questi ultimi delitti, se realizzata per vie naturali, ed invece guadagni una qualifica cumulativa anche *sub specie* di delitto di surrogazione, sol perché attuata mediante procreazione medicalmente assistita: come si è evidenziato, la natura artificiale del processo riproduttivo non può, di per sé, giustificare simili disparità di trattamento.

Solitamente, due si ritengono essere gli elementi minimi necessari per poter configurare una surrogazione di maternità: la distinzione tra colei che sostiene la gravidanza e colei che ambisce ad ottenere il figlio; la dimensione negoziale della vicenda, per cui la gestante si è previamente impegnata a consegnare il bambino, una volta nato, alla aspirante madre sociale. Anche questi elementi essenziali, nondimeno, possono non essere qualificanti e distintivi. La dissociazione tra madre sociale e madre partoriente è tipica anche dell’adozione, e dunque il previo accordo tra le due donne (e l’aspirante padre), e la vicenda che ne costituisce attuazione, potrebbero altresì essere inquadrati *sub specie* di elusione delle regole in materia di adozione. Per altro verso, la “vendita” di un figlio interamente altrui – pur potendo anch’essa rilevare alla stregua dell’art.71 l. 184/1983⁵ - molto assomiglia, altrimenti, a una “riduzione in schiavitù” (art.600 c.p.), giacché in tal modo si esercitano su di una persona poteri tipici del diritto di proprietà (così ad es. PADOVANI).

L’individuazione di un minimo comun denominatore, che possa costituire la struttura essenziale di una fattispecie criminosa, è inoltre complicata dalla circostanza che **la portata qualitativa dei fatti muta significativamente in ragione del parametro valoriale prescelto.**

1. Se si ritiene che un *elemento di disvalore sia costituito dalla “commercializzazione”* di vicende e relazioni genitoriali, o comunque di un bambino, e/o del corpo di una donna (perché quella commercializzazione offende la “dignità” dei protagonisti, offrendo altresì l’occasione per lo sfruttamento di chi vive in situazioni di marginalità), ebbene, questo tipo di disvalore è assente nella surrogazione a titolo gratuito (mentre, per altro verso, come si è già osservato, può connotare fattispecie criminose di tutt’altro genere).

2. Se si valuta negativamente la dissociazione “genetica” tra genitori sociali/affettivi e figli, e/o il livello di “artificialità” della tecnica utilizzata, tali requisiti sono tanto meno accentuati, quanto più i committenti abbiano partecipato alla vicenda procreativa con propri gameti, e quanto meno il

⁵ Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 17/01/2019, n. 2173

protocollo di procreazione assistita possa ritenersi “complesso” (in realtà, però, né quella dissociazione, né quella artificialità, possono di per sé comportare un disvalore penalmente significativo: v. *supra*).

3. Se, ancora, quel che si ritiene *disdicevole* è l'*acquisizione di relazioni familiari tra bambini e genitori omosessuali e/o single*, solo le pratiche orientate a questo risultato meritano stigmatizzazione.

4. Vi è, infine, chi intende una simile fattispecie come in *contrasto con la regolamentazione degli status familiari* – tanto da supporre che la surrogazione di maternità, più che essere criminalizzata, dovrebbe essere dichiarata “nulla” in quanto negozio giuridico, mentre l'eventuale attribuzione al nato di una madre differente dalla gestante dovrebbe rilevare né più né meno che come reato di alterazione di stato o di affidamento illegittimo.

5. *Solo quando gli ovuli siano della richiedente si può parlare, in senso stretto, di una “dissociazione di maternità”*, da considerarsi in sé meritevole di pena in quanto *in contraddizione con un progetto costituzionale di tutela della maternità ex art.31 Cost.*. Invero, per queste vie si ottiene in definitiva un figlio che geneticamente si pone in relazione alla richiedente stessa, la quale avanza pure pretese affettive, ma che si è sviluppato nel corpo di altra donna, e con essa condivide dunque una relazione biologica e sociale. Si vengono insomma a definire due maternità biologiche, relazioni e affettive, che danno luogo ad una, appunto, “dissociazione di maternità” irriducibile giuridicamente in modi compatibili con l'art. 31 Cost., specialmente in caso di conflitto tra le due donne (si pensi al caso, tutt'altro che improbabile, in cui la madre gestazionale si rifiuti di consegnare il figlio alla richiedente): attribuendo giuridicamente la maternità all'una, per vero, inevitabilmente si viene a sacrificare la maternità dell'altra, anch'essa costituzionalmente tutelata. Si veda la nota vicenda c.d. dell'“ospedale Pertini”, o dello “scambio” colposo di embrioni, rispetto alla quale il giudice civile, pur attribuendo infine la genitorialità a colei che aveva partorito il figlio e al di lei partner, ha prescritto un indennizzo a favore dell'altra madre biologica, in quanto comunque danneggiata nel proprio diritto alla genitorialità; mentre il Comitato Nazionale di Bioetica, chiamato a pronunciarsi sulla medesima fattispecie, ha sostanzialmente affermato l'impossibilità etico-giuridico di asserire, in simili ipotesi, una prevalenza dell'una maternità sull'altra. Come l'episodio dell'ospedale Pertini insegna, questo tipo di disvalore – *che apparirebbe effettivamente peculiare e distintivo, non riscontrandosi in altre fattispecie criminose idealmente limitrofe* (non nell'“affidamento illegittimo”, non nella alterazione di stato) - appare integrato anche ove l'impianto di un embrione nel corpo di una donna che non lo ha generato sia attuato (per errore, per dolo) senza la consapevolezza e/o contro la volontà dei generanti, ovvero della gestante, a prescindere da premesse negoziali.

Le vicende della surrogazione sono, inoltre, per loro natura complesse e destinate a svilupparsi nel tempo, talora in **diversi luoghi, e con l'apporto di una pluralità di soggetti in vari ruoli**: la norma incriminatrice (a differenza di quella attualmente vigente) dovrebbe dunque chiaramente indicare quali siano le condotte tipiche, e chi i soggetti attivi. Vi può essere una prima fase negoziale tra richiedenti e prestatrice di utero, magari supportata da mediatori ed organizzatori; quindi, il momento del concepimento, variamente attuato, in cui possono intervenire medici, donatori di gameti o comunque soggetti terzi (solo questa fase, e quella immediatamente successiva, caratterizzerà le ipotesi di surrogazione contro la volontà e senza la consapevolezza dei soggetti coinvolti). Vi è poi la gravidanza (che facilmente, per la sua estensione nel tempo, può essere esposta ad episodi problematici che di nuovo imporranno sinergie tra più soggetti), quindi il parto, e dopo ancora la consegna materiale del figlio e il trasferimento giuridico, legittimo o simulato, dello status di genitore (tutte fasi, anche queste ultime, in cui facilmente i diretti protagonisti chiederanno l'aiuto di terzi). Se scopo del divieto dovesse esser quello di rendere "impedibile" già la formazione di un embrione in attuazione di un accordo di surrogazione (giacché il venire ad esistenza dell'embrione crea problemi giuridici enormemente complessi circa il suo destino che, in simili situazioni sarebbe bene evitarsi), è almeno il momento della "produzione dell'embrione" quello che andrebbe tipizzato; le logiche del principio di offensività, per altro verso, scongiurerebbero di retrocedere oltre nell'anticipazione della tutela penale.

Tanto premesso, le soluzioni che si prospettano *de iure condendo* sono almeno tre:

1. un buon punto di partenza per una riflessione *de iure condendo* potrebbe essere il progetto Pagliaro, ove si considerava come surrogazione di maternità penalmente rilevante il caso molto specifico, e non pienamente riconducibile ad altre tipologie criminose (e *realizzabile solo per vie artificiali*), della "contrattazione per fini procreativi, consistente nel fatto di impegnarsi a porre a disposizione il proprio corpo al fine della gestazione di un embrione umano per conto di altra persona". Di questa fattispecie è tuttavia discutibile l'eccessiva anticipazione di tutela (se ne fa, invero, un "reato-contratto", destinato per sua natura a "consumarsi" in un momento assai anticipato, logicamente e cronologicamente, rispetto a quelli in cui si concretizzano le articolate e complesse procedure e vicende che porteranno alla fecondazione, alla gravidanza, al parto, alla consegna del figlio, nelle quali soltanto assumono piena attualità le istanze che si intendono salvaguardare). Dovendo poi emergere un disvalore peculiare di questa fattispecie, distinto da quello dei reati di "illecito affidamento" o di "alterazione di stato", e appunto concretizzabile soltanto mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita, si potrebbe ulteriormente precisare che, in particolare, **quel che si sanziona è il caso della "dissociazione di maternità"** di cui sopra si è detto. Salvo il caso del concorso nel fatto delle donne che abbiano realizzato la suddetta dissociazione tra maternità biologica e gestazionale, non dovrebbe dunque rientrare nell'area del penalmente

rilevante la condotta dell'uomo, richiedente, che avendo impegnato i propri gameti per la fecondazione debba ritenersi padre a tutti gli effetti.

Più in generale, ogni caso di "acquisto", o comunque "ricezione", di un figlio interamente altrui dal punto di vista biologico, eludendo presupposti e procedure in tema di adozione (vi sia alla base una procreazione naturale o artificiale), dovrebbero essere qualificati alla stregua di un diverso delitto, contro la famiglia, di "affidamento illecito"⁶ (salvo contemplare, in caso di acquisto, un reato di riduzione in schiavitù). In questi casi, il disvalore è quello di un reato "a tutela di funzioni", costruito sulla contraddizione con un sistema normativo volto a orientare la costituzione di relazioni genitori-figli secondo un bilanciamento ritenuto ottimale tra le varie istanze in gioco, quali il *best interest* del figlio, le legittime aspirazioni dei genitori, l'interesse oggettivo alla *veritas*. Resterebbero infine spazi per l'integrazione di una alterazione di stato quando, poi, si contribuisca alla formazione di un atto di nascita che falsamente attribuisce la genitorialità a chi genitore non possa ritenersi – per varie ragioni – secondo la legge vigente⁷. Sarebbe forse opportuno **evitare, mediante apposite clausole di riserva, il concorso tra reato di surrogazione di maternità e reati di illecito affidamento e alterazione di stato**, e ciò non solo per evitare un eccesso di carico sanzionatorio ai danni di chi, comunque, è spesso il dolente protagonista di sofferte aspirazioni familiari. Invero, se il reato di surrogazione di maternità è inteso a prevenire certe "dissociazioni" genitoriali già al momento della fecondazione, è pur vero che, quando tale prevenzione non sia riuscita - e dunque ci si trovi a dover valutare del destino di un embrione, di un nascituro o, addirittura, di un nato - le scelte da compiere si fanno estremamente delicate e complesse, dovendo tenere in considerazione, in prevalenza, il miglior interesse del figlio (che certo non può trarre pregiudizio da "illeciti di concepimento" addebitabili ai generanti), come a più riprese ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre che dalla giurisprudenza interna. Esse, dunque, sarebbe bene venissero attentamente articolate nelle sedi opportune della regolamentazione privatistica, eventualmente mettendo in conto anche forme di attribuzione della genitorialità ai richiedenti, senza "interferenze" trancianti di carattere penalistico.

All'interno del gruppo di lavoro è stato criticamente osservato che una **simile impostazione determinerebbe una disparità di trattamento** difficilmente accettabile tra surrogazione richiesta da

⁶ Anche nel progetto Pagliaro, invero, ogni differente ipotesi, in quanto sostanzialmente riconducibile ad una elusione delle regole generali in materia di adozione, e di attribuzione degli status genitoriali, veniva nel progetto – e ancora meriterebbe di essere - ricondotta ad una generale fattispecie di "affidamento illegittimo", consistente "nell'affidare a terza persona o nel ricevere in affidamento un minore al di fuori dei casi previsti dalla legge"

⁷ Non è questa la sede per analizzare la tipologia di concorso (apparente, materiale?) auspicabile tra illecito affidamento e surrogazione di maternità. Nella sentenza della Cassazione sopra citata, ovviamente *de iure condito*, si evidenzia (riferendosi a orientamenti di precedenti decisioni) anche una incompatibilità sostanziale tra le ipotesi di illecito affidamento e quelle di alterazione di stato: "[...]ricorre il reato di alterazione di stato e non quello di cui all'art. 71 nella condotta di chi riceve un minore uti filius attraverso il falso riconoscimento della paternità", mentre "l'art. 71 si riferisce invece a chi riceve il minore in illecito affidamento nel caso di una attività di fatto preordinata ad una futura adozione, quindi con riferimento al caso di un affidamento posto in essere senza alterare lo stato civile del neonato (Vedi Sez. 6, Sentenza n. 40610 del 09/10/2012, dep. 16/10/2012 Rv. 253497; Sez. 5, Sentenza n. 1797 del 14/07/2015, dep. 18/01/2016, Rv. 265884)"; in definitiva, "nel caso di alterazione della filiazione naturale si è al di fuori dell'ambito di operatività del reato previsto dall'art. 71 citata Legge, perché l'inserimento nella nuova famiglia si realizza per effetto della falsa certificazione di stato senza ricorso all'istituto dell'adozione, mentre nel caso in cui non vi sia alterazione dello stato civile del neonato si configura il reato di cui all'art. 71 cit. perché l'inserimento nella famiglia affidataria avviene in violazione dell'istituto dell'adozione".

coppie gay e da coppie lesbiche, o comunque tra uomini e donne committenti, solo queste ultime potendo impiegare propri ovuli per la produzione dell'embrione poi affidato all'altrui gestazione. Il punto è decisamente problematico, ma chi scrive ritiene questa obiezione non decisiva. Vi è infatti da rilevare che la "dissociazione di maternità", per come definibile nel testo, non è fenomeno riferibile in modo esclusivo, caratteristico e necessario alla coppia lesbica. In primo luogo, esso ben può vedere come protagonista anche una coppia eterosessuale di richiedenti aspiranti genitori (quando, appunto, la *partner* femminile metta a disposizione i propri ovuli per la produzione di un embrione la cui gestazione, poi, sarà sopportata da altra donna); per altro verso, la coppia lesbica, a differenza di quella omosessuale maschile, per avere un figlio non necessariamente deve commissionare ad altre donne la gestazione (e tantomeno, dunque, deve attuare una "dissociazione di maternità", nel senso precisato), potendo ricorrere semplicemente alla fecondazione eterologa. Né, su altro fronte, v'è da temere che, adottando questa impostazione, le coppie gay verrebbero a godere, in quanto tali, di uno statuto penale privilegiato: la coppia gay, al pari della coppia lesbica, ove si facesse affidare un bambino dal punto di vista biologico interamente altrui risponderebbe comunque del reato di "illecito affidamento" (se non, in caso di compravendita, di riduzione in schiavitù). Il caso dell'aspirante padre richiedente che abbia impegnato i propri spermatozoi per una gestazione portata avanti in suo favore, appare poi immeritevole di pena, in linea di principio, per il semplice fatto che egli è effettivamente padre del bambino che verrà, e tale esito non muta in ragione del fatto che quell'uomo sia parte di una coppia etero- o omosessuale (o sia single).

Quanto alla lamentata disparità di trattamento penale tra persone di sesso maschile o femminile che comunque abbiano commissionato la gestazione di un embrione prodotto con propri gameti, essa esiste ma non appare irragionevole, qualora si ammetta l'incompatibilità con l'art.31 Cost. di una dissociazione di maternità determinata dal conflitto potenziale, irriducibile in termini costituzionalmente adeguati, tra due maternità entrambe biologiche, relazioni ed affettive. Niente di analogo si verifica quando il committente uomo, avendo utilizzato i propri spermatozoi, sia l'unico padre a tutti gli effetti, ragion per cui non si comprende perché dovrebbe essere punito per l'assegnazione di quel figlio che è indubbiamente e soltanto "suo"⁸. Egli, d'altronde, potrebbe lo stesso concorrere nel reato della partner femminile che eventualmente abbia dato luogo alla "dissociazione di maternità" penalmente rilevante.

2. In alternativa alla ricostruzione sub 1. - comunque espressione, non v'è dubbio, di un'impostazione del tutto peculiare e minoritaria - si potrebbe punire ogni forma di surrogazione di maternità in quanto, e soltanto in quanto, comportante una "**commercializzazione**" del corpo della donna (conformemente all'opinione, assai diffusa, che valorizza il "fine di lucro" quale profilo specifico di disvalore penalmente significativo, ritenendo invece non meritevole di pena la surrogazione di carattere solidaristico). In questo

⁸ Taciamo, qui, della "presunzione di paternità" che giocherebbe a favore del partner maschile della gestante, ma che sarebbe superabile riscontrata la realtà della altrui paternità biologica.

caso, nondimeno, non vi sarebbe motivo di distinguere a seconda della natura artificiale o naturale della fecondazione, posto che, nel primo caso, non si rinviene alcun profilo differenziale di offensività. Adottando questa soluzione, sarebbe opportuno (anche se assai complicato: inevitabile affidarsi alla discrezionalità in concreto del giudice) differenziare il “lucro” da forme di mero indennizzo per le spese che una gravidanza, comunque, comporta.

3. Peraltro, ove non si riconosca quel profilo differenziale nella “dissociazione artificiale di maternità” di cui si è detto sopra, forse viene meno ogni motivo non solo per distinguere tra casi di procreazione artificiale e naturale, ma anche per attribuire significato tipico differenziale alla surrogazione di maternità. **Sufficiente sarebbe, probabilmente, una più generale fattispecie di “affidamento illecito”** del bambino a coloro che non ne siano legalmente genitori, **e/o di alterazione di stato**, capaci di comprendere una pluralità di situazioni di analogo disvalore, ivi comprese quelle che si qualificano usualmente come “surrogazione di maternità”. Ragionando in questa prospettiva, bisognerebbe evitare di prevedere una qualsiasi ipotesi *lato sensu* speciale di surrogazione di maternità (fonte di un aggravio di pena per alcune ipotesi soltanto di “illecito affidamento”, privo di ragionevolezza per mancanza di un corrispondente incremento di disvalore), e soltanto contemplare una figura criminosa generale di affidamento illecito del minore riconducibile, sostanzialmente – come già quella di alterazione di stato - a una logica di “tutela di funzioni”, in ragione di quanto si è già rilevato *supra*.

(Segue): fattispecie a salvaguardia della “titolarità” e della corretta circolazione del materiale biologico

Ancora, potrebbero rilevare penalmente, come già oggi, **condotte di circolazione o traffico illeciti di gameti ed embrioni**, elusive di funzioni amministrative volte a “governare” la raccolta, lo stoccaggio e l’allocazione del materiale biologico essenziale per condurre una PMA, in termini più adeguati rispetto ad esigenze igienico sanitarie e alla salvaguardia di altri beni di rilievo costituzionale (i gameti in quanto “proiezione” del diritto alla procreazione, o alla non-procreazione, di coloro da cui essi provengono; l’embrione, anche in quanto concretizzazione di scelte dei generanti attinenti alla propria vita privata e familiare e alla libertà di procreare o non procreare, salvaguardata dall’art.8 CEDU – v. ad es. le sentenze della Corte di Strasburgo sui casi Evans e Parrillo) .

Infine, una “lacuna” nel sistema attuale delle incriminazioni, come evidenziato da alcuni casi eclatanti, di diverso tenore (ad es. il già citato caso dello “scambio colposo di embrioni” nell’ospedale Pertini, o della presunta “rapina di ovuli” nella vicenda “Antinori”), riguarda la **salvaguardia del consenso dei soggetti interessati**, e della titolarità dei soggetti interessati sul materiale biologico “sensibile” che viene utilizzato nei processi procreativi. In quest’ambito, invero, entrano in gioco interessi che vanno al di là di quello soltanto alla autodeterminazione in ambito sanitario, ma riguardano proiezioni profonde della

personalità (v.giurisprudenza CEDU) . Nel progetto Pagliaro si prevedeva, ad es., un reato di **fecondazione artificiale non consensuale**, “consistente nell'effettuare una inseminazione artificiale o un impianto di embrione in una donna senza il suo consenso” (ipotesi che potrebbe anche inserirsi, come appunto nel progetto Pagliaro, in un capo dedicato alla tutela della gestazione o della maternità, insieme ai reati di aborto non consensuale); ma si dovrebbe altresì prevedere il caso di **utilizzo arbitrario – doloso o colposo - di gameti o embrioni altrui, o di “sottrazione” di gameti** mediante violenza, minaccia o inganno

Fattispecie da coordinare con un'eventuale disciplina della “adozione di embrioni sovrannumerari” (che forse meglio dovrebbe essere declinata come ipotesi di **“donazione di embrioni”**, cioè coperta dal consenso dei generanti – fattispecie a sua volta da coordinare con quella, invece in certa misura illecita, della surrogazione di maternità); così come con una disciplina tanto della “donazione”, quanto dell’“abbandono” di gameti ed embrioni.

Fattispecie criminose a tutela dell'embrione

Da prevedere il **reato di embrionicidio** – eventualmente anche colposo (si pensi allo “scongelo” accidentale di embrioni crioconservati). Bisognerebbe altresì valutare se convenga introdurre una fattispecie di **lesioni all'embrione** (anche colpose?). Tutte queste figure criminose andrebbero coordinate con le fattispecie in materia di interruzione di gravidanza, anche per quanto concerne i livelli sanzionatori (che dovranno essere inferiori). Sarebbe in ogni caso da evitare che le ipotesi di lesioni embrionali – della cui meritevolezza e bisogno di pena diversi membri del gruppo dubitano - costituiscano un impedimento assoluto, sia pure di fatto, a forme di sperimentazione, o di diagnosi sull'embrione, che invece si ritengano praticabili. Una definizione di embrione umano, che non consideri tale forme di “pseudozigote” su cui ormai principalmente si concentrano le ricerche, aiuterebbe in tal senso (v.*infra*), così come la previsione di apposite clausole di riserva o della locuzione “illecitamente”.

Quanto alla **produzione di embrioni sovrannumerari** rispetto alle esigenze di una PMA, la questione che si pone è che la misura di tale “sovrannumero” è data necessariamente dalle esigenze del singolo caso concreto, e non può essere stabilita in via generale ed astratta: il legislatore, insomma, non può farsi medico (v. Corte cost., sent. 151/2009). Di conseguenza, un eventuale precetto penale – come già oggi, e come si prospettava forse nel progetto Pagliaro – verrebbe a costruirsi interamente sulla violazione di cangianti criteri medico-sanitari. Circostanza che, forse ne sconsiglia l'adozione: d'altronde, lesioni all'embrione, o embrionidici, colposi, attuati fuori da un'area di rischio consentito, già potrebbero assumere rilevanza penale alla stregua della fattispecie di cui subito qui sopra si è detto.

La PMA finalizzata non tanto a risolvere problemi di sterilità, bensì a consentire **diagnosi e selezione preimpianto**, così da prevenire la trasmissione di malattie ereditarie nel futuro nato, in una disciplina ideale *de iure condendo* potrebbe essere subordinata alla circostanza che detta malattia rientri in un

elenco periodicamente aggiornato (tramite d.m.?). L'attuazione del trattamento al di fuori dei casi consentiti potrebbe, forse, meritare rilevanza penale.

Da escludere un reato di crioconservazione (oggi invece contemplato nell'art.14 l.40/2004): appare invero insensato punire una condotta che è volta a tenere in vita l'embrione, e che è essenziale poter realizzare a supporto, o a seguito, di pratiche di PMA del tutto lecite: tanto che oggi viene ampiamente praticata (e legittimata da fonti subordinate), quasi la Corte costituzionale avesse dichiarato l'illegittimità di quel reato con la sent.151/2009, cosa che, a stretto rigore, non è accaduta. Il senso dell'incriminazione è legato, attualmente, o a una supposta esigenza di "intangibilità" dell'embrione umano rispetto a sue destinazioni naturali (esigenza tuttavia che di per sé non delinea un interesse meritevole di tutela penale), o al "timore" che l'embrione crioconservato possa essere utilizzato per pratiche illecite (ma in tal caso bisognerà punire l'attuazione, o il tentativo di attuazione, di tali pratiche, non essendovi buone ragioni per una tutela così anticipata alla stregua di un "reato ostacolo")

Quanto alle condotte di **sperimentazione sull'embrione umano**, converrebbe prevedere come reato la **produzione di embrioni per fini distinti dalla procreazione**, ed i casi stigmatizzati dalle Convenzioni internazionali, e in particolare quelli consistenti in **forme clinicamente ingiustificate di alterazione/selezione del patrimonio genetico**, che potrebbero incidere sulla integrità fisica e originalità genetica del futuro nato (v. anche *supra*). La "giustificazione" della singola pratica (si pensi ad es. a quella, oggi solo sperimentale, del c.d. "*gene editing*" a fini terapeutici) potrebbe discendere da una valutazione di un apposito comitato etico-scientifico, in conformità a una disciplina "proceduralizzata". Un eventuale **divieto di "eugenetica"** dovrebbe accompagnarsi con una attenta definizione di tale concetto, ad evitare sovrapposizioni con attività mediche che non possono essere criminalizzate, come la diagnosi e selezione preimpianto allo scopo di prevenire la trasmissione di gravi malattie al nascituro.

Nel vigore dell'attuale, indiscriminato divieto di cui all'art.13 l.40/2004, si lamenta come sproporzionata lesione della libertà di ricerca scientifica e dell'interesse alla salute l'impossibilità di praticare sperimentazioni sulle c.d. "staminali embrionali" (se non quelle provenienti dall'estero), nemmeno utilizzando embrioni congelati sovrannumerari, non più impiantabili e destinati a sicura estinzione, o "pseudozigoti". Sul punto il dibattito è aperto e probabilmente irriducibile, tra chi sostiene un'idea di dignità dell'embrione "assoluta", che implica una sua intangibilità in ogni caso per fini differenti dalla procreazione, e chi invece asserisce che la destinazione alla ricerca scientifica sia "più degna" della sicura estinzione, mentre rispetto ad altre tecniche di indagine neppure si ritiene configurabile un'entità dotata del valore costituzionale di un embrione umano.

Forse la soluzione di compromesso più valida potrebbe essere esattamente quella di **introdurre finalmente una definizione di embrione umano** (attualmente mancante) conforme alla pronuncia della

Corte UE nel caso *“International Stem Cell”*. In tale decisione si è ritenuto priva della “dignità” dell’embrione umano quell’entità biologica che non abbia una ***inherent capacity*** di svilupparsi in un individuo nel contesto di una gestazione, a prescindere da ulteriori artificiali manipolazioni e stimolazioni. Tale criterio appare plausibile anche in un’ottica costituzionalmente orientata, giacché correla la “dignità dell’embrione” non solo alla presenza di “dna” umano – attributo di per sé non dotato di valore costituzionale - bensì alla dignità dell’uomo che quell’entità biologica potrebbe effettivamente diventare, nonché al valore costituzionale della maternità; e tale criterio è stato utilizzato, dalla Corte UE, per individuare una “fonte di staminali” possibile oggetto di pratiche biotecnologiche brevettabili, dunque a maggior ragione esso potrebbe valere per selezionare forme di “pseudozigoti” destinati alla ricerca scientifica e biotecnologica in ambito sanitario, attività ben più meritevole, negli orizzonti della Costituzione, di quella correlata a interessi di valenza puramente economica. Con questo criterio si renderebbe *possibile la sperimentazione su entità producibili proprio per ovviare ai problemi bioetici connessi all’uso di embrioni umani*, le quali “simulano” i primi processi di sviluppo embrionale, ma non derivano da fecondazione di gameti e non sono destinate né destinabili ad un realistico progetto procreativo, come, ad es., il partenote, o lo pseudozigote ottenuto mediante clonazione nucleare, ecc.

La definizione dovrebbe altresì precisare il momento del processo di fecondazione a partire dal quale l’ovulo penetrato dallo spermatozoo può qualificarsi come “embrione”. In una prospettiva quasi di carattere precauzionale, la legge vigente – secondo l’interpretazione prevalente, e più plausibile – non distingue tra fasi antecedenti e successive alla carigamia (fusione dei nuclei dei gameti – momento in cui realmente si viene a determinare un corredo genetico “originale” e distinto da quello dei generanti). Questa scelta andrebbe quantomeno ridiscussa, tenendo ad es. conto come un’opzione differente venga compiuta, ad esempio, in un ordinamento che pure iper-valorizza l’embrione, come quello tedesco.

2. Reati codicistici in materia di interruzione di gravidanza: questioni *de iure condendo*

(Antonio Vallini)⁹

Le fattispecie di aborto non consensuale: struttura fondamentale. – Se la Corte costituzionale ha qualificato come “a contenuto costituzionalmente vincolato” la legge 194/78 (sent. n. 35/1997), la nostra riflessione può

⁹ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

muovere da un punto fermo: attraverso una regolamentazione preferibilmente di legge speciale, stante la sua natura prevalentemente extrapenale, l'ordinamento deve riconoscere la liceità dell'interruzione volontaria di gravidanza (IVG), purché sussistano taluni presupposti sostanziali, si garantisca una tutela minima a tutti gli interessi coinvolti, e data l'osservanza di certe procedure, variabili in rapporto al grado di sviluppo del feto. Intimamente correlati a una simile disciplina, trovano la loro migliore collocazione nella medesima legge speciale **reati "a tutela di funzioni", cioè a garanzia del rispetto delle procedure anzidette**, sul presupposto che esse conducano, caso per caso, al miglior temperamento, o bilanciamento, tra gli interessi in gioco. I contenuti di tali incriminazioni non potranno che dipendere dalle articolazioni della disciplina cui offriranno sostegno, sicché la definizione di detti contenuti implicherebbe valutazioni ampiamente esorbitanti le questioni strettamente penalistiche che qui siamo tenuti a considerare.

Secondo alcune voci, il rispetto della disciplina di cui alla legge 194/78 costituirebbe piuttosto una "scriminante" (procedurale) rispetto a un fatto comunque offensivo di un bene fondamentale. Adottando questa visuale, più plausibile appare la collocazione dei reati in tema di IVG nel corpo del codice penale, come a suo tempo proposto dalla "Commissione Pagliaro"¹⁰. Sul piano comparatistico, meritevole di approfondimento sarebbe, tra le altre, la disciplina tedesca di cui ai §§ 218 ss. StGB, che riassume in un novero comunque contenuto di fattispecie le condizioni di liceità dell'IVG, e le figure criminose in materia.

Il significato di questo dibattito non merita, tuttavia, di essere esagerato, essendo in ogni caso preferibile, o comunque privo di controindicazioni, **mantenere dette disposizioni incriminatrici nel contesto di una regolamentazione esaustiva e "organica" extra codicem** - conformemente al principio di "riserva di codice" (per quel che vale), come oggi definito nell'art.3 bis c.p. - così da favorire la conoscibilità e l'intelligibilità dei precetti.

Ragionando di un nuovo codice penale, conviene dunque concentrare l'attenzione sulle fattispecie, a tutela senz'altro di beni, di **interruzione di gravidanza non consensuale (colposa, dolosa, eventualmente preterintenzionale)**. Figure criminose collegate solo per contrapposizione alla disciplina della IVG, grosso modo corrispondenti a quelle un tempo delineate dagli artt.17 e 18 l.194/78, ed attualmente "trasferite" dall'art.2 d.lgs. 21/2018 (*Riserva di codice nella materia penale*) in un apposito capo (I bis – *Dei delitti contro la maternità*) del titolo XII del codice penale (*Dei delitti contro la persona*), e segnatamente negli artt.593 bis e 593 ter c.p.

Fattispecie che, anche in un'ottica di riforma, si possono strutturare secondo lo schema essenziale del **reato di evento, causalmente orientato a forma libera** (non mutando il disvalore in ragione delle modalità della

¹⁰ Nell'art.62 dell'articolato proposto dalla commissione si considerava, tra le altre fattispecie, quella di "aborto di donna consenziente o su se stessa nei casi non consentiti dalla legge o senza l'osservanza delle modalità da questa previste". Si proponeva, poi, di "indicare le ipotesi nelle quali, nonostante l'apparente consenso della donna, si applicano le disposizioni sull'aborto di donna non consenziente" e di "prevedere per la donna consenziente o che pratica l'aborto su se stessa una pena inferiore a quella preveduta per l'autore dell'aborto su altra persona"

condotta, salvo la modalità “negativa” dell’agire al di fuori di una valida procedura di IVG); essendo costituito detto evento, alternativamente, dall’**aborto** (con ciò intendendosi l’interruzione della gravidanza che comporta la morte del feto), ovvero dalla **anticipazione del parto**. Eventi, dunque, che logicamente *presuppongono* uno **stato di gravidanza**.

(Segue): gli eventi – In rapporto agli eventi, bisognerebbe operare una razionalizzazione e un coordinamento lessicale con la legge 194/78 (o altra futura), anche mediante **apposite clausole definitive**, per superare noti problemi nell’organizzazione del sistema delle incriminazioni dovuti all’incerto uso e significato di concetti quali interruzione di gravidanza (*genus* comprendente l’aborto e il parto prematuro, o sinonimo di “aborto”?), aborto, parto prematuro, acceleramento del parto (sinonimo di parto prematuro?)¹¹.

Per quanto concerne il rilievo da attribuire all’evento, una **distinzione tra titoli di reato di procurato aborto e di procurato parto prematuro** si giustificerebbe in ragione della diversa qualità e gravità dell’evento. Definire, nondimeno, il **“parto prematuro” come circostanza attenuante** di un reato incentrato su un generico evento di “interruzione di gravidanza” semplificherebbe la questione dell’elemento soggettivo (posta l’imputazione oggettiva delle attenuanti). In buona parte dei casi, invero, il soggetto agisce con la consapevolezza e volontà di interrompere una gravidanza, o viola regole cautelari volte a prevenire il medesimo generico risultato, mentre la conseguente morte, o sopravvivenza, del feto dipendono da fattori per lo più né prevedibili né governabili. Se già, dunque, non è semplice immaginare una precisa rappresentazione dolosa degli eventi particolari dell’aborto o dell’anticipazione del parto, salvo il dolo eventuale, ancor più arduo è supporre regole prevenzionistiche *ad hoc* (anche se si potrebbe forse ritenere che le precauzioni volte a prevenire una interruzione di gravidanza siano, in quanto tali, caratterizzate da un implicito, duplice nesso di rischio, tanto con l’aborto, quanto con il parto prematuro).

Da considerare con attenzione i riflessi dell’opzione prescelta sul **momento di consumazione del reato**.

Pur potendosi giungere alla stessa conclusione in virtù di principi generali e regole comuni, potrebbe essere utile precisare che **l’anticipazione del parto non è in ogni caso penalmente tipica quando compiuta per salvaguardare la salute o la vita del feto**, purché vi sia il consenso della madre (in questo caso la clausola opererebbe con riferimento alle ipotesi di IVG), o quando la madre non si attualmente in grado di prestare

¹¹ Ad esempio, se si ritiene che l’interruzione di gravidanza (l’unico evento del delitto doloso di cui all’art.18 l.194/78 – oggi 593 ter – 1° comma) corrisponda al solo aborto, viene a mancare un delitto di parto prematuro non consensuale doloso; esito curioso, posta, invece, la chiara incriminazione del parto prematuro colposo nell’art.17 l.194/78 – oggi art.593 bis c.p. – 2° comma. Se, invece, riteniamo che il “parto prematuro” sia ipotesi speciale di una più generale nozione di “interruzione di gravidanza” – come parrebbe ad es. trarsi dall’art. 7, ult. co., l.194/78, ove si tratta di una chiara “anticipazione del parto” chiamandola “interruzione di gravidanza – il parto prematuro non consensuale dolosamente procurato sarebbe punibile come “interruzione della gravidanza non consensuale dolosa”, ai sensi dell’art. 18 l.194/78 – oggi 593 ter c.p. - primo comma, al pari dell’aborto non consensuale doloso, con conseguente riconduzione a uno stesso titolo di reato di fattispecie dal disvalore almeno astrattamente differenziato

consenso e l'intervento sia urgente (ipotesi da coordinare con l'art.1, co.7, l. 22 dicembre 2017 , n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

(Segue): il reato di procurate lesioni al feto. - Meritevole di considerazione l'introduzione *ex novo* di un **delitto di procurate lesioni ai danni del feto** (con dolo, o anche con colpa?), posto a tutela del diritto del feto a nascere sano, o, volendo, del diritto alla salute del feto: interessi già da tempo oggetto di attenzione nei settori del diritto civile e costituzionale. L'evoluzione della diagnostica prenatale, e l'accrescimento delle conoscenze causali in ambito embriologico e teratologico, consentono, invero, di enumerare una buona serie di possibili fattori produttivi di "malattie" nel nascituro, e di coglierne le evidenze. Muovendosi in questa direzione, un utile paragone sarebbe costituito dagli artt.157 e 158 del codice penale spagnolo¹².

Parrebbe sensato immaginare una causa di non punibilità, o di esclusione della tipicità, relativamente al caso in cui la **lesione si risolva spontaneamente durante la gestazione e non comporti pregiudizio alcuno per il nato**. In questa ipotesi si apprezza una sorta di sopravvenuto difetto di offensività (mentre il disvalore del reato non dovrebbe venir meno quando il manifestarsi dell'evento successivamente alla nascita sia stato prevenuto da interventi medici in utero). Eventuali aggressioni al feto che abbiano complicato la gravidanza, pur non avendo infine danneggiato il nato, rileverebbero comunque come lesioni ai danni della donna.

In alternativa a quanto prospettato in questo paragrafo, si potrebbe **ridisegnare la fattispecie generale di lesioni (dolose e colpose) in modo da render chiaro che essa può trovare applicazione anche quando la condotta ricada sul feto, ma l'evento si evidenzi in rapporto al nato**: un tipo di soluzione che alcuni autori ritengono già valida *de iure condito* trattando del delitto di omicidio. Una simile scelta, tuttavia, comporterebbe non poche difficoltà per quanto concerne il nesso causale (potendo decorrere anche molto tempo tra la condotta e l'evento, e svolgendosi il decorso eziologico in un "ambiente" difficilmente sondabile) e soprattutto riguardo all'elemento soggettivo, dovendo quest'ultimo essere apprezzato al momento della condotta, quando il "destino" del feto può apparire decisamente imprevedibile, ingovernabile e sottratto alla portata preventiva di regole cautelari.

(Segue): la gravidanza come presupposto della condotta - Anche il concetto di "gravidanza" andrebbe, forse, meglio specificato, con riferimento specialmente a quale debba ritenersi il momento iniziale. È vero

¹² TÍTULO IV - De las lesiones al feto. **Artículo 157:** "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años"; **Artículo 158:** "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses/Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años./La embarazada no será penada a tenor de este precepto"

che, a stretto rigore, la gravidanza coincide con il momento dell'annidamento dell'embrione in utero; tale momento, tuttavia, non è riscontrabile con precisione; dunque, non corrisponde alle esigenze di certezza che informano il diritto penale. Il criterio c.d. "gestazionale", praticato in ostetricia, che si concentra sul primo giorno dell'ultima mestruazione, conduce ad esiti paradossali: ad es., si dovrebbero considerare alla stregua di farmaci per l'interruzione di gravidanza gli anticoncezionali che agiscono senz'altro prima del concepimento, ma dopo il mestruo. Più plausibile, dunque, il criterio c.d. "concezionale", che tiene conto della presumibile data del concepimento (essendo quella reale praticamente impossibile da datare), individuata nel giorno dell'ovulazione (14° giorno del ciclo), considerato come la fecondazione avvenga entro le ventiquattro ore dall'ovulazione.

Le scelte al riguardo andrebbero in ogni caso coordinate con quelle che si intenderanno fare in tema di embrionicidio. Tra la condizione dell'embrione *in vitro* (cui, senz'altro, un'eventuale figura di embrionicidio dovrebbe riferirsi), e quella dell'embrione impiantato in utero (rispetto al quale trovano applicazione le fattispecie di interruzione di gravidanza), si colloca la situazione dell'ovulo già fecondato, interno al corpo della madre, ma non ancora annidato. Su di esso possono agire quei farmaci (c.d. "**pillola del giorno dopo**") che, si ritiene, riescono a impedire la fecondazione o l'impianto. V'è da domandarsi se una simile fase, a dire il vero assai difficilmente "percettibile", meriti d'essere ricondotta a uno spazio libero dal diritto penale (come sostanzialmente accade adesso), o, piuttosto, all'ambito applicativo del reato di embrionicidio, o ancora a quello della disciplina in materia di aborto (come al limite sarebbe più ragionevole, essendo comunque coinvolti, in questa fase, il corpo e l'autodeterminazione della madre).

(Segue): il soggetto attivo – Le ipotesi di aborto non consensuale meritano d'essere concepite come **reati comuni**. L'eventuale **qualifica di "sanitario"** – e ancor più di sanitario "**obiettore di coscienza**" (v. oggi l'art.20 l.194/78) - potrebbe fungere da circostanza aggravante, e comportare l'applicazione di pene accessorie *ad hoc* (quanto all'obiettore di coscienza, v. tuttavia *infra*).

Questione a sé stante è quella della **punibilità della madre**. In linea di principio, appare poco opportuno destinare alla gestante oneri di attenzione speciali ed estremamente stringenti, a prevenzione della salute del feto, incidenti sulla delicatissima e personalissima vicenda esistenziale della gravidanza, che, come tale, è preferibile sia occasione per la maturazione di una responsabilità, non per coercizioni sotto minaccia penale.

Ad ogni modo, non è forse peregrino affermare quella punibilità in caso di **lesioni fetali dolose**, in parallelo con la scelta, già propria del nostro ordinamento, di sanzionare (sia pure con pene diminuite) colei che volontariamente si procuri un aborto illegale (sicché, posta questa analogia, un simile reato di lesioni fetali "autoprocurate" meriterebbe forse di essere inserito nella legge speciale). Sarebbe forse opportuno limitare

questa punibilità a casi di dolo diretto, o intenzionale, essendo il caso del “dolo eventuale” – come rilevato da PELISSERO - troppo affine, fenomenologicamente, a quello delle lesioni fetali colposamente autoindotte, che pone i problemi di cui adesso subito diremo (si pensi, invero, alla gestante a cui sia stato ripetutamente consigliato di non fumare e non assumere certe sostanze, per evitare danni al feto, e che ciò nonostante – “accettando il rischio” - prosegua in quelle condotte di vita, effettivamente producendo una malattia ai danni del figlio).

Consigliabile, invece – sempre prendendo a modello l’ordinamento spagnolo - sancire la **atipicità di aborto e lesioni fetali colpose causate dalla stessa gestante**; o, quantomeno, prevedere una causa personale di non punibilità, operativa anche in caso di “cooperazione colposa” con altri, ma a questi non estendibile (si pensi alla donna che assuma colposamente un farmaco abortivo, indotta in errore da una difettosa informazione del medico). A favore di questa opzione militano ragioni, diffusamente condivise, che tengono conto del “coinvolgimento personale e corporale” della donna nella maternità, e che altresì riconoscono la notevole difficoltà di individuare una soglia di “rischio illecito” in attività potenzialmente lesive del nascituro, che tuttavia costituiscano espressione dell’autodeterminazione della donna sulla propria vita e sul proprio corpo. Un’eventuale incriminazione costringerebbe la gravidanza in una gabbia di “oneri”, penalmente sanzionati, suscettibili di alterare il senso profondo di questa delicata esperienza esistenziale, esacerbandone gli aspetti conflittuali, col rischio persino di fomentare la IVG, che in un simile scenario verrebbe percepita come liberatoria.

Oggettività giuridica e collocazione sistematica - Le figure criminose in discussione si incentrano, in definitiva, su di una lesione effettiva, e necessaria – non mediata dalle variabili dinamiche di una “funzione” - degli interessi di rilievo costituzionale della *vita del feto*, delle *aspirazioni alla maternità* e della *integrità fisica* della madre (della *salute del feto*, *del nascituro* e *della gravidanza*, nelle ipotesi di lesioni fetali)¹³. Si distinguono dunque significativamente da quelle in materia di IVG, tanto per oggettività giuridica, quanto per struttura e modalità di tutela. Per tale ragione si può convenire sull’opportunità di una collocazione codicistica, tra i reati contro la persona¹⁴.

¹³ Si ritiene da alcuni non interessato il bene della “salute” della madre, tanto che le fattispecie di procurato aborto vengono normalmente fatte concorrere con quelle di lesioni, qualora dalla condotta derivi una “malattia” per la madre. In realtà, un evento così coinvolgente l’equilibrio psicofisico della gestante, come in specie una interruzione di gravidanza non voluta, pare ipso facto incidere sulla salute della gestante, specie se si considera la nozione ampia di salute avvalorata dalla OMS e accolta dalla stessa legge 194/78 (v. in specie l’art.4). Il succitato concorso con il reato di lesioni si può omunque giustificare per la non esauribilità degli elementi costitutivi dell’un reato nell’altro, e non già per una difformità di oggettività giuridica, in linea con gli orientamenti strutturali ormai accolti anche dalle Sezioni Unite della Cassazione.

¹⁴ Non mancano nondimeno ragioni, su cui riflettere, che potrebbero militare a favore della scelta di mantenere simili fattispecie nell’orbita della legge speciale che disciplina l’interruzione volontaria di gravidanza (e dunque al di fuori dell’ambito di riflessione che ci siamo riservati). In tal modo, esse verrebbero contenute in quel medesimo *corpus* normativo ove si collocano alcune fattispecie accessorie comuni a tutte le tipologie di delitti in materia di interruzione di gravidanza (ad es. l’aggravante del fatto compiuto dall’obiettore di coscienza: art.20 l.194/78); meglio si evidenzerebbe, in ragione della contiguità sistematica, il “confine esterno” delle stesse fattispecie a tutela di funzioni, fondamentalmente incentrate, appunto, sul difetto di consenso della donna; si salderebbero e valorizzerebbero i necessari legami terminologici tra le diverse tipologie di incriminazioni

Si potrebbe ribadire la scelta, recentemente compiuta dal legislatore, di **costruire uno specifico capo dedicato ai “delitti contro la maternità”, collocato immediatamente dopo quello riferito alla tutela penale della vita e della integrità fisica**. Detta soluzione in qualche modo echeggia la relazione della “Commissione Pagliaro”, nella quale si proponevano “reati contro la gestazione”, e veniva già suggerita dalla *Commissione di studio per l’elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale*, presieduta dal dott. Marasca, che la riteneva «decisamente preferibile all’alternativa, consistente nello smembrare la disciplina in oggetto per collocare le disposizioni in diversi luoghi e, nello specifico, rispettivamente dopo le “ipotesi minori” di omicidio doloso (all’art 580-bis c.p.), dopo le fattispecie di omicidio colposo (art. 589-quater c.p.) e dopo l’omicidio preterintenzionale (art. 585-bis c.p.). La sistemazione dopo le fattispecie di omicidio, piuttosto che a seguire quelle di lesione, sarebbe infatti giustificata dalla considerazione che nella filosofia ispiratrice della legge 194, nei casi di non consensualità, l’interesse del nascituro, sottraendosi al bilanciamento con il bene “salute della madre”, si “riespande”, acquistando un valore assoluto. Tuttavia, premesso che anche la mera scelta di *sedes* sottende una presa di posizione sul piano dei valori tutelati, si teme che tale presa di posizione, in una materia delicata come quella bioetica, dia la stura a valutazioni critiche, e per questo è stata ritenuta recessiva»¹⁵.

Mutatis mutandis, anche in questa sede è opportuno evitare opzioni troppo connotate sul piano delle premesse bioetiche, per accoglierne altre, meno impegnative, e semmai ancorate ad esplicite indicazioni costituzionali (v. in specie l’art.31, 2° co., in tema di “protezione della maternità”). D’altronde il concetto di “maternità” è di sintesi, capace di “comprendere” nei propri orizzonti gli interessi imputabili tanto al nascituro, quanto alla madre, sicché una simile scelta codificatoria non ridurrebbe gli spazi del dibattito teso a meglio focalizzare la natura degli uni e degli altri.

Come suggerito da alcuni membri del gruppo (Pelissero), sarebbe peraltro ancor più opportuno immaginare **un unico titolo (eventualmente suddiviso in capi) dedicato ai delitti contro “l’embrione umano, il nascituro e la maternità”**, in ragione dell’affinità fenomenologica e, in parte, valoriale delle materie ivi ricomprese, ed anche allo scopo di trovare più consona sistemazione a reati, come quello di “ectogenesi”, che non propriamente o non esclusivamente sono riferibili all’uno o all’altro ambito.

L’elemento esplicito del dissenso della gestante e i suoi “benefici effetti” sistematici ed ermeneutici - Una volta optato per la collocazione codicistica, si imporrebbero scelte lessicali volte a dirimere i nessi sistematici con altre figure criminose, per meglio distinguere il peculiare orientamento teleologico di quelle in esame, e così da semplificare questioni in tema di concorso di norme e reati.

¹⁵ Relazione finale della commissione, p.28

Utile, in questa prospettiva, esplicitare *in ogni caso l'elemento negativo del difetto di consenso della madre* (attualmente evidenziato nel solo 593 ter c.p., e desunto in via interpretativa dalla descrizione della fattispecie di aborto colposo); salvo poi delineare **motivi di invalidità del consenso** (oggi si parla di “consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno”), tendenzialmente corrispondenti a quelli che precludono l'applicazione del reato di omicidio del consenziente¹⁶ (in specie, si imporrebbe una esplicita e coordinata considerazione, prima di tutto nella legge speciale in tema di IVG, della donna sottoposta ad amministrazione di sostegno, o incapace naturale, rammentando che, nella misura in cui si voglia concedere anche a questi soggetti, seguendo certe procedure, l'accesso al trattamento sanitario – sul modello di quanto già esplicitato in rapporto alla minore o all'interdetta – la violazione di tali procedure dovrebbe valere principalmente alla stregua di un reato di trasgressione della disciplina in tema di IVG, non già come aborto non consensuale; salvo il caso di consenso reso da persona del tutto incapace di comprenderne il significato e volerne gli effetti)

Così operando non solo si marcherebbe la distanza dalle fattispecie di IVG illecita, ma si otterrebbero una pluralità di apprezzabili risultati.

In primo luogo, si renderebbe definitivamente inattuabile quella interpretazione che attualmente, sulla scorta di buoni argomenti, e fondamentalmente per colmare una lacuna, ipotizza un'estensione del reato c.d. di “aborto colposo” anche alla **condotta di chi, per colpa, non abbia rispettato i presupposti e i vincoli procedurali che consentono una IVG** (si immagini, ad es., un errore colposo sui tempi della gravidanza, o sulla sussistenza di un pericolo per la salute della gestante). Per contro, si tradurrebbe in chiara scelta normativa l'opinione di chi propone una netta differenziazione di ambiti applicativi, più razionale se non altro nella prospettiva *de iure condendo*, stante la notevole differenza di orientamento teleologico che intercorre tra le ipotesi di aborto colposo consensuale e non consensuale. Piuttosto, a questo proposito, meglio sarebbe integrare il novero delle figure criminose della legge speciale con una disposizione precipuamente riferita ad una IVG “colposamente illecita”; oppure **qualificare come contravvenzioni, sia pure seriamente sanzionate, i reati di legge speciale**, sul presupposto che sia questa la “forma” naturale di reati a tutela di funzioni: in tal modo esse diverrebbero *ipso facto* punibili anche a titolo di colpa.

Ancora: esplicitare l'elemento del mancato consenso della donna (purché detto mancato consenso sia chiaramente riferito all'evento, e non alla condotta), contribuirebbe ad estromettere in modo più chiaro dall'ambito applicativo di queste fattispecie i casi in cui **la condotta provochi alla madre, o al feto, lesioni**

¹⁶ Da valutare se un difetto di informazione, nell'ambito di una procedura di IVG, possa giustificare l'applicazione dei reati di procurato aborto non consensuale, o viceversa meriti di essere trattato al pari di altri casi di “violazione” di dette procedure. La questione si interseca con quella, trattata da Marco Pelissero, dell'atto medico arbitrario, e si correla al problema della configurabilità di un concorso di reati di interruzione di gravidanza consensuale e non consensuale (concorso attualmente ammesso in giurisprudenza). Per quanto concerne il consenso prestato dalla minorenne, dall'interdetta o comunque dall'incapace, sarebbe necessario un attento coordinamento con regole di legge speciale che attribuiscono a tali soggetti, entro certi limiti, la possibilità di un ricorso alla IVG; potrebbe prevedersi comunque un'aggravante quando il fatto, in assenza di valido consenso, sia commesso ai danni di queste categorie particolarmente “vulnerabili” di gestanti, come già in parte oggi nell'ultimo comma dell'art.593 ter c.p. A dire il vero, oggi la l.194/78 non considera espressamente il caso dell'IVG su donna naturalmente incapace ma non interdetta, la cui disciplina, a parere di alcuni, può essere ricostruita mediante procedimento analogico. La lacuna andrebbe colmata *de iure condendo*.

che poi, per varie ragioni, la inducano a optare per una IVG. Rispetto a simile eventualità, già oggi si tende ad escludere il fatto tipico, per difetto di nesso causale o psicologico. Un simile risultato, effettivamente coerente con le regole dell'imputazione oggettiva e con un'idea rigorosa di personalità della responsabilità - non essendo propriamente, o comunque interamente, imputabile all'autore della lesione la soppressione del feto - non comporterebbe alcuna "lacuna di tutela", laddove, come auspicabile, si preveda un autonomo reato di procurate lesioni al feto. Si potrebbe nondimeno immaginare una fattispecie autonoma dedicata a questa specifica fattispecie, eventualmente inserita nella legge speciale in tema di IVG; oppure, in alternativa, una apposita aggravante del reato di lesioni (alla madre o al feto).

Una riflessione a se stante merita la non rara casistica di **donne costrette a ricorrere alla IVG mediante violenza, minaccia, o inganno.** Il disvalore di simili condotte pare più propriamente corrispondente a quello di un procurato aborto non consensuale *tout court*, sicché appare plausibile una equiparazione, se non altro *quoad poenam*. Già in rapporto al diritto vigente la giurisprudenza tende ad applicare la figura dell'art.18 l.194/78 (oggi 593 ter c.p.), piuttosto che quella dell'art.611 c.p.

Delicati interrogativi solleva, ancora, l'ipotesi di un **consenso, o dissenso, all'interruzione di gravidanza – eventualmente condizionati – espressi mediante direttive anticipate** (si pensi a una donna in stato di gravidanza, cui venga diagnosticata una grave malattia che probabilmente la condurrà a uno stato di incoscienza già prima del parto). Una tematica non molto trattata in dottrina, ma che si impone all'attenzione a seguito dell'entrata in vigore della già citata l. 219/2017.

Il discrimine tra i reati di aborto e di omicidio - La riforma di codice che si va qui a ipotizzare dovrà tener conto delle differenti sensibilità rappresentate all'interno dell'associazione, e al tempo stesso risultare ragionevole nelle sue implicazioni applicative, nonché conforme a scelte consolidate della Corte costituzionale e delle Corti europee, così da apparire meglio "metabolizzabile" dai processi politici-istituzionali che, ipoteticamente, potrebbero tradurla in atto legislativo.

In questa prospettiva, se sembrano irricevibili impostazioni che (espressamente o implicitamente) considerano il concepito quasi *portio mulieris* (aderendo alle quali bisognerebbe considerare l'aborto non consensuale alla stregua di una lesione qualificata), appare allo stesso modo difficile dar seguito ad approcci "tuzioristici" che ritengono la situazione soggettiva del concepito in tutto parificabile a quella del nato. Muovendosi su questa linea, bisognerebbe qualificare l'aborto non consensuale alla stregua di un omicidio, in varia guisa "aggravato", per il coinvolgimento anche dell'integrità fisica della madre e del valore della maternità (allo stesso modo, dovrebbe considerarsi pari a un omicidio la soppressione dell'embrione *in vitro*).

Un'opzione così "radicale", tuttavia, oltre che fondata su premesse teoriche molto controverse, imporrebbe una rivisitazione radicale anche della disciplina della IVG, che attualmente non presuppone un'uniformità di

status giuridico tra gestante e feto, e che nondimeno è stata dichiarata “costituzionalmente vincolata” dalla Corte costituzionale; la quale Corte, in effetti, pur annoverando a più riprese quello del concepito tra i valori fondamentali (ex art.2 Cost.), ha sempre nella sostanza inteso tale valore come recessivo rispetto alla salute della gestante, sul presupposto che la donna è già persona, mentre il nascituro “persona ancora deve diventare”.

Appare dunque espressione di una politica-criminale ragionevole e realistica **continuare a differenziare le figure di procurato aborto da quelle di omicidio** (tra le quali l’eventuale figura di infanticidio), così da armonizzare il nostro progetto con una tradizione legislativa risalente e consolidata, e con univoci riferimenti comparatistici. Una simile articolazione delle incriminazioni, tra l’altro, è già oggi da alcuni ritenuta non incompatibile con il postulato della piena “personalità” dell’embrione, sicché gli orientamenti “tuzioristici” non ne verrebbero necessariamente sacrificati.

In quest’ottica, la scelta meno problematica sarebbe quella di **indicare, come momento distintivo, quello dell’inizio del parto, naturale o indotto**; salvo precisare se, con esso, voglia intendersi già la fase prodromica, o la fase dilatante, o addirittura quella espulsiva (in giurisprudenza e in dottrina si riscontrano, a questo proposito, soluzioni non del tutto corrispondenti), e quale sia poi l’attimo rilevante nell’eventualità di un cesareo. Tale criterio è da molto tempo praticato, e la sua prova è supportata da comprovate metodologie medico-legali. Al contempo, sarebbe opportuno **evitare ogni riferimento lessicale al “feto durante la nascita”** – come invece oggi nell’art.578 c.p. - evocativo di una figura specifica di “feticidio” in realtà priva di autonomia sistematica, e oltretutto imprecisa, posto che nel linguaggio medico-scientifico si definisce feto il prodotto del concepimento finché collocato in utero.

Nelle considerazioni – v. *infra* - di Enrico AMBROSETTI in tema di reati di omicidio emerge una stimolante proposta alternativa, d’altronde già avanzata da alcuni *de iure condito*, e non priva di conferme comparatistiche¹⁷. Si suggerisce, in particolare, di considerare quale **momento di differenziazione tra i reati di aborto in discussione, e quelli di omicidio**, non più la nascita, bensì **l’acquisizione della capacità di vita autonoma** da parte del concepito, anche se ancora *in utero*.

Questa scelta ha il pregio di riflettere un più equilibrato compromesso tra le diverse sensibilità bioetiche circa lo “statuto del concepito”. Bisogna poi laicamente riconoscere che il venir meno della dipendenza biologica dal corpo della madre, a prescindere dalla nascita (*autonomia*, che è altra cosa rispetto alla *vitalità*), comporta un indubbio “salto qualitativo” nella condizione del nascituro, che lo rende senz’altro degno della qualifica giuridica di “persona”, e penalistica di “uomo”. La tesi della “capacità di vita autonoma” tiene inoltre

¹⁷ V. ad es. il §187 del Codice Penale della California, stando al quale “ Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought”. La disposizione pretende di essere coordinata con quelle in materia di aborto lecito, stando alla quale, salvo pericolo per la vita o la salute della donna, l’aborto non può essere compiuto se il medico “in buona fede” ritiene che il feto sia *viable*: cfr. Health and Safety Code, Division 106, Part 2, Chapter 2, Article 2.5. 123468, lett. B). Si tratta di una delle diverse traduzioni in legge statale del noto criterio stabilito dalla decisione della Supreme Court *Roe v. Wade*, 1973

conto di come il feto non sia più entità “sottratta alla vista” e dunque necessariamente confusa col corpo della madre fintantoché da esso non si emancipi: le evoluzioni della tecnica consentono ormai di visualizzarlo e di trattarlo come paziente “a sé stante”, già in fasi molto precoci. Infine, si otterrebbe in questo modo un miglior coordinamento con quei passaggi della disciplina della IVG (meritevoli di preservazione *de iure condendo*) che, in caso di raggiunta capacità di vita autonoma, sembrano riconoscere una raggiunta parità di rilievo costituzionale tra (vita del) feto e (vita della) gestante, e coerentemente impongono di salvaguardare la vita del bambino estratto dal ventre materno, lasciando intravedere altrimenti (secondo la più diffusa interpretazione) l’applicazione delle fattispecie comuni di omicidio (a condotta vuoi attiva, vuoi omissiva); in tutta coerenza con il criterio, difficilmente contestabile, stando al quale «*the rights to medical treatment of an infant prematurely born alive in the course of an abortion shall be the same as the rights of an infant of similar medical status prematurely born spontaneously*»¹⁸ .

Il più evidente limite di una simile opzione, tuttavia, ha a che fare con il principio di determinatezza, sicché essa se non altro dovrebbe essere accompagnata da attente precisazioni normative. Anche ammettendo che il momento in cui si acquisisce la “vita autonoma” non possa mutare *di luogo in luogo* in ragione delle differenti risorse tecniche ivi disponibili, in ogni caso l’individuazione di detto momento appare condizionata da indicazioni scientifiche non univoche, in ragione dei differenti approcci e metodologie. A dirla tutta, l’accertamento della capacità di vita autonoma dovrebbe aver luogo caso per caso, molto dipendendo da cangianti condizioni biologiche e di salute del singolo feto, dalle modalità di conduzione della gravidanza, e da altre variabili. Lo stesso concetto di “capacità di vita autonoma” si presta, d’altronde, a differenti definizioni: fa esso riferimento a una *possibilità* o a una *probabilità* di sopravvivenza? Potrebbe, la necessaria “autonomia”, riconoscersi anche quando siano comunque necessari supporti medici, almeno nei primi momenti? Solo supporti *ordinari*, come ad es. nella disciplina californiana¹⁹, o anche *straordinari*? E come distinguere queste due categorie?

A fronte di un simile quadro, la fissazione *ex lege* di un numero di settimane presuntivamente correlato alla raggiunta *viability* soddisferebbe le ragioni di certezza, ma con quale sacrificio per la plausibilità empirica della soluzione che di volta in volta ne deriverebbe? E come andrebbe poi stabilito questo limite: operando una sorta di “media” delle indicazioni fornite dalla scienza, oppure orientandolo verso quell’età in cui la permanenza in vita è “probabile”, secondo una logica di *extrema ratio* punitiva, o, al contrario, verso quelle età in cui essa può ritenersi soltanto “possibile”, in conformità a un approccio precauzionale che enfatizzi il

¹⁸ California Health and Safety Code – HSC – Division 106 – Part 2 – Chapter 2 – Article 2.1234356. Meriterebbe un approfondimento comparatistico l’ipotesi secondo la quale detto criterio è destinato ad imporsi ad ogni ordinamento in ragione dell’irragionevolezza (qualunque sia la concezione prescelta in materia di fetal rights) di un trattamento differenziato di bambini egualmente capaci di vita, l’uno derivante da un’interruzione artificiale, l’altro da un’interruzione naturale della gravidanza

¹⁹ Nella disciplina californiana, che si è presa a riferimento, la *viability* è ad es. definita come «the point in a pregnancy when, in the good faith medical judgment of a physician, on the particular facts of the case before that physician, there is a reasonable likelihood of the fetus’s sustained survival outside the uterus without the application of extraordinary medical measures»: Health and Safety Code, Division 106, Part 2, Chapter 2, Article 2.5. 123464, lett. D)

valore della vita nascente, In quale modo, poi, si potrebbe tenere quel limite al passo delle evoluzioni della scienza? Si potrebbe immaginare un rinvio mobile a decreti ministeriali/linee guida aggiornati nel tempo? Oppure una procedura di accertamento volta per volta, affidata ad una *équipe* multidisciplinare, in analogia con quanto si prescrive per l'accertamento della morte? Da considerare che quest'ultima analogia è in certa misura posticcia e fuorviante, se solo si tien conto del diverso oggetto di accertamento (la valutazione della capacità di vita autonoma, a differenza di quella di morte neurologica, impone anche una difficile prognosi), delle diverse finalità, e dei differenti momenti e possibilità concreti di intervento dell'*équipe* nell'uno e nell'altro caso.

Un'ulteriore possibilità potrebbe essere quella di **considerare la raggiunta capacità di vita autonoma del feto alla stregua di una *aggravante* (o *fattispecie autonoma più severamente sanzionata*) dei reati di procurato aborto (e in tema di IVG)**. A tal fine potrebbero fungere da modello ordinamenti che, appunto, prevedono una fattispecie autonoma di *child destruction*, differenziata tanto dall'aborto illecito, quanto dall'infanticidio/omicidio²⁰. In questo caso, la raggiunta capacità di vita autonoma non comporterebbe più un troppo impegnativo "salto di qualità" nella tipicità del fatto, sicché si stempererebbero le anzidette questioni in punto di determinatezza, così come apparirebbe forse più sostenibile la previsione di una presunzione *ex lege*.

Nell'articolare queste riflessioni, bisognerà altresì tener conto di come la scelta di qualificare come "uomo" un soggetto ancora in utero possa impattare su tutta una serie di questioni correlate, estremamente delicate.

In primo luogo, la questione del c.d. ***maternal-fetal conflict***, che può porsi in termini particolarmente problematici se si anticipa a una fase in cui è ancora in atto la gravidanza una relazione madre-figlio "a tutti gli effetti", e cioè comportante pieni obblighi di protezione della prima a favore del secondo (mentre vi è da dubitare che sussista una posizione di garanzia della gestante nei confronti del feto non ancora uomo). Come contemperare questa piena posizione di garanzia con il diritto all'autodeterminazione e alla salute della donna? Si consideri, ad es., il caso in cui emerga la necessità clinica di curare il feto, o di intervenire con un cesareo, mentre la madre dissente; oppure alla possibile illiceità di scelte esistenziali anche "omissive", che elevino il rischio per la salute di chi dovrebbe ritenersi già "figlio", ma ancora non è nato.

Sarebbe altresì da ponderare come scelte codificatorie in materia possano (troppo?) condizionare il dibattito circa le **cure di fine vita dei grandi prematuri**, posto che il criterio della "capacità di vita autonoma"

²⁰ V. ad es., in UK, la Section 1(1) dell'*Infant Life Preservation Act 1929*, intitolata *Punishment for child destruction*: «(1) Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of felony, to wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment to penal servitude for life: /Provided that no person shall be found guilty of an offence under this section unless it is proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother./For the purposes of this Act, evidence that a woman had at any material time been pregnant for a period of twenty-eight weeks or more shall be *prima facie* proof that she was at that time pregnant of a child capable of being born alive»

contribuisce a definire il discrimine tra l'obbligo di praticare ogni trattamento intensivo disponibile, ed invece l'obbligo di provvedere soltanto a cure compassionevoli.

L'eventuale opzione a favore della *viability* come discrimine tra lo *status* di feto e quello di uomo andrebbe in ogni caso attentamente coordinata con la disciplina attualmente contenuta nell'art.7, ult.co., e 19 legge 194/78 (la quale, a sua volta, appare suscettibile di una rimodulazione).

L'articolazione delle incriminazioni in ragione del titolo di imputazione – Salvo che non si intenda riconsiderare l'imputabilità delle lesioni (ai danni di un uomo) sia a titolo di dolo che di colpa, appare coerente mantenere la rilevanza del reato di procurato aborto e di lesioni al feto **anche quando commessi con colpa**, vista la tendenziale analogia quanto ad oggettività giuridica. Inutile aggiungere che le ipotesi colpose dovrebbero sempre chiaramente accompagnarsi a una corrispondente ipotesi dolosa, diversamente da quanto oggi pare accadere (*v.supra*, nt. 2).

Questioni consuete in giurisprudenza – come quella del discutibile **“rapporto di rischio”** tra regole cautelari prevalentemente poste a tutela dell'incolumità personale (ad es. quelle sulla circolazione stradale), e una conseguenza difficilmente “prevedibile” quale l'interruzione di gravidanza – non conviene siano risolte *ex lege*, in disposizioni di parte speciale, costituendo il precipitato di problematiche più generali in tema di reato colposo. Qualora si ritenga opportuno conservare una **disciplina specifica della responsabilità colposa in ambito sanitario**, paragonabile all'attuale 590 *sexies* c.p., sarebbe d'uopo estenderla anche alla procurata interruzione di gravidanza.

Da riconsiderare, invece, l'aggravante incentrata sulla violazione di regole cautelari “poste a tutela del lavoro” (art.593bis, 3° co., c.p.), o altre analoghe. L'avversione di chi scrive tanto per la frammentazione casistica della tipicità dovuta al proliferare delle circostanze, quanto per la costruzione di irragionevoli ambiti “differenziati” di reati colposi, spinge verso una soluzione negativa.

Vi è poi da valutare quanto convenga riproporre **ipotesi a struttura preterintenzionale**, come l'interruzione preterintenzionale della gravidanza di cui all'art.593 ter, 2° e 3° co., c.p. o i casi di aborto aggravati dalla morte o dalle lesioni della donna di cui al 4° co. (correlati anche all'aborto preterintenzionale, dunque, in certo senso, preterintenzionali “alla seconda”!).

Non essendo auspicabile, *de iure condendo*, la costruzione di fattispecie volte ad eludere un'imputazione almeno colposa dell'evento (applicabili, ad es., anche quando l'aggressore non abbia né possa avere contezza dello *status praegnationis*, come in effetti facilmente può accadere), simili incriminazioni dovrebbero comunque presupporre almeno la “prevedibilità” dell'evento più grave; in questo modo, esse tenderebbero a tipizzare situazioni altrimenti qualificabili applicando le regole ordinarie in materia di

concorso di reati. Si incrementerebbe, di conseguenza (come già oggi emerge dalla giurisprudenza) il novero delle fattispecie potenzialmente convergenti, con conseguenti complicazioni nella qualificazione di uno “stesso fatto” e possibili squilibri sistematici. Considerata inoltre l’incerta natura dei reati aggravati dall’evento, vien da concludere che dette figure criminose creerebbero una quantità di problemi applicativi, e di compatibilità con principi di ragionevolezza e colpevolezza, francamente degni di miglior causa. In ogni caso, una risposta definitiva in materia non potrà che dipendere da quella che più generale vorremo dare in tema di reato preterintenzionale.

All’aborto preterintenzionale, in ogni caso – come anche all’ipotesi colposa – non dovrebbe riferirsi **un’eventuale aggravante costituita dall’aver sollevato, il soggetto attivo, obiezione di coscienza** (v. oggi l’art.20 l.194/78); aggravante che non sembra incrementare il disvalore né oggettivo, né soggettivo, di interruzioni di gravidanza non volontariamente provocate.

Le sanzioni – In considerazione della loro struttura, e della loro gravità, i reati in esame meritano sicuramente la qualifica di **delitti**.

La relativa pena andrebbe rapportata a quella delle figure criminose di embrionicidio “extracorporeo”, da un lato, di infanticidio o, comunque, di omicidio dall’altro lato, secondo un’idea di “gravità crescente” del fatto vuoi in proporzione allo stadio di sviluppo del concepito, vuoi nella misura in cui l’evento offensivo venga a coinvolgere, con intensità sempre maggiore di effetti, *anche* l’integrità e salute psico-fisica della gestante e il suo diritto alla maternità. Distante (per eccesso) dovrebbe essere la pena rispetto a quella riferita alle ipotesi di IVG illecita, rispondenti a tutt’altra logica ed esigenza, e meritevoli forse persino di una qualifica contravvenzionale (v. *supra*): potendosi comunque immaginare, come già oggi in giurisprudenza, casi di concorso tra le diverse tipologie di reati in materia di interruzione di gravidanza.

Il **paradigma della “tutela crescente” del concepito**, oltre che sostenuto da solidi riferimenti comparatistici e storici, e corrispondente al piano “costituzionalmente vincolato” della legislazione in tema di IVG (v. *supra*), costituisce altresì un buon compromesso tra differenti visioni bioetiche. Al tempo stesso, esso riflette quella dimensione del “divenire” che connota lo statuto biologico del nascituro, e che rischia di essere mortificata da approcci che enfatizzano le differenze o, viceversa, le corrispondenze ontologiche con il nato.

Tanto premesso, si dovrebbero poi immaginare **clausole di attenuazione della pena per la madre**, qualora la si ritenga possibile soggetto attivo di almeno alcuni di questi reati.

A differenza di quanto ha fatto il legislatore del 1978 (v. in specie l’art.18, co.2, oggi art.593 ter, co.2, c.p.), la **pena per il parto prematuro** (sia esso considerato titolo autonomo, o circostanza attenuante: v. *supra*) dovrebbe essere sempre inferiore a quella riferita all’aborto in senso stretto. Si potrebbe in particolare

delineare, al riguardo, una attenuante soltanto facoltativa, considerando come un parto prematuro che comporti gravi complicazioni per il nato possa assumere un disvalore non distante da quello di un aborto, specialmente quando poi il nato deceda in ragione di quelle complicazioni. Da considerare, tuttavia, come in vicende del genere il reato di aborto potrebbe concorrere con quello di lesioni o di omicidio ai danni del bambino.

Infine, la **pena di un eventuale reato incentrato sulla causazione preterintenzionale** della morte della donna mediante atti orientati a procurarle un aborto non consensuale, o a procurarle lesioni da cui derivi anche un aborto, dovrebbe essere superiore a quella propria della figura generale di omicidio preterintenzionale²¹

2 -bis. Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica – interruzione di gravidanza

(Luciano Eusebi)²²

Interruzione volontaria di gravidanza

Preferirei evitare definizioni temporali *ex lege* di inizio della gravidanza, tanto più ove non accompagnate (vedi relazione) da una considerazione della fase in cui l’embrione si trova nel corpo femminile tra il momento della fecondazione e quello dell’impianto (che, del resto, si perfeziona nell’arco di un certo numero di giorni).

Va infatti evitato, riterrei, il messaggio ancorché non voluto (pure in rapporto agli effetti sulla normativa concernente la pma) secondo cui gli embrioni non impiantati sarebbero irrilevanti dal punto di vista giuridico.

Del resto, è delicato che nozioni afferenti alla sfera medico-scientifica siano formalizzate *ex lege*: il che vale anche rispetto a tutte le considerazioni riguardanti, in modo esplicito o implicito, l’inizio della vita umana. Ciò che sappiamo con certezza è che dalla fecondazione si instaura un iter esistenziale il quale necessita, per proseguire, solo di un ambiente adatto e non di ulteriori impulsi, vale a dire un iter che, dalla fecondazione, è autonomo, continuo e autoregolato e che, nel corso dell’arco esistenziale, esprime diverse qualità fisiche e psichiche. Da ciò ognuno tragga, sulla base di una riflessione razionale, le conseguenze che ritiene: ma credo che, laicamente, non si debbano adottare soluzioni legislative le quali offuschino la comprensione di quel dato di partenza.

²¹ Giustamente criticata è, in dottrina, l’attuale previsione di una pena inferiore per l’omicidio preterintenzionale della gestante perpetrato mediante interruzione non consensuale della gravidanza, rispetto a quella riferita all’omicidio preterintenzionale di cui all’art. 584 c.p., pur sommandosi, nel primo caso, il disvalore oggettivo di un omicidio a quello di un aborto. È vero che la Corte costituzionale, dopo aver qualificato il reato di cui all’art. 18, comma 3, alla stregua di un delitto aggravato dall’evento, e averlo ritenuto anche per questo non pienamente “comparabile” con l’omicidio preterintenzionale, dichiarò non fondata una questione di costituzionalità avente ad oggetto l’art. 584 c.p. (Corte costituzionale, 30 luglio 1981, n. 162). Tuttavia, simili discrasie sanzionatorie appaiono oggi inaccettabili, vuoi in ragione della tendenza ad assimilare ipotesi a struttura preterintenzionale sul piano dei criteri di imputazione, in ossequio al principio di colpevolezza, vuoi in considerazione della rinnovata attenzione della Corte costituzionale per il valore della proporzionalità della pena (v. in particolare Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236).

²² Enrico Ambrosetti e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di queste note a margine

Per gli stessi motivi, sarei molto attento a non lasciar percepire (neppure di fatto) che le differenze sanzionatorie rispetto ai delitti posti a tutela della vita postnatale siano da giustificarsi in funzione di considerazioni su un diverso valore della vita in diverse epoche del suo svolgersi (nella relazione si sottolinea giustamente che le motivazioni possono essere altre: sebbene eviterei termini radicali, come l'aggettivo "tuzioristico", per definire l'approccio di chi ritiene che la vita prenatale, in ogni fase, abbia di per sé la stessa pregnanza della vita postnatale).

Lo stesso riferimento a una «dimensione del "divenire" che connota lo statuto biologico del nascituro» può essere equivocata: di per sé, essa resta valida per l'intero decorso della vita umana.

Come pure riterrei non necessaria ed equivocabile nella relazione il riferimento a una tutela solo 'minima' concernente tutti gli interessi coinvolti (si rammenti l'orientamento tedesco secondo il quale la rinuncia, in materia, a strumenti penali non dovrebbe implicare un ridotto impegno preventivo, seppur da realizzarsi per altre vie).

Circa l'IVG sulla base di direttive anticipate sarei ben cauto: se la condizione di salute della donna, in quel caso, è già compromessa, credo che sarebbe difficile giustificare una IVG in quanto produttiva di un pericolo, serio o grave, per la salute della donna stessa. Almeno in quel caso, e pure seguendo l'impostazione della Corte costituzionale, parrebbe che il bilanciamento debba andare a favore del bambino (*a fortiori*, non credo che una donna potrebbe, per esempio, impedire il mantenimento dei presidi di terapia intensiva dopo la sua avvenuta morte cerebrale, ove ciò consenta al feto di raggiungere in utero l'epoca nella quale si renda praticabile con una certa sicurezza un parto prematuro). Anche nella prospettiva della legge italiana il feto non è, in quanto tale, "proprietà" disponibile da parte della madre (si ricordino le parole del § 219, co. 1, StGB: «*dabei muß der Frau bewußt sein, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat*»).

Ciò a parte, la relazione evidenzia opportunamente, rispetto a risorse sempre più concrete di terapia fetale prenatale per via chirurgica (p. es., le spine bifide, ma anche molto altro, sono curabili in questo modo), il problema di un eventuale dissenso della donna. La cosa è certamente molto delicata. Ma davvero la donna non ha alcun dovere, neppure di fronte a pericoli per la sua salute che non siano seri o gravi, o siano comunque minimi?

Circa eventuali integrazioni normative concernenti la donna sottoposta ad amministrazione di sostegno, o incapace naturale, riterrei che debba essere prestata massima attenzione a evitare qualsiasi apertura verso IVG praticabili senza un consenso consapevole della donna: secondo, del resto, quanto già si evince dalla legge n. 194, con riguardo sia alla donna minorenni, che alla donna interdetta.

Si ricordi, del resto, che il portare a termine una gravidanza non comporta in alcun modo l'obbligo di assunzione della posizione genitoriale.

Quanto poi ai riflessi di un'eventuale valorizzazione della fase in cui il feto ha raggiunto la possibilità della vita autonoma dalla madre con riguardo alle cure dei grandi prematuri, deve rimanere chiaro che, in questo caso, i genitori non hanno un ambito di decisione discrezionale circa il tentativo, ove razionalmente se ne dia la possibilità, di salvare il bambino: posto che i genitori non agiscono né come fiduciari (sulla base di volontà espresse dall'interessato), né come amministratori di sostegno, ricostruendo la volontà dell'interessato. Non esiste, dunque, alcuna praticabilità di una sorta di aborto postnatale.

Mi chiedo, poi, se non debba essere reinserita entro l'ambito penale – dato il bene vita coinvolto e la funzione orientativa dei comportamenti svolta dalla norma penale – anche l'ipotesi in cui la donna abbia consentito a un aborto fuori dai limiti e delle procedure di cui alla legge n. 194, ipotesi oggi prevista come illecito amministrativo all'art. 19, co. 2, della medesima legge: eventualmente riportando lo stesso intero articolo (con le ulteriori previsioni penali) all'interno del codice.

Si tratta di una depenalizzazione rispetto alla precedente qualifica penale di simile condotta – come avevamo evidenziato in sede di commissione Palazzo per l'attuazione della legge delega n. 67/2014 – dovuta soltanto alla circostanza per cui il legislatore non aveva avvertito, nell'ambito di depenalizzazioni 'a taglio lineare', che potesse sussistere un delitto riferibile alla vita umana punito con mera pena pecuniaria.

Riportando l'illecito al contesto penale si potrebbe rivedere anche la scelta di 'monetizzare' un simile comportamento illecito, per esempio proponendo di introdurre coraggiosamente (esclusa la pena detentiva) una pena di tipo diverso (per esempio, un obbligo prescrittivo, come quello di accedere a una consulenza socio-sanitaria).

Da ultimo, sebbene l'incarico del nostro gruppo attenga alle discipline penali, credo che potrebbero assumere rilievo per i suoi fini (e forse non soltanto in sede di relazione) anche le norme immediatamente orientate alla prevenzione dell'aborto, per fini di tutela sia della donna che del concepito.

In tal senso, si potrebbe cercare di dare un certo spessore non meramente elusivo del 'colloquio' con la donna svolto in consultorio (art. 5, co. 1, l. 194) al medesimo 'colloquio' svolto presso il medico di fiducia (art. 5, co. 3, l. 194), per esempio richiedendo, almeno, la redazione di linee guida orientative e una qualche verbalizzazione delle modalità del colloquio stesso: in proposito, un riferimento potrebbe essere costituito dalle indicazioni formulate dal CNB del parere sull' 'aiuto alla donna in gravidanza' del dicembre 2005, votato, si noti, da tutte le componenti politico-culturali in esso presenti (vi si raccomandava, fra l'altro, anche l'introduzione di una fase di colloquio, comprendente *counseling* genetico e informazioni per il futuro, anche rispetto alla constatazione di rilevanti anomalie o malformazioni del feto, con riguardo all'IVG dopo il

novantesimo giorno). Il carattere 'elusivo' delle finalità preventive ravvisabile nella previsione del colloquio presso il medico di fiducia era stato fin da subito evidenziato, fra l'altro, in un convegno dell'allora Sinistra indipendente, riportato in un fascicolo della rivista 'Bozze' di poco successivo al 1978.

Del pari, potrebbe essere opportuno dare evidenza all'art. 30 reg. stato civile, in realtà non adeguatamente conosciuto, che – consentendo il parto nell'anonimato – può fungere da elemento di prevenzione non solo del ricorso alla IVG *secundum legem*, ma anche di aborti o parti 'fai da te' pericolosissimi per la donna stessa, come altresì delle tristi vicende di infanticidi *post-partum*.

Procreazione medicalmente assistita

Per ragioni analoghe a quelle già evidenziate più sopra, non mi sento di condividere la definizione che s'intenderebbe dare di embrione, definizione che rappresenta una presa di posizione fondata su elementi nient'affatto incontrovertibili, e pertanto discrezionali: ma la legge, ritengo, non può avventurarsi a descrivere convenzionalmente l'oggetto stesso della tutela che mira a garantire.

Scegliere di dare rilievo all'embrione dal momento della cariogamia (per quanto la legge tedesca, in epoca ormai datata, avesse parlato genericamente della 'fusione' tra i nuclei dei gameti) non costituisce affatto una scelta neutrale, bensì significa lasciare piena discrezionalità all'intervento sull'ovulo fecondato tra il momento della penetrazione dello spermatozoo nel citoplasma del medesimo – momento dal quale il processo esistenziale del nuovo individuo è già in atto senza necessità di ulteriori impulsi esterni – e il momento della costituzione del nucleo diploide dello zigote: tema sul quale si discusse alquanto, a suo tempo, nell'ambito del CNB, il quale non accolse una simile differenziazione.

Parimenti, l'espressione secondo cui l'embrione è «dotato della intrinseca capacità di svilupparsi in un uomo se destinato alla gestazione» appare dare per scontato che non esiste una medesima realtà umana nell'embrione e nell'uomo: né il problema può essere eluso solo perché si utilizzino locuzioni descrittive diverse per varie fasi della sequenza esistenziale: zigote, morula, blastocisti, feto, ecc. ecc. (com'è noto, per la fase anteriore alla cariogamia era stato coniato il termine *ootide*).

Se, dunque, non si vogliono fare affermazioni sul pieno riconoscimento della realtà umana dalla fecondazione, non se ne devono fare (laicamente) nemmeno in senso opposto.

Inoltre, la realtà in sé, *hic et nunc*, dell'embrione non può certo dipendere dal fatto che sia destinato o meno (successivamente e per decisione altrui) alla gestazione.

In linea di principio, del resto, non ritengo che spetti a una legislazione di settore – come quella penale avente per oggetto scelte di tutela di beni già identificati dall'ordinamento giuridico (e tantomeno a una commissione che ha per scopo soltanto la razionalizzazione di tali scelte di tutela) – operare valutazioni di

fondo sull'estensione dei beni rilevanti, le quali coinvolgono anche molti ulteriori ambiti disciplinari e che competono, comunque, all'apprezzamento parlamentare.

Quando sono in gioco scelte non attinenti, *in primis*, all'ambito penalistico, riterrei, in ogni caso, che esse non possano costituire oggetto di una proposta che coinvolga nel suo insieme l'associazione dei penalisti.

Non comprendo inoltre – a parte ogni giudizio sulla diagnosi preimpianto – perché, con riguardo al delitto di alterazione genetica, l'alterazione o la predeterminazione del patrimonio genetico di un embrione 'destinato alla gestazione' non dovrebbero essere vietati anche con riguardo all'embrione eventualmente selezionato a seguito di diagnosi preimpianto (posto, fra l'altro, che proprio in quel caso, essendo sottoposti gli embrioni a prelievi cellulari precoci estremamente invasivi, il rischio di manipolazioni del loro stesso genoma, o di quello dei gameti di provenienza, potrebbe essere maggiore).

Non mi sento di condividere altresì, nell'ottica cui già mi richiamavo, il passaggio, rispetto alla legislazione vigente, dal divieto della clonazione (in generale) su embrioni al divieto della sola clonazione c.d. riproduttiva. Il che implica la scelta di fondo intesa ad ammettere sperimentazioni distruttive degli embrioni coinvolti in una clonazione c.d. terapeutica: ciò in antitesi, fra l'altro, con l'art. 13, co. 2, della legge 40, che ne risulterebbe di fatto abrogato (e, in effetti, non si evince più nella proposta di articolato un divieto di ricerca che implichi la distruzione dell'embrione, che invece, riterrei, sia da mantenersi).

Si tratterebbe di una scelta la quale, ancora una volta, non mi sembra possa rientrare tra i fini del nostro lavoro, perché implica una precisa presa di posizione sullo statuto dell'embrione.

Considerando altresì, in margine, che le stesse attese di apporti significativi sul piano terapeutico della c.d. clonazione, per l'appunto, terapeutica sono andate ampiamente ridimensionandosi.

Credo poi, per ragioni simili a quelle più sopra esposte, che non sia bene prendere iniziative in tema di ammissibilità della maternità surrogata, o come la si voglia chiamare. Come altresì sul tema della utilizzabilità di embrioni, anche al di fuori della c.d. clonazione terapeutica, per fini di ricerca non riferiti alla tutela della loro stessa salute.

In materia di fecondazione artificiale arbitraria o colposa riterrei impreciso, nel testo, utilizzare il termine 'inseminazione', piuttosto che quello di 'fecondazione'.

Per quanto riguarda le altre questioni, ho molto apprezzato il fatto che si faccia cenno in sede di relazione alla "dignità (della specie umana?)" quale criterio, fra altri, di valutazione delle tecniche generative da ammettersi. Ciò mi sembra importante, in quanto coglie – in maniera più complessa rispetto a certe valutazioni della stessa Corte costituzionale – come il criterio di giudizio non possa essere dato, in materia,

solo da valutazioni su eventuali danni per il soggetto generato, imponendo di valutare, piuttosto, che cosa nei criteri del generare umano ordinario fino a pochi decenni orsono sia da considerarsi modificabile o irrinunciabile (come del resto facciamo nella lettura di qualsiasi aspetto del modo con cui ci rapportiamo ai fenomeni naturali: si pensi solo alle discussioni circa la ricostruzione del bene ambiente). Potremmo anche avere nel futuro, per esempio, una clonazione 'perfetta', ma resta l'interrogativo se davvero sia irrilevante che la generazione umana avvenga attraverso l'apporto genetico di due soggetti diversi, il quale dia luogo a un assetto genetico distinto da quello genitoriale. Come, d'altra parte, gli interrogativi sulla maternità surrogata non si risolvono riguardando soltanto la salute del bambino generato o il consenso tra le parti adulte coinvolte.

Personalmente, avevo più volte scritto di un concetto sostanzialmente analogo, vale a dire dei 'criteri di umanità' della generazione. Il fatto che si possa giungere, poi, a conclusioni applicative diverse, non toglie l'importanza dell'aver identificato il problema.

Ad esempio, a me non pare che generare embrioni programmando tramite la diagnosi preimpianto una selezione tra di essi (che fra l'altro 'scavalca' il cit. art. 13, co. 2, l. 40), vale a dire escludendo a priori la prosecuzione della vita per gran parte di essi, costituisca una modalità 'umana' del generare (ed è dello stesso parere, come ben sapete, Habermas).

In ogni caso, mi sembrerebbe importante far emergere un nodo di fondo, che attiene, in particolare, anche alla distinzione tra generazione e adozione.

In radice, la generazione consiste nel commissionare, da parte di chiunque, a un laboratorio che disponga di gameti o, comunque, di materiali genetici adeguati, quale che ne sia la provenienza, la generazione di un nuovo individuo umano che si desidera poi seguire nella sua crescita, oppure la generazione consiste in una procedura generativa che coinvolga, nell'ambito della medesima, una coppia, per l'appunto, generante?

Personalmente riterrei che una modalità 'umana' del generare richieda di muovere nel secondo senso, sulla base del quale si tratterebbe di riflettere circa le consequenzialità da trarne.

Viene opportunamente segnalato il problema consistente nel fatto che oggi il numero degli embrioni 'strettamente necessari' a una procedura di pma resta di fatto affidato a una valutazione di cui non risultano chiariti i criteri, con l'esito della riapertura di fatto alla generazione di embrioni sovranumerari, che devono comunque essere crioconservati (come richiede la Corte costituzionale): nonostante si possa dedurre dalla legge 40 un divieto di programmare *ex ante* la generazione di embrioni sovranumerari.

Avrei forti dubbi, infine, nel definire un modello 'proibizionista rigido' quello della legge 40, nonostante si tratti, ormai, quasi di un luogo comune. Il testo iniziale di quella legge, infatti, non impediva affatto la pma, bensì mirava essenzialmente a evitare la generazione di embrioni sovranumerari lasciando aperta a ciascun

embrione generato la possibilità dello sviluppo, nonché a evitare forti stimolazioni ovariche, non ottimali né per la donna, né per la qualità degli ovociti portati a maturazione: così da favorire in tal modo, come a suo tempo fu ben riconosciuto, l'attività dei centri procreativi più qualificati.

Del resto, le estensioni applicative succedutesi sono rimaste riferite, essenzialmente, alla eterologa e (con mie perplessità sulla correttezza delle conclusioni, nonostante le sentenze della Corte costituzionale) alla procedura di diagnosi preimpianto: che, insieme, rappresentato una percentuale minima delle pma. Senza, altresì, una significativa variazione dei tassi di bambini nati, rispetto alle procedure instaurate (e tanto più rispetto al numero degli embrioni generati), dopo l'essere venuto meno il limite dei tre embrioni.

Attenzione all'ipotesi dell'affidamento illegittimo, che rischia di porsi in contrasto con la norma sul c.d. affidamento di fatto prevista dall'art. 9, commi 4 e 5, l. n. 184/1983

3. La riforma dei delitti di omicidio doloso (art. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni

(Enrico Ambrosetti)²³

1. Come è noto, questo settore ha subito minori modifiche rispetto ad altri settori nell'ambito dei delitti contro la persona. È stato, infatti, oggetto di episodici interventi novellistici - a partire dalla abolizione dei delitti per causa di onore - che non ne hanno mutato il volto originario. Ciò premesso, oggi appare necessaria una radicale riforma di queste fattispecie sia sotto il profilo delle tecniche di incriminazione, sia sotto quello di una rivisitazione del trattamento sanzionatorio.
2. Sul piano della tutela dei beni giuridici la principale questione attiene alla controversa scelta di parificare la tutela della vita prenatale con quella della vita natale. Sicuramente, oggi l'opzione del Codice Rocco di considerare il parto come il momento dell'inizio della vita umana appare superata dai progressi della medicina. Intendo fare riferimento alla odierna avvertita esigenza di considerare oggetto materiale dell'omicidio non solo la persona nata, ma anche il feto vitale, e cioè capace di vita autonoma. Finora la giurisprudenza è rimasta ancorata alla tradizionale impostazione, conforme al dettato normativo, secondo cui il criterio determinante per il "passaggio" dalle fattispecie di aborto a quello di omicidio è il fatto che il feto nasca vitale. A tale riguardo, si deve ricordare la nota e interessante pronuncia della Cassazione del 18.10.2004 nel c.d. caso "Spallone", con la quale - in una turpe vicenda di aborti procurati a donne in avanzato stadio di gravidanza - sono state qualificate come

²³ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

delitti di omicidio doloso “condotte volte alla soppressione dei prodotti del concepimento, tutti in avanzato stato di gestazione, venivano poste in essere dopo il distacco, forzatamente indotto, dall'utero della madre”.

In buona sostanza, alla luce degli straordinari progressi della scienza medica, appare sempre meno giustificabile la scelta di considerare come aborto l'uccisione di un feto capace di vita autonoma.

Ciò detto, si apre il problema di una eventuale nuova *actio finium regundorum* fra i delitti di omicidio e quelli di aborto.

Al riguardo, vi sono due possibili alternative. La prima - sicuramente più innovativa è quella di inserire come oggetto materiale del delitto di omicidio non solamente “l'uomo” (*rectius*, la persona in conformità a quanto oggi previsto nell'art. 589 c.p.), ma anche “il feto vitale” (nel senso di capace di vita autonoma). La seconda, sicuramente più in linea con la tradizione penalistica non solo italiana è quella di procedere ad una profonda modifica dei delitti di aborto, prevedendo autonome fattispecie relative ai feti vitali. Va da sé che tale scelta dovrebbe essere riferita non solamente alle fattispecie dolose, ma anche a quelle colpose e preterintenzionali.

3. Sul piano delle tecniche di incriminazione va sicuramente affrontato il problema se mantenere la tradizionale opzione dell'ordinamento italiano di prevedere una sola figura di omicidio volontario, eventualmente aggravato ai sensi degli artt. 576 e 577, ovvero di optare per il diverso modello di altri ordinamenti (primo fra tutti lo STGB tedesco) che distinguono due autonome figure di omicidio volontario.
4. In particolare, in simile prospettiva va considerata la proposta di introdurre una figura di omicidio volontario meno grave, secondo il modello dell'ordinamento tedesco (Mord/Totschlag). Il problema sorge sotto un duplice profilo. In primo luogo, va segnalato l'esagerato rigore sanzionatorio del codice penale italiano. In effetti, svolgendo una breve analisi comparatistica limitata ad alcuni sistemi penali europei è da rilevare che in Germania e Austria il trattamento sanzionatorio per l'ipotesi-base di Totschlag è sensibilmente inferiore a quella dell'art. 575 c.p. Il § 212 StGB tedesco prevede la pena detentiva non inferiore a cinque anni e il § 76 StGB austriaco la pena detentiva da cinque a dieci anni. In altre parole, oggi confrontando il sistema italiano con altri, vi è una evidente sproporzione nel regime sanzionatorio riservato agli omicidi “meno gravi” per i quali possono operare solamente le circostanze attenuanti comuni.

Ricorrendo - a mero titolo esemplificativo - ad una problematica emersa in via giudiziaria mi preme ricordare che in casi di infanticidio, in cui la madre non è stata riconosciuta in condizioni oggettive di abbandono materiale e morale, i giudici hanno inflitto pene superiori ai dieci anni di reclusione anche

in ipotesi in cui all'autore del reato (donne in difficili situazioni personali e familiari) sia stato riconosciuto il vizio parziale di mente e le attenuanti generiche. D'altro canto, la pena edittale dell'art. 575 c.p. è della reclusione non inferiore ad anni ventuno. Va da sé, quindi, che le diminuzioni per le attenuanti comuni possono solamente in parte mitigare il rigore sanzionatorio.

5. Il secondo profilo problematico è rappresentato dal fatto che, attualmente, le due figure di omicidio attenuato di cui agli artt. 578 e 579 c.p. sono limitate a due troppo specifiche situazioni. In effetti, nel corso degli anni si è posto il problema di ricondurre a una fattispecie meno grave alcune ricorrenti ipotesi (omicidio *pietatis causa*, omicidio della donna affetta dalla sindrome della donna maltrattata) che oggi tutt'al più possono beneficiare delle attenuanti generiche. A tale riguardo, mi permetto di sottolineare che in simile prospettiva si pongono già alcuni codici di paesi europei. In particolare, faccio riferimento a quello tedesco. Come è noto, lo StGB tedesco al § 213 contempla una figura minore di omicidio (*Minder schwerer Fall des Totschlags*).
6. In ogni caso, anche volendo restare ancorati al tradizionale approccio del codice Rocco, si deve procedere ad una semplificazione delle circostanze aggravanti previste agli art. 576 e 577 c.p., eliminando le ipotesi inutilmente pleonastiche quali quelle degli art. 576 n. 2 c.p. e 577 n. 1.
7. Infine, con riguardo alle ipotesi di cd. omicidio attenuato, *de iure condendo* va sicuramente valutato se eliminare *in toto* il c.d. privilegio della madre infanticida (così come ha fatto la maggioranza dei codici penali europei) ovvero mantenerlo, riformulando però la fattispecie. In quest'ultima prospettiva, va sicuramente abbandonato il requisito oggettivo delle condizioni di abbandono materiale. Come è noto, la Corte di Cassazione, accogliendo un'interpretazione particolarmente rigida dei presupposti dell'art. 578 c.p. ha sostanzialmente accolto una *interpretatio abrogans* con riguardo a tale fattispecie.

Personalmente, ritengo che, da un lato, vada superata l'attuale formulazione dell'art. 578 c.p., che fonda il "privilegio" su presupposti oggettivi e, dall'altro, che venga introdotta una fattispecie secondo il modello attualmente accolto nel codice penale austriaco ovvero in quello portoghese, i quali rispettivamente al § 79 e all'art. 136 si limitano a stabilire che "*è punita la madre che, durante o immediatamente dopo il parto ed essendo ancora sotto l'influenza perturbatrice di questo, uccide il figlio*". E ciò in quanto, allo stato attuale, l'unica ragione per un trattamento sanzionatorio più mite può essere solamente la considerazione delle particolari condizioni fisiche e psichiche che, in determinati casi, possono essere proprie di una puerpera.

4. La riforma delle circostanze aggravanti dell'omicidio

(Gianluca Gentile)²⁴

1. Il quadro normativo originario

Nella Relazione al Progetto definitivo (in *Lav. prep. cod. pen.*, vol. V parte 2^a, Roma, 1929, 365 ss.), Alfredo Rocco spiegava che le circostanze aggravanti dell'omicidio volontario – funzionali a garantire «una più energica e appropriata difesa della vita» – erano state raggruppate in base al criterio della diversa natura e misura della pena inflitta, collocandosi nell'art. 576 quelle che comportavano la pena di morte, nell'art. 577 quelle che importavano l'ergastolo o un aumento della pena detentiva. La distinzione tra le due classi rispondeva a criteri di ordine sia soggettivo, tali cioè da segnalare una maggiore intensità del dolo e una maggiore pericolosità del delinquente, sia oggettivo, relativi cioè alla entità dell'offesa o alla natura dei mezzi impiegati, con particolare riguardo all'allarme sociale suscitato.

Lo stesso Guardasigilli riconosceva come non fosse «agevole fissare una netta o assoluta demarcazione nei progressivi stadi di maggior gravità politica dei reati e quindi anche degli omicidi», tant'è che nel corso delle discussioni in sede di Commissione ministeriale, e poi di Commissione parlamentare, alcune scelte del Progetto erano state contestate perché ritenute, a seconda dei punti di vista, troppo o troppo poco severe. Ad esempio, qualcuno riteneva che il rapporto di parentela tra ascendente o discendente (c.d. parricidio proprio) legittimasse di per sé la pena di morte, mentre il codice del 1930 la prevede solamente nel caso di concorso con le circostanze dei motivi abietti o futili, della crudeltà, dell'uso del veleno o di altro mezzo insidioso e della premeditazione (c.d. parricidio aggravato). Al contrario, a chi obiettava che la pena capitale era ingiustificata nei casi di omicidio commesso dall'associato per delinquere o dal latitante (nel primo caso per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione; nel secondo, anche per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza), perché si doveva tener conto «dei sentimenti istintivi e naturali, che traggono il latitante alla ostinata difesa della sua libertà», Rocco replicava che tali ipotesi rappresentavano «le manifestazioni criminose più temibili del brigantaggio individuale o associato, contro il quale la società ha il diritto di premunirsi efficacemente, nell'interesse dell'ordine e della tranquillità pubblica».

A seguito del d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 244, la pena di morte è stata sostituita dall'ergastolo, sicché la differenza tra i due gruppi di aggravanti non ha più rilievo per l'omicidio volontario (a meno che il giudice non ritenga di attribuire alle previsioni dell'art. 576 c.p. un maggior peso nel giudizio di bilanciamento ex art. 69

²⁴ Antonio Vallini e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione

c.p.), ma esclusivamente per l'omicidio preterintenzionale. L'art. 585 c.p. prevede infatti un aumento di pena da un terzo alla metà se ricorre una delle circostanze dell'art. 576 c.p., e fino a un terzo se ricorre una delle circostanze dell'art. 577 c.p.: ciò comporta problemi di ragionevolezza del trattamento punitivo, perché il parricidio aggravato è equiparato a quello semplice ai fini dell'omicidio volontario, mentre comporta un carico sanzionatorio più severo nel caso dell'omicidio preterintenzionale.

2. Le modifiche successive

I numerosi interventi legislativi che hanno riguardato le disposizioni in esame vanno tutti nel senso dell'ampliamento del catalogo delle circostanze:

- Art. 576 comma 1 n. 5. L'aggravante della contestualità con i reati sessuali, tardivamente modificata dal d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 per adeguarla all'introduzione degli articoli 609*bis*, 609*quater* e 609*octies* c.p. ad opera della l. 15 febbraio 1996, n. 66, è stata successivamente estesa agli articoli 572, 600*bis* e 600*ter* c.p. (l. 1° ottobre 2012, n. 172) e da ultimo all'art. 583*quinquies* c.p. (l. 19 luglio 2019, n. 69).
- Art. 576 comma 1 n. 5.1. È stata introdotta un'aggravante nei confronti dell'autore del delitto previsto dall'articolo 612*bis* c.p. nei confronti della stessa persona offesa (d. l. 23 febbraio 2009, n. 11)
- Art. 576 comma 1 n. 5*bis*. È stata prevista un'aggravante per i casi di omicidio commessi contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio (d.l. 23 maggio 2008, n. 92)
- Art. 577 n. 2. L'aggravante del c.d. parricidio semplice, inizialmente circoscritta all'ascendente e al discendente, è stata successivamente estesa al coniuge, anche legalmente separato, all'altra parte dell'unione civile, alla persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente (l. 11 gennaio 2018, n. 4). Nella formulazione vigente, introdotta dalla l. 19 luglio 2019, n. 69, si specifica che il rapporto di parentela in linea retta può anche essere «effetto di adozione di minorenni» e si è distinta l'ipotesi della stabile convivenza da quella della relazione affettiva.
- Art. 577 comma 2. La l. 11 gennaio 2018 n. 4, che ha ricondotto la figura del coniuge alla più grave ipotesi dell'art. 577 comma 1 n. 2, ha conseguente specificato che nell'ipotesi in esame si deve trattare di coniuge divorziato o di altra parte dell'unione civile, ove cessata. La l. 19 luglio 2019, n. 69 ha successivamente introdotto le figure dell'adottante e dell'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile, nonché quelle della persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate.
- Art. 577 comma 3. La l. 19 luglio 2019, n. 69 ha introdotto una deroga all'art. 69 c.p., prevedendo un divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 62,

numero 1, 89, 98 e 114 sulle concorrenti aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma dell'art. 577 c.p.

3. Le circostanze aggravanti *extra codicem*

Esistono alcune circostanze aggravanti dell'omicidio volontario poste al di fuori del codice penale.

- Le pene previste dall'art. 575 c.p. sono infatti aumentate da un terzo alla metà «se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione (art. 71, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

Si tratta di una previsione che andrebbe eliminata dal sistema perché in contrasto con il principio di responsabilità per il fatto sancito dall'art. 25 Cost. («che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato»: Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249).

La qualifica di sorvegliato speciale non connota l'omicidio commesso in termini di maggior disvalore oggettivo o soggettivo, e quindi l'aggravamento della pena poggia su spiegazione solamente alla luce di una (illegittima) presunzione assoluta di pericolosità; ma i comportamenti «pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza [...] ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini» (ancora Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249).

- Se il fatto previsto nell'articolo 575 c.p. è commesso da un componente dell'equipaggio della nave o dell'aeromobile contro un superiore nell'atto o a causa dell'adempimento delle di lui funzioni, la pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni; se il fatto è commesso durante la navigazione, si applica la pena dell'ergastolo (art. 1150 cod. nav.). Sebbene la rubrica *Omicidio del superiore* faccia pensare a una figura autonoma di reato, la Relazione al testo definitivo del Codice della navigazione e la dottrina prevalente si sono espresse nel senso di qualificare tale fattispecie in termini circostanziali, e in tal senso depone la mancata ridefinizione del fatto di reato. Tale ipotesi potrebbe essere riportata all'interno del codice penale se si seguisse l'esempio degli articoli 1152 e 1153 cod. nav., che sono stati riprodotti nell'art. 601 c.p. dal d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21. Tuttavia, mentre le modalità di esecuzione della tratta di persone hanno una stretta attinenza con la navigazione, l'omicidio del superiore pone l'accento su interessi – la disciplina dell'equipaggio, nel primo caso; la sicurezza della navigazione, nel secondo – che hanno un carattere settoriale, e quindi potrebbero restare nella legge che disciplina in maniera organica la materia (ferma restando l'opportunità di una revisione complessiva della disciplina penale del codice della navigazione).

- Le pene previste per i reati consumati o tentati di omicidio volontario, in danno di persona che gode della speciale protezione prevista nell'articolo 1 della *Convenzione per la prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici*, adottata a New York il 14 dicembre 1973, sono aumentate da un terzo alla metà, quando tali reati sono determinati, anche indirettamente, dalle funzioni esercitate dalla persona offesa.

La Convenzione di New York individua una serie di soggetti internazionalmente protetti (Capi di Stato e di Governo, Ministri degli Esteri, rappresentanti o funzionari che abbiano diritto, in base al diritto internazionale, a speciale protezione da ogni assalto alla loro persona, libertà o dignità, ecc.) e un catalogo di reati (tra i quali l'omicidio volontario) che gli Stati si impegnano a punire con «pene adeguate che tengano conto della grave natura dei reati stessi».

Si tratta di una disciplina che, probabilmente, potrebbe essere ricondotta al codice penale in virtù del principio di riserva di codice. Considerando l'attuale sistematica della parte speciale, la *sedes materiae* più adeguata appare però quella del Titolo I, Capo IV, del Libro II, e quindi non sarà oggetto di questa trattazione.

4. I precedenti progetti di riforma

Nel Progetto promosso dal Guardasigilli Grassi e pubblicato nel 1949-1950 si ritenne innanzitutto di eliminare la distinzione tra il parricidio aggravato (art. 576, comma 1, numero 2) e quello semplice (art. 577, comma 1, numero 1), prevedendo la pena dell'ergastolo per la seconda ipotesi.

Fu poi riscritta l'aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 6 c.p., richiedendo una connessione tra reato commesso e latitanza e equiparando quest'ultima all'evasione: di conseguenza, l'aggravante attualmente disciplinata dal numero 3 dell'art. 576 c.p. fu sostituita da un semplice richiamo alla disciplina dell'aggravante comune in discorso, eliminando la definizione oggi prevista dal comma 2 dell'art. 576 c.p.

Infine, l'aggravante relativa alla partecipazione all'associazione per delinquere fu riformulata aggiungendo un riferimento al delitto di banda armata (che il Progetto aveva inserito nel Titolo V) e sostituendo alle parole «per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione» la formula «per sottrarsi alla cattura», già impiegata nell'aggravante comune inerente alla latitanza.

Non furono invece proposte modifiche alle circostanze previste dall'art. 577 c.p., tranne l'aggiunta dell'affiliazione (istituto abrogato nel 1983) ai rapporti tra autore e vittima rilevanti ai sensi del comma 2. Fu prevista in questi casi la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni (oggi applicabile nelle sole ipotesi descritte dal comma 2 dell'art. 577), fatta salva la possibilità di disporre l'ergastolo in caso di concorso di circostanze.

Art. 567. Circostanze aggravanti

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1° col concorso di taluna delle circostanze indicate nel numero 2° dell'articolo 40 [attuale numero 2° dell'art. 61];

2° contro l'ascendente o il discendente;

3° col concorso della circostanza indicata nel n. 6° dell'art. 40 [l'aver il colpevole commesso il reato durante la latitanza, al fine di sottrarsi alla cattura ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza];

4° da colui che partecipa ad un'associazione per delinquere o ad una banda armata, per sottrarsi alla cattura;

5° nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli articoli 509, 510 e 511;

Art. 568. Altre circostanze aggravanti

Si applica la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni se il fatto preveduto dall'art. 566 è commesso:

1° contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi o il figlio adottivo, contro l'affilante o l'affiliato o contro un affine in linea retta;

2° col mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso;

3° con premeditazione;

4° col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1° e 4° dell'art. 40 [attuali numeri 1° e 4° dell'art. 61];

Se concorrono due o più delle circostanze indicate nel comma precedente, si applica la pena dell'ergastolo.

Nel 1960, e successivamente nel 1968, il Ministro Gonella presentava un progetto di riforma parziale dei libri I e II del codice Rocco, che riguardava anche gli articoli 576 e 577 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 362 e 404). A differenza del Progetto Grassi, si comminava la pena dell'ergastolo per tutte le circostanze previste dall'art. 577 c.p. (che di conseguenza erano spostate nell'art. 576 c.p.), tranne l'aggravante relativa ai rapporti tra autore e vittima.

Art. 576. Circostanze aggravanti. Ergastolo

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1) col concorso di taluna delle circostanze indicate nel numero 1, 2 e 4 dell'articolo 61;

2) contro l'ascendente o il discendente;

3) dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;

4) dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;

5) nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli articoli 519, 520 e 521;

6) col mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso

7) con premeditazione

È latitante, agli effetti della legge penale, chi si trova nelle condizioni indicate nel numero 6 dell'articolo 61

Art. 577. Altre circostanze aggravanti. Reclusione

Si applica la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto preveduto dall'art. 575 è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta;

Il Disegno di legge intitolato *Modifiche al libro I e agli articoli 576 e 577 del codice penale*, approvato dal Senato nel 1971 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 903) e nel 1973 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 854), prevedeva in sede di parte generale l'abolizione dell'ergastolo. Ai sensi del novellato art. 576 c.p., davano luogo alla reclusione da ventisette a quaranta anni (da trenta a quaranta anni nel progetto del 1971) l'aggravante del c.d. parricidio aggravato e l'aggravante della contestualità con alcuni reati, non perfettamente coincidenti per difetto o per eccesso con l'allora vigente numero 5 dell'art. 576 (congiunzione carnale con minore infraquattordicenne o infrasedicenne, rapina, estorsione e di sequestro di persona a scopo di estorsione). Tutte le altre circostanze aggravanti previste dall'art. 576 e dall'art. 577 c.p. venivano raggruppate in un'unica

categoria e assoggettate alla pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni. L'art. 577 c.p. era pertanto abrogato. Si osservi che l'aggravante teologica e quelle consequenziali, abolite in sede di parte generale, furono mantenute come aggravanti speciali dell'omicidio. Si riporta il testo approvato nel 1973, che differisce dal progetto del 1971 solo per la pena comminata al primo comma dell'art. 576 c.p.

Art. 576. Circostanze aggravanti

Si applica la pena della reclusione da ventisette a quaranta anni se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

- 1) contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 3 dell'articolo 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso ovvero quando vi è premeditazione;
- 2) nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dai numeri 1) e 2) del secondo comma dell'art. 519 e negli articoli 628, 629 e 630.

Si applica la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni se il se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso

- 1) contro l'ascendente o il discendente;
- 2) col mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso;
- 3) con premeditazione;
- 4) con concorso di talune circostanze indicate nei numeri 1 e 3 dell'articolo 61;
- 5) per eseguire od occultare un altro reato ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo, ovvero la impunità di un altro reato;
- 6) dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura durante la latitanza;
- 7) dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;
- 8) nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti nel primo comma e nei numeri 3) e 4) del secondo comma dell'art. 519, e negli articoli 520 e 521.

Si applica la pena della reclusione da ventuno a ventisette anni se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

Mentre le proposte fin qui esaminate si limitavano a un riordino della disciplina esistente senza mettere in discussione l'impianto del codice Rocco, il Progetto Pagliaro si poneva più ambiziosamente il duplice obiettivo politico-criminale di procedere «allo sfoltoimento delle pletoriche circostanze aggravanti dell'omicidio doloso» e di eliminare le diverse figure di reati aggravati dell'evento.

Le circostanze aggravanti dell'omicidio si riducevano a cinque: 1) la premeditazione; 2) il c.d. parricidio aggravato; 3) l'aver realizzato l'omicidio nell'atto di commettere i reati di stupro e di stupro di gruppo o al fine di conseguire l'impunità; 4) l'aver ucciso una persona sottoposta a sequestro a scopo di estorsione o al sequestro di ostaggi finalizzato a costringere un terzo a compiere o astenersi da un qualunque atto (art. 3, l. 26 novembre 1985 n. 718); 5) l'aver commesso il fatto durante la partecipazione a una rissa.

L'aggravante numero 3) costituiva un'ipotesi specifica di connessione teleologica, eliminata dal novero delle circostanze comuni a causa del suo «indistinto ed indiscriminato rigore». Le aggravanti numero 4) e 5) rientravano invece nella politica di eliminazione dei reati aggravati dall'evento. L'art. 59 del Progetto recita:

Prevedere i seguenti delitti:

omicidio doloso, indicando come circostanze aggravanti che comportano la pena dell'ergastolo l'aver commesso il fatto
I. con premeditazione;

II. contro l'ascendente, il discendente, il fratello, la sorella, quando concorre taluna delle circostanze indicate nel n. 1 lettera a) e b) dell'art. 21 [motivi abietti o futili; uso di sevizie o crudeltà verso le persone]. Prevedere che agli effetti della legge penale si intendano per discendenti anche i figli adottivi e i loro discendenti e per ascendenti anche il padre e la madre adottivi;

III. nell'atto di commettere uno dei delitti indicati nell'art. 71 primo comma lettere a) e b) [stupro e stupro di gruppo] o al fine di conseguire l'impunità;

IV. su persona sottoposta a sequestro a scopo di estorsione o al sequestro di cui all'art. 3 della legge 26 novembre 1985 n. 718.

Prevedere come circostanza aggravante l'aver commesso il fatto durante la partecipazione ad una rissa

Tirando le fila, tutte le proposte esaminate non hanno messo in discussione la natura circostanziale delle fattispecie previste dagli articoli 576 e 577 c.p. e hanno cercato di risolvere le incongruenze determinate dall'abolizione della pena di morte distribuendo le circostanze in modo più razionale. Alcune circostanze sono presenti in tutte le proposte (premeditazione, rapporti tra autore e vittima, connessione con alcuni reati), pur cambiando il loro apprezzamento in termini di disvalore. L'unica proposta orientata a ridurre drasticamente il catalogo delle circostanze, peraltro in controtendenza all'orientamento politico-criminale della legislazione più recente, è il progetto Pagliaro.

5. Le indicazioni del Direttivo

In tema di circostanze del reato, il Consiglio direttivo ha dato due indicazioni: evitare, nei limiti del possibile, il richiamo di circostanze comuni della parte generale; convertire le circostanze speciali e a effetto speciale in fattispecie autonome (aggravate o attenuate). Lette congiuntamente, le due direttive spingono a una drastica riduzione delle ipotesi di omicidio aggravato: in questo modo, infatti, si lascia il più possibile alle circostanze comuni il compito di individuare peculiari situazioni meritevoli di un trattamento sanzionatorio differenziato; allo stesso tempo il modello della figura autonoma di reato non appare compatibile con un'eccessiva moltiplicazione di profili specializzanti.

6. Il richiamo alle circostanze comuni

Gli articoli 576 e 577 c.p. rinviano all'art. 61 n. 1, n. 2 e n. 4 c.p. I motivi abietti o futili, la connessione teleologica o consequenziale tra reati e l'aver adoperato sevizie o agito con crudeltà sono elementi che caratterizzano le fattispecie di omicidio in termini di maggior disvalore anche in altre esperienze giuridiche. Per fare qualche esempio, tra gli elementi che ai sensi del § 211 *StGB* differenziano la figura del *Mord* dal meno grave *Totschlag* figurano anche: 1) i motivi abietti (*aus niedrigen Beweggründen*), tra i quali il piacere di uccidere, la gratificazione sessuale e l'avidità («*aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, aus Habgier*»); 2) il nesso teleologico o consequenziale con un altro reato («*um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken*»); 3) la crudeltà («*grausam*»).

Analogamente, l'*homicídio qualificado* descritto dall'art. 132° del codice penale portoghese contempla le ipotesi delle sevizie e delle crudeltà (*Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima*), dei motivi abietti o futili (*Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil*) e della connessione

teleologica o consequenziale («*Terem vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime*»).

Allo stesso modo l'art. 139 del codice penale spagnolo configura l'ipotesi di *Asesinato* quando si è agito con perfidia («*alevosía*»), oppure con accanimento («*ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*») o ancora per agevolare la commissione di un altro delitto o evitarne la scoperta («*Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*»).

Infine, l'art. 221-2 *code pénal* prevede la *réclusion criminelle à perpétuité* non solo quando la fattispecie di *Meurtre* è connessa teleologicamente o consequenzialmente a un altro delitto («*a pour objet soit de préparer ou de faciliter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un délit*») ma anche quando precede, si accompagna o segue un altro crimine («*précède, accompagne ou suit un autre crime*»).

7. La trasformazione delle circostanze in figure autonome di reato

Seguendo le indicazioni del Direttivo le aggravanti speciali previste dagli art. 576 e 577 c.p. si trasformerebbero in una figura autonoma di omicidio, sul modello dei codici francese (*Meurtre* e *Assassinat* ai sensi degli art. 221-1 ss.), spagnolo (*Homicidio* e *Asesinato* ai sensi degli art. 138 e 139), tedesco (*Mord* e *Totschlag* ai sensi dei § 211 e 212) e del diritto angloamericano (*Murder* e *Manslaughter*). Nella proposta di articolato (cfr. § 9) la natura di reato autonomo, e non più di circostanza aggravante, emerge dal *nomen iuris* «assassinio», dalla collocazione topografica, dalla ridescrizione integrale del fatto tipico e dalla previsione espressa del tentativo.

La modifica comporterebbe, alla luce della disciplina attuale, le seguenti conseguenze:

Le ipotesi aggravate di omicidio non sarebbero più soggette al bilanciamento ex art. 69 c.p.

A tal proposito bisogna tener conto di due recenti innovazioni legislative:

- A) le circostanze incentrate sui rapporti tra autore e vittima (art. 577 comma 1 numero 1 e comma 2) sono state sottratte al regime ordinario del bilanciamento. Ipotizzando un caso di concorso dell'aggravante di cui all'art. 577 comma 1 c.p. con una singola attenuante comune, prima della riforma il giudice avrebbe potuto disporre: 1) la pena dell'ergastolo (prevalenza dell'aggravante); 2) una pena da ventuno a ventiquattro anni di reclusione (equivalenza tra aggravante e attenuante); 3) una pena da quattordici a sedici anni di reclusione, riconoscendo all'attenuante prevalente la massima estensione. Oggi il giudice non può più in linea di massima far soccombere l'aggravante in esame (caso 3) e continua a non poter infliggere una pena da ventiquattro a trenta anni di reclusione.
- B) Non è più ammesso il rito abbreviato nel caso di delitti puniti con l'ergastolo (art. 438 comma 1bis c.p.p. a seguito della l. 12 aprile 2019 n. 33). Ipotizzando il concorso tra la premeditazione e una singola attenuante comune, prima della riforma il giudice avrebbe potuto infliggere: 1) trenta anni di reclusione (prevalenza dell'aggravante e diminvente del rito); 2) da quattordici a sedici anni di

reclusione (equivalenza delle circostanze e diminvente del rito); 3) da nove anni e quattro mesi a dieci anni e otto mesi (prevalenza dell'attenuante e diminvente del rito); 4) in nessun caso, una pena da sedici a trenta anni di reclusione.

Oggi invece il giudice non può mai disporre il rito abbreviato, perché la preclusione dell'art. 438 comma 1*bis* c.p.p. sembra riguardare i reati puniti in astratto con l'ergastolo mentre l'eventuale giudizio di bilanciamento influirebbe solamente sulla pena in concreto. Ne deriva che il giudice potrà infliggere la pena dell'ergastolo in caso di prevalenza dell'aggravante, oppure da ventuno a ventiquattro anni in caso di equivalenza tra aggravante e attenuante, o ancora da quattordici a sedici anni in caso di riconoscimento di una singola attenuante nella sua massima estensione, fino a un minimo di cinque anni e sei mesi se concorrono più attenuanti (art. 67 comma 2 c.p.).

C) A questo punto immaginiamo che l'omicidio premeditato diventi un reato autonomo. Il giudice potrebbe disporre l'ergastolo se non riconosce nessuna attenuante comune; la pena da venti a ventiquattro anni se riconosce una circostanza attenuante (art. 65 comma 1 numero 2 c.p.); una pena minima di dieci anni se concorrono più attenuanti (art. 67 comma 1 numero 2 c.p.).

Insomma, in casi del genere (= in cui non sussiste un divieto di prevalenza delle attenuanti) la trasformazione delle aggravanti in reati autonomi comporterebbe un significativo inasprimento della pena minima e non consentirebbe comunque una piena corrispondenza tra gravità del fatto e pena corrispondente (resta sempre inaccessibile la cornice da ventiquattro a trenta anni). Di ciò si dovrà tener conto quando si andranno a stabilire le pene per i singoli reati, o eventualmente si andrà a modificare la disciplina del rito abbreviato.

Le ipotesi aggravate di omicidio non sarebbero più assoggettate all'art. 59 comma 2 c.p.

Ogni elemento specializzante dovrebbe essere integralmente coperto da dolo, non operando più il criterio di imputazione soggettiva valido per le circostanze aggravanti. Per fare un esempio, l'aggravante del rapporto di parentela sarebbe applicabile solo se quest'ultimo è conosciuto, non anche se conoscibile.

In caso di concorso di persone, sarebbero applicabili gli articoli 116 e 117 c.p., non più l'art. 118 c.p.

Secondo l'attuale regime, le circostanze aggravanti dell'omicidio volontario si estendono ai concorrenti se conoscibili, purché non rientrino nello schema dell'art. 118 c.p. Invece, se si trattasse di elementi costitutivi di un diverso titolo di reato, troverebbero applicazione a seconda dei casi gli articoli 116 e 117 c.p., sicché il concorrente che (in base a un'auspicabile lettura costituzionalmente orientata) abbia potuto rappresentarsi l'elemento che determina il mutamento del titolo potrebbe giovare delle attenuanti rispettivamente previste dalle due disposizioni citate. Va però considerato il costante orientamento giurisprudenziale, recentemente avallato dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un.,

19 dicembre 2019, n. 8545), secondo cui anche le circostanze menzionate dall'art. 118 c.p. si comunicano ai concorrenti se conosciute (non anche se conoscibili): sarebbe il caso della premeditazione (cfr. ad es. Cass., Sez. I, 21 novembre 2018, n. 11904), dei motivi abietti o futili (Cass., Sez. I, 10 luglio 2018, n. 50405) e del nesso teleologico (Cass., Sez. I, 2 febbraio 2018, n. 20756). Ci si potrebbe domandare se l'inserimento di tali elementi circostanziali nell'ambito di una figura autonoma di reato lascerebbe spazio all'art. 116 c.p., e cioè a un regime di imputazione più sfavorevole di quello attualmente invalso nella prassi (basterebbe infatti la conoscibilità, non più l'effettiva conoscenza).

8. Le singole ipotesi aggravanti

a) l'aver agito col concorso di taluna delle circostanze indicate nel numero 2° dell'articolo 61

Si è visto al § 6 che le aggravanti teleologiche e consequenziali sono previste in tutti i sistemi penali culturalmente affini al nostro. D'altro canto, il Progetto Pagliaro propose di eliminare le suddette aggravanti dalla parte generale e di inserire una ipotesi specifica per l'omicidio. Va infine ricordato che il Direttivo invita a limitare al minimo il rinvio a circostanze comuni.

Si tratta in ogni caso di un'aggravante dal fondamento problematico, osservandosi in dottrina che il disvalore soggettivo sul quale fonderebbe l'aggravamento di pena (volta per volta ravvisato nell'intensità del dolo, nella maggiore pericolosità dell'autore, nella sua insensibilità morale o mancanza di scrupoli) andrebbe escluso quando il reato - mezzo è un passaggio necessario per la realizzazione del reato - fine, oppure quando il reato consequenziale è lo sbocco naturale del reato antecedente. Si propone pertanto di eliminare l'aggravante speciale in esame.

b) Rapporti tra autore e vittima

Come abbiamo visto, nell'impianto originario del codice del 1930 l'uccisione dell'ascendente o del discendente era valutata in termini di massima severità (pena di morte nel caso di parricidio aggravato; ergastolo nel caso di parricidio semplice), mentre quella di altre figure qualificate (coniuge, fratello o sorella, padre o madre adottivi, affini in linea retta) comportava un significativo aumento di pena.

La disciplina vigente attribuisce invece rilevanza anche a rapporti giuridici terminati (coniuge divorziato o unione civile cessata), a relazioni non formalizzate (stabile convivenza o relazione affettiva con il colpevole, anche cessate) e all'adozione (nell'art. 577 comma 1 numero 1; l'art. 577 comma 2).

Se l'accento posto dal codificatore del 1930 sui legami di sangue, e soprattutto sui rapporti di parentela in linea retta, aveva il pregio della chiarezza e rifletteva il contesto culturale dell'epoca, il quadro normativo attuale è molto meno limpido e forse non sempre in linea con la coscienza sociale (si pensi alla differenza tra l'omicidio di un fratello o di una sorella, punito con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, e quello degli ascendenti e dei discendenti, punito con l'ergastolo).

Inoltre, gli interventi novellistici del 2018 e del 2019 hanno ulteriormente complicato le questioni inerenti all'adozione. In passato si discuteva se in caso di adozione sussistesse il rapporto di ascendenza-discendenza (art. 576 comma 1 numero 2; art. 577 comma 1 numero 1) oppure no, con conseguente applicabilità dell'art. 577 comma 2 c.p.: mentre alcuni osservavano che solo quest'ultima previsione parlava esplicitamente di adozione, e quindi sarebbe stata l'unica disposizione applicabile (in tal senso Cass., sez. I, 26 settembre 2017, n. 9427), altri replicavano che l'adottato acquista lo *status* di figlio legittimo degli adottanti ai sensi dell'art. 27, l. 184/1983, e che di conseguenza l'art. 577 comma 2 andava riferito ai casi di adozione che non comportavano il medesimo effetto, e cioè l'adozione in casi particolari (art. 44 ss l. 184/1983) e quella di persone maggiori di età (art. 291 ss. c.c.).

A seguito delle riforme in materia di filiazione l'art. 74 c.c. prevede espressamente che il rapporto di parentela si configura sia quando «la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età». Tuttavia, l'art. 55 l. 184/1983 continua a prevedere che le regole valide per l'adozione delle persone maggiori di età si estendono all'adozione in casi particolari, sicché è controverso se quest'ultima dia luogo o meno a vincolo di parentela.

D'altro canto, l'attuale formulazione dell'art. 577 comma 1 numero 2 specifica che il rapporto di ascendenza-discendenza può essere «effetto di adozione di minorenni»; l'art. 577 comma 2 menziona invece «l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile», ma allo stesso tempo continua a fare riferimento al padre o alla madre adottivi o al figlio adottivo.

Non essendoci ragioni cogenti per mantenere l'attuale distinzione tracciata dall'art. 577 c.p., si potrebbe più semplicemente parlare di «adottanti e adottati» in modo da ricomprendere tutte le forme di adozione (ordinaria, in casi particolari, di persone maggiori di età). Resta comunque problema, innanzitutto civilistico, delle forme di adozione che non danno vita a un rapporto di parentela tra l'adottato e i familiari dell'adottante (adozione di persone maggiori di età e forse adozione in casi particolari): qualora si ritenga che il diritto penale debba necessariamente adeguarsi alla disciplina civilistica, non sarebbe configurabile l'omicidio aggravato nei casi in cui l'adottato (maggiore di età o in casi particolari) uccida un ascendente o un discendente dell'adottante.

Per quanto attiene alle persone legate da relazione affettiva, si tratta di una categoria già presente in altri luoghi del sistema (ad es. art. 612bis c.p.; art. 609ter c.p., il quale specifica che si può avere relazione affettiva senza convivenza) che ad avviso di parte della dottrina sarebbe scarsamente determinata. Anche il Gruppo sui reati contro la famiglia ha proposto di eliminare dal codice penale ogni riferimento alle relazioni affettive, ritenendo sufficiente l'ipotesi della convivenza.

In direzione contraria si potrebbe osservare che l'aggravante della relazione affettiva (in corso o terminata) si ritrova in altri codici (art. 132° codice penale portoghese; cfr. anche l'art. 132-80 del codice penale francese) e rinvia al quadro criminologico della violenza di genere. Nella fenomenologia attuale dei rapporti

sentimentali l'elemento della convivenza stabile potrebbe non essere decisivo, potendo due persone intrattenere una relazione affettiva stabile senza vivere sotto lo stesso tetto: si pensi ad esempio a un rapporto extraconiugale oppure alla frequentazione assidua della casa del partner. Per far fronte ai problemi di determinatezza si potrebbe parlare di stabile relazione sentimentale piuttosto che di relazione affettiva, in questo modo escludendo tipologie di affetto che non rientrano nei rapporti di coppia. Parte del Gruppo ritiene comunque opportuno mantenere un riferimento alla convivenza²⁵, che a questo punto andrebbe a riferirsi a rapporti non sentimentali (ad esempio due studenti che condividono l'appartamento).

Venendo all'ipotesi della cessazione del matrimonio, dell'unione civile o della relazione affettiva, situazioni oggi previste dal comma 2 dell'art. 577, in questo caso il referente criminologico va ravvisato in quelle situazioni in cui uno dei partner arriva a uccidere l'altro perché non accetta la fine del rapporto. Potrebbe però essere opportuno inserire un termine oltre il quale il previo matrimonio o relazione non sia più rilevante ai fini dell'ipotesi aggravata, o meglio specificare che la ragione dell'omicidio risiede nella precedente relazione (cfr. l'art. 132-80 del codice penale francese: *La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime*). Tale precisazione non appare invece opportuna nel caso di convivenza slegata da un rapporto sentimentale.

c) La finalità di sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero di procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza.

In un'ottica di semplificazione del sistema si potrebbe rinunciare alle circostanze previste dai numeri 3) e 4) dell'art. 576 c.p. La loro assenza nella giurisprudenza recente della Cassazione fa pensare che non si tratti di ipotesi molto frequenti. Inoltre resta il dubbio sull'opportunità di sanzionare comportamenti che rispondono pur sempre all'istinto di autoconservazione (cfr. § 1). Quanto alle esigenze di politica criminale segnalate a suo tempo da Alfredo Rocco (cfr. §1), basti ricordare l'esistenza di strumenti di contrasto alla criminalità organizzata molto più incisivi (ad es. l'art. 416bis 1 c.p.).

d) La connessione con i delitti previsti dagli articoli 572, 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612bis c.p.

Si tratta di circostanze che rinviano ai casi in cui comportamenti violenti o minacciosi inquadrabili nei delitti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, atti persecutori, ecc., danno luogo a una progressione che sfocia nell'omicidio della vittima.

²⁵ Cfr. le osservazioni di Marco Pelissero (Capitolo 12-ter di questa relazione), che mi hanno portato a modificare la mia posizione originaria.

Tuttavia, le ipotesi in esame non corrispondono perfettamente al quadro criminologico della violenza di genere. L'attuale assetto normativo distingue infatti l'omicidio realizzato «in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 583-*quinqies*, 600-*bis*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies*» c.p. da quello posto in essere «dall'autore del delitto previsto dall'art. 612-*bis* nei confronti della persona offesa»: la diversa formulazione indicherebbe che la vittima di omicidio può essere diversa da quella del delitto connesso (Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 29167), tranne che nel caso degli atti persecutori.

Se poi si considera che i casi di c.d. femminicidio riguardano di solito il partner o l'ex partner, le aggravanti in esame potrebbero essere eliminate perché si sovrappongono a quelle inerenti ai rapporti tra autore e vittima. In mancanza di un tale rapporto, la connessione tra l'omicidio e la violenza sessuale, gli atti persecutori ecc. sarebbe invece regolata dalle norme sul concorso di reati, e quindi non si avrebbe un intollerabile vuoto di tutela.

A tal proposito va ricordato che già *de iure condito* la Cassazione esclude con argomentazioni discutibili l'applicabilità dell'art. 84 c.p. quando il reato connesso e l'omicidio sono commessi in tempi diversi (in relazione agli atti persecutori, Cass., sez. I, 12 aprile 2019, n. 20786; con riferimento alla violenza sessuale, Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 29167), e ritiene che nel caso di condotte contestuali si avrebbe un reato complesso suscettibile di essere aggravato ai sensi dell'art. 61 numero 2) c.p. (Cass., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 6775).

e) L'aver commesso il fatto contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio

Si tratta di un'aggravante inserita nel 2008 e speciale rispetto a quella prevista dall'art. 61 numero 10 c.p. In linea con l'indicazione del Direttivo di limitare il più possibile il richiamo a circostanza comuni, tale ipotesi (che pure trova riscontri nell'art. 221-3 del codice penale francese) potrebbe essere abolita. Si eliminerebbe in questo modo una forma di tutela rafforzata che privilegia alcune categorie di vittime e non altre (si pensi alle persone uccise a seguito di abusi di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, rispetto alle quali opera la circostanza comune prevista dall'art. 61 numero 9 c.p.).

f) L'uso del veleno o di altro mezzo insidioso

I criminalisti dell'età intermedia prestarono una particolare attenzione all'omicidio commesso attraverso l'avvelenamento, sia perché a questo si collegava una presunzione di premeditazione, sia perché il veleno era considerato uno strumento particolarmente efficace e difficile da scoprire. La Relazione ministeriale fa invece riferimento alla «natura fraudolenta del mezzo che, ostacolando la privata difesa, agevola il conseguimento del fine omicida» (*Lav. prep. cod. pen.*, cit., 369).

L'abbandono delle presunzioni legali, i progressi nell'accertare le cause delle morte, l'esistenza di strumenti letali molto più efficaci del veleno portano oggi a dubitare dell'opportunità di mantenere tale aggravante nel

sistema. Più in generale, anche un'arma da fuoco, un pesante oggetto contundente ecc., potrebbero ostacolare la privata difesa e agevolare il conseguimento del fine omicida, al pari del mezzo insidioso (se non addirittura di più). In ogni caso, se si volesse comunque porre l'accento sulla minorata difesa senza introdurre irragionevoli distinzioni incentrate sullo specifico mezzo impiegato (come fa il § 211 StGB quando parla di *Heimtücke*, che dottrina e giurisprudenza intendendo nel senso di approfittamento consapevole dell'ingenuità e della minorata difesa della vittima), si potrebbe riformulare l'aggravante comune prevista dall'art. 61 numero 5.

La giurisprudenza della Cassazione si preoccupa spesso di chiarire che cosa non è un mezzo insidioso (di recente, Cass., sez. I, 8 novembre 2018, n. 7992, in merito all'occultamento di un coltello da cucina; Cass., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 6165, in relazione a un narcotico impiegato per ridurre in stato di incoscienza la vittima, poi uccisa per asfissia). L'eliminazione della circostanza potrebbe quindi rispondere anche a una logica di semplificazione.

g) La premeditazione

A partire dal codice Zanardelli per arrivare al progetto Pagliaro, la tradizione legislativa italiana contempla la premeditazione tra le aggravanti dell'omicidio senza definirla.

La prima questione da affrontare (se prevedere la premeditazione) ci porta al problema del fondamento dell'istituto. Dopo aver superato sia le teorie che attribuivano all'omicidio premeditato una maggiore pericolosità oggettiva (in ragione della più accurata preparazione del delitto e delle ridotte possibilità di difesa della vittima), sia quelle incentrate su stati affettivo-caratteriali (la freddezza e pacatezza dell'animo), la dottrina più recente è sostanzialmente concorde nel considerare la premeditazione una forma particolarmente intensa di dolo, alla quale si attribuisce rilevanza aggravante nei reati di sangue per ragioni politico-criminali. Resta affidata alla riflessione sulla riforma della parte generale il tema dell'inserimento della premeditazione nel catalogo delle circostanze comuni (cfr. l'art. 21 numero 7 del Progetto Ferri, che menzionava «la preparazione ponderata del delitto»).

La seconda questione attiene invece all'opportunità di stabilire per legge i profili strutturali della premeditazione. Nel riprendere sostanzialmente gli esiti interpretativi della dottrina dominante, la Cassazione individua due requisiti della premeditazione: «un apprezzabile intervallo temporale tra l'insorgenza del proposito criminoso e l'attuazione di esso, tale da consentire una ponderata riflessione circa l'opportunità del recesso (elemento di natura cronologica), e la ferma risoluzione criminosa, perdurante senza soluzioni di continuità nell'animo dell'agente fino alla commissione del crimine (elemento di natura ideologica)» (cfr. da ultimo Cass., sez. I, 18 dicembre 2019, n. 17494).

Trattandosi di una massima tralatizia, la sua formalizzazione legislativa non sortirebbe effetti apprezzabili sulla prassi. Si potrebbe però specificare la durata minima dell'elemento cronologico, che la giurisprudenza riduce talvolta a poche ore. Oltre al remoto precedente del bando pontificio che richiedeva un intervallo di

almeno sei ore (Carrara, *Pensieri sul progetto di Codice penale italiano del 1874*, Pisa, 1878, 207), si può citare il limite minimo delle ventiquattro ore previsto dall'art. 132° del codice penale portoghese (ai sensi del quale costituisce *homicídio qualificado* «*Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas*»). C'è però da dubitare che una riforma del genere sarebbe in grado di vincolare la prassi, considerando che il limite cronologico sarebbe facilmente aggirabile per via argomentativa (sul compito del giudice di stabilire la congruità dell'intervallo temporale, Cass., sez. I, 9 luglio 2019, n. 574).

h) Le circostanze indicate nei numeri 1° e 4° dell'articolo 61.

Sebbene si tratti di un rinvio a circostanze comuni, tali ipotesi meritano una considerazione specifica nell'ambito dell'omicidio in ragione del condiviso coefficiente di disvalore che esprimono. Si afferma tradizionalmente che la differenza tra sevizie e crudeltà risiede nel tipo di sofferenze provocate, fisiche nel primo caso e morali nel secondo. Considerando che chi adopera sevizie agisce sicuramente con crudeltà, si potrebbe semplificare la formulazione dell'ipotesi aggravante e parlare esclusivamente di crudeltà, specificando però che la condotta crudele deve essere realizzata ai danni della persona uccisa. Resterebbe quindi affidata alla disciplina dell'art. 61 numero 4 c.p. l'ipotesi in cui la crudeltà si rivolge a persone diverse, come nel caso dell'uccisione del figlio sotto gli occhi della madre.

9. Una proposta di formulazione

Art. XXX. Assassinio.

1. È punito con la pena da ...a ...chiunque cagiona la morte di una persona:

1) quando si tratta dell'ascendente o del discendente, del fratello o della sorella, dell'adottante o dell'adottato, del coniuge, della parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure quando sussiste uno stabile rapporto sentimentale. La disposizione di cui al presente numero si applica anche in caso di divorzio o di annullamento del matrimonio, di cessazione dell'unione civile o di interruzione della relazione sentimentale, a condizione che il fatto sia stato commesso in ragione della preesistenza di uno di tali rapporti tra il colpevole e la persona offesa;

2) quando sussiste un rapporto di stabile convivenza;

3) agendo nei suoi confronti con crudeltà;

4) con premeditazione;

5) per motivi abietti o futili;

2. Se concorrono due o più delle ipotesi previste dai numeri precedenti, la pena è aumentata.

3. Il tentativo è punibile.

5. Prospettive di riforma in materia di suicidio assistito e omicidio *pietatis causa*

(Gianluca Gentile)²⁶

1. Introduzione. Il valore dell'ordinanza n. 207 del 2018

Il presente intervento riguarderà le disposizioni penali che interferiscono con le problematiche inerenti all'omicidio *pietatis causa* e al suicidio assistito, e cioè gli articoli 575, 579 e 580 c.p. Il Gruppo, che nel frattempo prosegue i lavori sulla riforma di tutti i reati dolosi contro la vita e l'integrità personale, ha deciso di presentare a questo Convegno le sue riflessioni su questo tema in considerazione dello scenario aperto dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale.

Com'è noto, la Corte costituzionale non ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 580 c.p., «almeno allo stato», ma ha annunciato che lo potrà fare nel caso in cui il Parlamento resti inerte oppure non regoli la materia in conformità alle esigenze di tutela evidenziate nell'ordinanza n. 207 del 2018: in estrema sintesi, il legislatore sarebbe chiamato a delineare entro il 24 settembre 2019 una disciplina che circoscriva la sfera applicativa dell'art. 580 c.p. e dichiari non punibile l'agevolazione al suicidio di «persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

Il primo tema che abbiamo discusso riguarda appunto il valore da attribuire all'ordinanza della Consulta. Come illustrato da Antonio Vallini nella sua relazione al Convegno di Torino, il Gruppo aveva deciso di «considerare validi a priori bilanciamenti tra beni, e indicazioni di disciplina, desumibili dalle decisioni (fossero pure opinabili) della Corte costituzionale e delle Corti europee». Sennonché, Luciano Eusebi ci ha invitato a compiere un supplemento di riflessione su questa linea metodologica, evidenziando due profili problematici dell'ordinanza n. 207, il primo di ordine politico - istituzionale, il secondo di tipo contenutistico.

L'ordinanza n. 207 ha infatti inaugurato un'inedita tipologia decisoria che detta al Parlamento tempi e modi dell'intervento legislativo: in altri termini, commenta ancora Eusebi, una sorta di inedita legge-delega della Consulta dall'incerto statuto costituzionale. Inoltre, dato che la Corte non può vincolare le proprie decisioni future, nulla esclude che il 24 settembre 2019 torni sui suoi passi prendendo in considerazione l'evolversi del dibattito.

Per quanto attiene invece al profilo contenutistico, la Corte solleciterebbe il Parlamento a mettere in discussione una propria legge emanata pochi mesi prima, e cioè la l. n. 219 del 2017, che: a) ha ritenuto legittime le sole scelte di fine vita che riguardano l'attivazione e la prosecuzione dei trattamenti medici; b)

²⁶ Si tratta della relazione presentata all'VIII Convegno dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto penale (*La riforma dei reati contro la persona*, Napoli, 30-31 maggio 2019). Nei contenuti, il testo rappresenta una sintesi delle varie opinioni emerse dall'ampio dibattito sviluppatosi all'interno del gruppo di ricerca.

ha viceversa mantenuto lo stigma dell'illiceità su quelle condotte che comportino il decesso del paziente attraverso modalità diverse dall'astensione del medico. Invece l'indicazione della Corte di ammettere, a certe condizioni, forme di suicidio assistito andrebbe a rompere questo punto di equilibrio individuato dal Parlamento, e soprattutto andrebbe a scuotere un principio fondamentale dell'ordinamento, quello «secondo cui la relazione con l'altro non può mai legittimamente estrinsecarsi (fatte salve le circostanze che escludono la pena di cui agli artt. 52 ss. c.p.) nell'elidere il suo stesso *essere*» (L. Eusebi): secondo una preoccupazione riferita, fra l'altro, a evitare dinamiche di implicita sollecitazione dei soggetti deboli a operare scelte di conclusione anticipata della loro vita²⁷.

²⁷ Sollecitato anche dal coordinatore del gruppo a precisare la sua riflessione, Luciano Eusebi l'ha sintetizzata in questi termini: «La finalità, condivisa dalla Commissione, di operare un'esposizione delle modalità (e dei problemi connessi) con cui potrebbe realizzarsi un intervento legislativo a seguito dell'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale non può comportare che si escluda di considerare in senso problematico lo stesso passaggio giuridico di fondo, ipotizzato dalla Corte, consistente nell'introdurre un ambito di ammissibilità della cooperazione alla decisione altrui di provocare la propria morte.

Ciò sia perché restano tra gli scenari possibili, nell'ambito di un rapporto delicatissimo fra i poteri dello Stato che sta animando un serrato dibattito tra i costituzionalisti, quello di un non intervento del legislatore oppure di un intervento del medesimo inteso a differenziare fra diverse situazioni le conseguenze (che potrebbero essere di diversa entità o natura) della suddetta cooperazione, ribadendo in tal modo il punto di equilibrio a suo tempo espresso con la legge n. 219/2017 (incentrato sulla salvaguardia del principio dell'*habeas corpus* anche con riguardo a trattamenti salvavita, ma con esclusione, come costantemente ribadito dalla relatrice di maggioranza alla Camera, dell'apertura a forme di cooperazione alla morte); sia perché, quale che sia la portata da attribuirsi all'ordinanza della Corte costituzionale, ciascuno di noi resta interpellato (e tanto più nel momento in cui si rifletta sulla riforma dei delitti contro la persona) rispetto al quesito se ritenga o meno di condividere un passaggio – ammettere la cooperazione al darsi la morte – del più grande spessore problematico: un passaggio che, personalmente, non posso condividere né, dunque, avallare e rispetto al quale, nell'ambito stesso della Commissione sussistono alcune altre posizioni (quantomeno) di perplessità: secondo un quadro diversificato che è lecito ritenere riprodursi in un contesto giuridico più generale (come emerge anche in taluni tra gli scritti del volume, sul tema in oggetto, a cura di Cupelli e Marini). (segue)

(segue) Del resto, il punto di equilibrio realizzatosi con la legge n. 219 risulta molto ragionevole. Da un lato garantisce che la vita possa concludersi, comunque, senza sofferenza ricorrendo, ove la terapia del dolore non risulti sufficiente, alla sedazione palliativa profonda, e ciò anche nel caso in cui il malato rinunci a trattamenti di sostegno vitale. Mentre il limite rappresentato dalla non autorizzazione di condotte cooperative al prodursi innaturale di un'anticipazione della morte garantisce che la relazione con la persona sofferente resti incentrata sull'investimento di risorse umane e materiali nei confronti della medesima e che non si determinino trend – oggi tutt'altro che teorici – di sollecitazione, per ragioni economiche, a scelte consensuali di rinuncia alla vita da parte di soggetti deboli. Un rischio, quest'ultimo, di portata così ampia e di così forte incidenza potenziale sui livelli sostanziali di *democraticità* della nostra convivenza civile da consigliare ogni cautela nell'aprire all'ingerenza di terzi nell'iter di determinazione della morte altrui. Considerando, fra l'altro, il pressoché automatico passaggio, una volta ammesso uno spazio per simile ingerenza, a richiederne un'estensione sempre più lata, senza il limite stesso dell'essere in atto trattamenti di sostegno vitale del malato e, dunque, sulla base dei soli riferimenti del tutto indefiniti a una patologia irreversibile e a sofferenze soggettivamente intollerabili (piuttosto che, p. es., a livelli valutabili delle sintomatologie dolorose): fino a discutere dell'ammissione di condotte eutanasiche, muovendo dal caso del malato non in grado di autosomministrarsi un farmaco letale. Come illustra chiaramente nel suo prosieguo questa stessa relazione.

Ora, la Corte costituzionale avrebbe avuto gli strumenti per intervenire sull'art. 580 c.p., anche descrivendo puntualmente gli ambiti della cooperazione in oggetto che avesse ritenuto di ammettere. Ma non lo ha fatto, ritenendo implicitamente necessario uno scrutinio, a tal fine, di natura non soltanto giudiziaria. E tuttavia proponendo al Parlamento, con quella che appare una palese forzatura, l'assunto secondo cui simile passaggio sarebbe già stato compiuto dalla legge n. 219/2017, in quanto la medesima ammette la richiesta di interrompere pure trattamenti di sostegno vitale (il che rende impossibile al medico procrastinare i trattamenti stessi: ben altra cosa dall'attivarsi per procurare artificialmente la morte). Così che la Corte sembra prospettare al Parlamento una sorta di mero adeguamento legislativo rispetto a un passaggio ormai acquisito: laddove invece quel passaggio, finora, non lo si è affatto compiuto. Per cui appare importante che il Parlamento concentri in primis la sua attenzione sulla opportunità di compiere tale passaggio e di avallare il summenzionato assunto. Posto che una presa di posizione, in proposito, del Parlamento, in quanto organo

Traendo le fila del ragionamento sul terreno delle prospettive di riforma, una possibile opzione è pertanto quella di consapevole presa di posizione politica del Parlamento, dalla quale emerga la volontà di confermare l'impianto della l. n. 219 del 2017 e di negare legittimità a qualunque forma di suicidio assistito (senza che ciò precluda, come vedremo, un eventuale intervento di riduzione o diversificazione dei carichi sanzionatori).

La questione sollevata da Luciano Eusebi tocca un nervo sensibilissimo dei rapporti tra poteri dello Stato e si inquadra nel dibattito sul c.d. dilemma contromaggioritario, e cioè sulla legittimazione della Corte costituzionale, organo non eletto dal popolo, a decidere su questioni squisitamente politiche come quelle eticamente sensibili. Preso atto di ciò, altri componenti del Gruppo hanno comunque espresso l'idea che in sede scientifica lo studioso sia pienamente legittimato a criticare argomenti e soluzioni delle sentenze delle Corti supreme, senza esserne in nessun modo vincolato; viceversa, quando si ragiona in prospettiva di riforma bisognerebbe formulare proposte che, nel caso in cui venissero approvate dal Parlamento, non si esponano all'elevata probabilità di essere successivamente invalidate dalla Corte costituzionale.

A questo punto, se accettiamo di dar seguito alla decisione della Corte, appare essenziale comprendere quali siano gli spazi di manovra dell'aspirante legislatore. Su questo aspetto, tuttavia, l'ordinanza n. 207 presenta un'ambiguità di fondo: posto che l'art. 580 c.p. è collegato al dovere dello Stato di tutelare la vita, e non all'autodeterminazione del singolo, lo spazio di liceità ritagliato dalla Corte si fonda sul diritto a rifiutare i trattamenti di sostegno vitale oppure sul diritto del malato sofferente a morire?

L'ordinanza sembra lasciare spazio a entrambe le opzioni, perché il divieto generalizzato di aiuto al suicidio è considerato nella stessa frase prima come un limite posto al malato nella «scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze», poi come l'imposizione di «un'unica modalità per congedarsi dalla vita». Oppure si afferma che il suicidio assistito sarebbe in alcuni casi «l'unica via d'uscita per sottrarsi» alle cure, e allo stesso tempo si dice che «la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua».

In altri termini, nella prima prospettiva, il diritto da garantire è quello all'autodeterminazione terapeutica e il suicidio assistito sarebbe il mezzo per assicurarne l'effettività in alcuni casi particolari; nella seconda la rinuncia ai trattamenti vitali sarebbe una delle modalità di realizzazione del diritto a lasciarsi morire, ma non l'unica. Vedremo in seguito che esiste anche una terza possibilità, sulla quale stanno ragionando in particolare Ombretta Di Giovine e Antonio Vallini, e cioè che le scelte esistenziali relative al

costituzionale prioritariamente deputato a definire gli assetti normativi anche su temi che coinvolgono beni fondamentali, non potrebbe rimanere affatto priva di rilievo per la stessa Corte costituzionale».

morire e al soffrire si collochino in uno spazio di libertà regolamentata che non legittima pretese verso terzi, come invece il diritto soggettivo, ma che allo stesso tempo deve essere tendenzialmente libero dal diritto penale (beninteso, non dal diritto *tout court*).

Il problema del fondamento del suicidio assistito è di cruciale importanza. Se esso va ravvisato nel principio di autodeterminazione terapeutica, l'aiuto al suicidio sarà lecito solo quando riguardi un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Per intenderci, sarebbe il caso di chi, come Fabiano Antoniani, è affetto da una patologia irreversibile, patisce sofferenze «incoercibili», dipende parzialmente da un respiratore artificiale ed è capace di esprimere un valido rifiuto di cure; ma non anche il caso di chi, come Davide Trentini, è altrettanto capace, ha una patologia irreversibile che procura dolori lancinanti (nel caso di specie, la SLA secondaria progressiva) ma non dipende da trattamenti di sostegno vitale; con la conseguenza che Marco Cappato, il quale ha aiutato entrambi a morire in Svizzera, dovrebbe essere punito per la vicenda di Trentini ma non per quella di Antoniani. La soluzione sarebbe invece diversa se ragionassimo in termini di diritto o di libertà a scegliere come morire, perché a questo punto il requisito del sostegno vitale non sarebbe più necessario.

Di fronte a questa pluralità di opzioni (in primo luogo se dare seguito all'ordinanza n. 207; in seconda battuta, come), il Gruppo non ha raggiunto un accordo su un'unica soluzione normativa e ha preferito sottoporre al dibattito tutte le possibili opzioni di riforma.

Un'ultima avvertenza. Il Gruppo è consapevole del fatto che, di regola, una richiesta di morte non proviene da soggetti accuditi e intellettualmente strutturati come ad esempio Piergiorgio Welby, Walter Piludu o Fabiano Antoniani, ma da persone «più deprivate economicamente, socialmente e soprattutto affettivamente, in situazioni di abbandono anche emotivo»: in questi casi, osserva Ombretta Di Giovine, «il diritto di morire [...] rischia di trascendere insensibilmente in un atroce dovere». Da parte sua, Maria Beatrice Magro ci ricorda che dietro una richiesta di morte si nasconde molto spesso un bisogno di «compassione, di amore, di salvezza; ancora, Luciano Eusebi ci mette in guardia dalla «rottamazione, formalmente consensuale, di soggetti deboli». È altrettanto vero, nondimeno – ci tiene a ricordare Antonio Vallini - che come insegnano molte biografie, le narrative degli stessi interessati, o le testimonianze dei medici palliativisti, in tanti casi la richiesta di aiuto al morire non è indotta da condizioni di abbandono, di solitudine, di trascuratezza o di scarsa capacità di intendere, ed è bensì “semplicemente” motivata dall'esigenza di porre termine a un dolore globale, a un intollerabile senso di offesa alla propria soggettiva dignità o, ancora, all'angoscia indotta da un'esistenza che ormai è soltanto afflizione e attesa della fine, sicché appare problematico frapporre ostacoli “assoluti” a tale domanda, quali quelli determinati dai divieti penali attualmente vigenti, in nome della salvaguardia di esigenze che non sono quelle rilevanti nel caso specifico; pena, altrimenti, il rischio di strumentalizzare il sofferente per fini che lo trascendono, indebitamente comprimendo lo spazio di libertà su se medesimo che ancora gli compete. Vanno insomma considerate le

parole di Loris Bertocco, che dopo aver lottato per 40 anni contro una malattia sfociata nella paralisi e nella cecità ha spiegato in un lucido e toccante memoriale le ragioni che lo hanno portato a togliersi la vita in una clinica svizzera nel 2017: «Sono convinto che, se avessi potuto usufruire di assistenza adeguata [...] avrei vissuto meglio la mia vita, soprattutto questi ultimi anni, e forse avrei magari rinviato di un po' la scelta di mettere volontariamente fine alle mie sofferenze. Ma questa scelta l'avrei compiuta comunque, data la mia condizione fisica che continua progressivamente a peggiorare e le sue prospettive».

Quello su cui tutti i membri della commissione convengono, è che qualunque disciplina futura non potrà prescindere da cospicui investimenti finanziari nell'assistenza ai malati e dovrà valorizzare, e nel caso anche potenziare, soluzioni già previste dalla legge n. 219 del 2017: le azioni di sostegno e l'assistenza psicologica al paziente che rifiuta le cure salvavita (art. 1, comma 5); la pianificazione delle cure condivisa (art. 5, comma 4); l'erogazione delle cure palliative (art. 2). In linea di principio, un ordinamento di matrice solidarista deve tendere a evitare i suicidi, non ad agevolarli.

2. Il suicidio assistito nei casi espressamente stabiliti dall'ordinanza n. 207 del 2018

L'ordinanza n. 207 è molto chiara nel delineare il contenuto minimo dell'auspicato intervento di riforma: si ritiene illegittimo punire chi ha aiutato Fabiano Antoniani a morire e chi in futuro aiuterà a morire persone che si troveranno nella stessa tragica condizione.

Beninteso, parlo di contenuto minimo perché vedremo che i progetti in discussione vanno molto al di là di quanto richiesto dalla Corte costituzionale, ma non intendo occultare la portata, tutt'altro che minima, del passo che si chiede di compiere. Se dal punto di vista del paziente sofferente il rifiuto dei trattamenti vitali e la richiesta di suicidio assistito possono sembrare equivalenti, non lo sono dal punto di vista del medico, il quale è vincolato al suo codice deontologico, come ha ricordato di recente il Presidente della Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (art. 17: «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte»): per dirla con Roberto Bartoli, a seguito della rinuncia ai trattamenti la morte sopraggiunge perché la malattia non è più contrastata; nel caso di suicidio assistito, invece, è necessario fornire al paziente una sostanza letale che attiva un decorso causale diverso dal progredire della patologia.

Oltre a stabilire l'obiettivo della riforma, la Corte individua anche alcuni profili della futura regolamentazione, «ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali». Vediamoli rapidamente.

A) *La collocazione topografica*. La Corte osserva che la disciplina del suicidio assistito potrebbe essere inserita nel contesto della legge n. 219 del 2017, in modo da inscrivere nel quadro della «relazione di cura e

di fiducia tra paziente e medico» (in questo senso si è mossa la proposta di legge Cecconi e altri, Camera n. 1586). Come detto, il Gruppo sottolinea la differenza tra la rinuncia di trattamenti e suicidio assistito e, e quindi osserva che un intervento sulla legge n. 219 del 2017 potrebbe sembrare incompatibile con l'immagine tradizionale del medico e dei suoi doveri. Senza rinunciare a una procedura che valorizzi il dialogo tra gli esperti e il paziente, la normativa potrebbe trovare spazio nel codice penale oppure in un testo legislativo apposito (così il disegno di legge Mantero e altri, Senato n. 912), magari inserendo una disposizione di richiamo nel codice penale sul modello dell'art. 590-*sexies* c.p.

B) *Il prerequisito della terapia del dolore.* La Corte sottolinea che il paziente deve essere messo nelle condizioni di «vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza», paventa che l'introduzione del suicidio assistito faccia venir meno l'impegno delle strutture sanitarie nell'offrire cure idonee ad alleviare o eliminare la sofferenza e pertanto suggerisce di prevedere la terapia del dolore come prerequisito delle successive scelte del paziente.

Il Gruppo condivide i timori della Corte. Dal quadro che ci ha illustrato Stefano Canestrari sulla scorta del recentissimo *Rapporto sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"* (31 gennaio 2019) emerge infatti che la carenza di medici palliativisti e la scarsa diffusione della cultura della medicina palliativa rendono l'erogazione delle cure palliative disomogenea sul territorio nazionale.

Va allo stesso tempo ricordato che «anche il miglior sistema di cure palliative, seppure efficace nel ridurre grandemente le richieste di eutanasia e di suicidio medicalmente assistito, non è però in grado di annullarle» (L. Orsi), e quindi non basterebbe a superare il profilo di legittimità costituzionale evidenziato dall'ordinanza n. 207 (si ricordi che Antoniani scelse la strada del suicidio assistito ritenendo insoddisfacente sia l'opzione della terapia del dolore, perché non voleva passare gran parte del suo tempo privo di coscienza, sia quella del distacco dal respiratore artificiale accompagnato dalla sedazione palliativa profonda, perché la morte non sarebbe sopraggiunta istantaneamente).

Una particolare specie di terapia del dolore è data appunto dalla sedazione palliativa profonda, che consiste nella somministrazione di farmaci che hanno l'effetto di ridurre il livello di coscienza fino ad annullarla, eliminando così la percezione della sofferenza. È importante sottolineare che la sedazione palliativa profonda si distingue concettualmente dall'eutanasia indiretta perché persegue esclusivamente la finalità di alleviare la sofferenza, non quella di abbreviare la vita. Apprendiamo infatti da un parere del Comitato nazionale di bioetica che «la durata media della sopravvivenza dei pazienti sedati in fase terminale non differisce da quella dei pazienti non sedati» e che anzi in alcuni casi i pazienti sedati sono sopravvissuti addirittura più a lungo (Comitato nazionale di bioetica, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016).

Nel riprendere una raccomandazione del già citato parere del Comitato nazionale di bioetica, l'art. 2, legge n. 219 del 2017, prevede che il medico possa ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua nei casi di paziente consenziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte. Il disegno di legge Marcucci e altri, Senato n. 966, estende la sedazione palliativa profonda anche ai pazienti sofferenti ma non terminali («soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, affetti da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari»). Parte del Gruppo guarda con interesse a questa soluzione, che avrebbe il pregio di essere un compromesso virtuoso tra l'esigenza di risolvere il problema della sofferenza del malato e quella di tutelare il bene della vita. Altri componenti osservano però che le linee guida in materia prevedono il requisito dell'imminenza della morte perché la gestione di una sedazione prolungata comporterebbe notevoli difficoltà di ordine clinico e relazionale. Di conseguenza, un'eventuale opzione legislativa volta a estendere per via legislativa i presupposti della sedazione palliativa profonda ai pazienti non terminali potrebbe incontrare molte resistenze da parte dei medici. Inoltre va considerato il rischio che una sedazione profonda continua a lungo termine sfoci in pratiche di eutanasia occulta, perché la morte può essere accelerata se viene utilizzato un dosaggio dei farmaci sedativi sproporzionato alla necessità di diminuire o abolire il dolore.

C) La verifica medica dei presupposti per richiedere l'aiuto e la disciplina della procedura. Dei quattro requisiti enunciati dalla Corte, due presentano minori difficoltà di accertamento perché possono rifarsi a parametri più oggettivi: alludo alla irreversibilità della malattia e al mantenimento in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale. Molto più delicata, invece, la verifica degli altri due presupposti, e cioè la presenza di sofferenze fisiche o psicologiche provocate dalla patologia e ritenute assolutamente intollerabili dal paziente e la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli.

A ben vedere, anche il grado di intollerabilità delle sofferenze fisiche può avere un riscontro oggettivo. Per fare un esempio, Fabiano Antoniani era vittima di contrazioni ingovernabili, nell'ordine di 60/70 al giorno, che non potevano essere controllate se non con la sedazione («non dico un coma farmacologico, ma quasi», dirà in dibattimento la consulente del PM); analogamente, le giornate di Davide Trentini erano funestate da spasmi dolorosissimi che le pasticche all'oppio non riuscivano più a lenire. Per quanto attiene alle sofferenze psicologiche, Maria Beatrice Magro ci informa su alcuni studi che hanno esplorato le condizioni che determinano la "sofferenza insopportabile" attraverso le analisi di interviste a pazienti terminali o incurabili. Da tali interviste emerge, in sintesi, che tutte le emozioni si intensificano quando la fine è prossima; che il paziente si sente di dipendere totalmente dalla famiglia e dagli amici «e ne percepisce più acutamente ansia, dolore, incomprensione, rabbia» (si ricordi che Fabiano Antoniani non ha chiesto il distacco dal respiratore per il dolore che avrebbero provato i suoi cari nel vederlo agonizzare); che subentra la paura del dolore o di non essere in grado di affrontarlo; la paura di essere dipendenti e di essere

di peso, la paura di perdere la vita e le persone più importanti; lo sconforto per gli obiettivi non raggiunti o lasciati a metà; e così via. Occorre pertanto accostarsi a questo groviglio emotivo con grande sensibilità, non per sindacarne il grado di tollerabilità, che spetta al paziente misurare, ma per capire se è possibile offrire un supporto materiale e psicologico in grado di incidere su qualcuna di queste cause.

Passando alla capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, Stefano Canestrari è scettico in merito all'esistenza di un esperto in grado di «valutare l'intensità e la "curabilità" delle ferite della nostra anima». Non esistono regole che consentano di capire se un impulso suicida è libero o no, né sarebbe possibile identificare categorie di persone più vulnerabili: «poiché la scelta suicida è ambivalente e poiché la conoscenza che ne abbiamo è assai limitata, ogni classificazione appare parziale». Invece, nel caso ritagliato dall'ordinanza n. 207 la sussistenza di presupposti oggettivi (la patologia irreversibile, le sofferenze intollerabili, il sostegno vitale) renderebbe più agevole l'accertamento della libertà di autodeterminazione del paziente. Secondo Canestrari, inoltre, nelle tragiche situazioni prese in considerazione dalla Corte, l'utilizzo del termine suicidio appare improprio: «il suicidio è un attacco letale alla vita di sé e in queste drammatiche vicende concrete non si vuole in realtà "uccidere se stessi", ma liberarsi da un corpo che è diventato una prigionia».

Mostra maggiore scetticismo sulla possibilità di un riscontro oggettivo Luciano Eusebi, che ci mette in guardia dal rischio che la volontà del paziente, sebbene formalmente valida, subisca l'influenza delle istanze sociali, veicolate anche dai mass media, orientate a presentare come scelte dignitose le sole decisioni implicanti il determinarsi ravvicinato della morte: senza dimenticare che queste sollecitazioni culturali si inseriscono in un contesto in cui il sistema sanitario è economicamente in affanno, sicché la formalizzazione del diritto a morire potrebbe andare di pari passo con l'obiettivo di ridurre le spese sanitarie destinate alla cura di soggetti deboli.

Riprendendo alcune di queste considerazioni sui requisiti di validità del consenso, Ombretta Di Giovine e Antonio Vallini ritengono cruciale che la procedura non si limiti a un burocratico accertamento delle condizioni di salute del paziente e a una verifica formale *ex post* della richiesta del paziente, ma tenda alla formazione di una volontà consapevole anche attraverso la prospettazione di alternative reali e disponibili (quali ad es., appunto, forme di sedazione palliativa), allo scopo, quando possibile, di prevenire o rimandare la scelta estrema, non mediante coercizioni o minaccia di pena per chi assiste, bensì con gli strumenti del dialogo con il malato "rispettoso della profondità che gli compete" (S.Ambroset – L.Orsi), quali quelli già noti a buone prassi di cure palliative. Si deve quindi avere «un processo (che si forma nel tempo) cui partecipino anche soggetti diversi dal malato e in cui, soprattutto, sia garantito - già a livello legislativo - un supporto psicologico e il confronto con il personale sanitario» (che a sua volta potrebbe chiamare in causa, se utile allo scopo, familiari, servizi sociali od ogni altro soggetto che offra valide possibilità di sostegno morale o materiale).

Un cenno infine agli aspetti più specificamente procedurali. La proposta di legge Cecconi e altri prevede che le condizioni di liceità siano attestate dal medico che procede e confermate dal responsabile della struttura sanitaria e rinvia a un futuro regolamento l'individuazione delle modalità di accertamento; il disegno di legge Mantero e altri parla invece genericamente di un altro medico.

Sarebbe preferibile specificare che il secondo medico consultato «non deve aver avviato alcun contatto precedente con il paziente, neanche di tipo personale, deve assicurare la propria indipendenza di giudizio nei confronti del medico curante e deve essere competente rispetto alla patologia esaminata» e si potrebbe pensare a una Commissione di controllo istituita a livello nazionale che esamini la documentazione di tutti i casi di suicidio assistito (così la proposta di legge Camera n. 2218 del 24 marzo 2014, Di Salvo e altri, che riprende il modello olandese).

D) *L'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale e l'obiezione di coscienza.* Le due questioni sono strettamente legate tra loro e rinviando a loro volta alla qualificazione giuridica del suicidio assistito. L'assegnazione di tale pratica al Servizio sanitario nazionale prospettata dal DDL Cecconi deporrebbe a favore dell'esistenza di un diritto del malato sofferente a essere aiutato a morire, del quale dovrebbe farsi carico la fiscalità generale. Si dovrebbe però concedere l'obiezione di coscienza a quei medici che ritengono il suicidio assistito in contrasto con il loro quadro di valori. Siamo infatti dinanzi a una fattispecie diversa dal rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, che invece è pienamente radicata nel terreno del consenso informato e quindi della relazione terapeutica tra medico e paziente: non a caso, la legge n. 219 del 2017 non concede spazio all'obiezione di coscienza.

Un sistema di strutture private regolamentate sarebbe invece coerente con una qualificazione del suicidio assistito in termini di libertà e non renderebbe necessaria la clausola dell'obiezione di coscienza perché prestare servizio in dette strutture sarebbe una facoltà, non un obbligo. Certo, l'addossare i costi sul paziente potrebbe operare una selezione di matrice sgradevolmente classista, come ci ricorda la vicenda di Davide Trentini, rivoltosi a Mina Welby e a Marco Cappato anche per raccogliere i soldi necessari a pagare la clinica svizzera.

Teniamo presente che l'inquadramento del suicidio assistito nell'ambito del Servizio sanitario nazionale avrebbe l'effetto di escludere gli stranieri non residenti, che non hanno diritto a tutte le prestazioni erogate dalla Sanità pubblica, e quindi limiterebbe il problema del c.d. turismo del suicidio (in questa direzione si è mossa la legislazione canadese). Tuttavia, una soluzione del genere potrebbe essere adottata anche nel sistema privato, tenendo presente che alcune cliniche private svizzere offrono il suicidio assistito ai soli residenti svizzeri.

E) *La disciplina delle vicende pregresse.* Solo il DDL Marcucci dedica un cenno fugace alla questione, precisando che la causa di non punibilità che si intende introdurre riguarda anche le condotte realizzate prima

dell'entrata in vigore della legge. Gli altri si affidano interamente alla disciplina dell'art. 2 c.p. Tuttavia, considerando che potrebbero sorgere dei dubbi sull'applicabilità del comma 2 o del comma 4 a seconda della qualificazione dommatica che si intenderà attribuire alla futura opzione legislativa (esclusione della tipicità, scriminante procedurale, causa di non punibilità in senso stretto, ecc.), sarebbe pertanto opportuna una disposizione transitoria che, sul modello dell'art. 22 l. n. 194/1978, disciplini la sorte delle sentenze passate in giudicato e sancisca che non è punibile ai sensi dell'art. 580 c.p. chi abbia commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della legge quando il giudice accerti che sussistevano i presupposti fattuali di ammissibilità prescritti dalla nuova disciplina (non anche che sia stata rispettata una procedura inesistente al momento della commissione del reato).

3. Al di là dell'ordinanza n. 207 del 2018

Fino ad ora abbiamo ragionato sulla fattispecie delineata dalla Corte costituzionale, ritenendo che il sostegno a mezzo di trattamenti vitali sia un requisito di ammissibilità essenziale del suicidio assistito. Inoltre, ci siamo confrontati esclusivamente con l'art. 580 c.p., il reato contestato a Marco Cappato: è stato infatti Fabiano Antoniani a darsi la morte attivando il meccanismo dell'iniezione letale con l'unica parte del corpo che riusciva ancora a muovere, la bocca. Ci siamo insomma strettamente attenuti al dettato dell'ordinanza n. 207. Dobbiamo ora riprendere l'interrogativo postoci all'inizio, e cioè se il legislatore possa intraprendere passi ulteriori.

Un primo problema potrebbe porsi quando il paziente presenta tutti i requisiti menzionati dall'ordinanza n. 207, ma non può darsi la morte da solo perché totalmente paralizzato. In questo caso, quella morte rapida «corrispondente alla propria visione della dignità nel morire» di cui parla la Corte dovrebbe essere cagionata da un terzo e di conseguenza non sarebbe più configurabile l'art. 580 c.p., ma l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.). Anche in questo caso andrebbe esclusa la punibilità? Si potrebbe rispondere di no osservando che l'art. 579 c.p. stigmatizza una condotta più grave dell'art. 580 c.p., quella di chi assume su di sé la responsabilità di cagionare la morte di un terzo, e quindi non merita il trattamento di favore previsto per il suicidio assistito. D'altro canto, ciò porrebbe problemi di compatibilità con l'art. 3 Cost., perché la differenza tra l'impunità del fatto e la reclusione da 6 a 15 anni sarebbe esclusivamente incentrata sulla condizione personale del malato. Infatti, il malato che è in grado di attivare il meccanismo di iniezione letale potrebbe esercitare il suo diritto alla sospensione dei trattamenti vitali anche quando il processo di morte non fosse rapido, grazie alla via strumentale del suicidio assistito; invece, sarebbe preclusa la via strumentale dell'omicidio del consenziente e quindi il malato totalmente paralizzato non godrebbe pienamente dello stesso diritto per la sola ragione di trovarsi in una condizione particolarmente sfortunata.

Un secondo problema, che investe un numero di casi di gran lunga più frequente, riguarda il paziente affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili, capace di prendere decisioni libere e consapevoli ma non tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale: è il caso, già citato, di Davide Trentini, al momento *sub iudice* presso il Tribunale di Massa.

Torniamo così alla questione del fondamento del suicidio assistito. Se quest'ultimo va considerato uno strumento per garantire nella sua pienezza il diritto all'autodeterminazione terapeutica, il requisito della dipendenza dai trattamenti salvavita sarebbe un elemento essenziale dello spazio di liceità che la Corte sottrae all'altrimenti pervasivo divieto di assistenza al suicidio, a sua volta espressione del dovere dello Stato di tutelare la vita ai sensi dell'art. 2 Cost. In questa prospettiva, i presupposti della malattia irreversibile e delle sofferenze, che di solito non incidono sul diritto all'autodeterminazione terapeutica – si pensi alla donna che rifiuta di farsi tagliare la gamba in cancrena –, si potrebbero spiegare nell'ottica di circoscrivere il più possibile una forma di rinuncia alle cure che, diversamente dal solito, necessita di un terzo che agevoli la morte, e non la lasci semplicemente accadere. La Corte avrebbe così stabilito non solo un contenuto minimo, ma anche un limite massimo alla discrezionalità del Parlamento, al quale sarebbe precluso introdurre forme lecite di suicidio assistito per chi si trova nelle condizioni di Davide Trentini.

Esiste però un'altra possibilità, e cioè che il suicidio assistito sia espressione del diritto o della libertà di morire per evitare sofferenze, al momento solo abbozzati, e che l'ordinanza n. 207 non abbia inteso individuare una volta per tutte il novero delle eccezioni al dovere di tutelare la vita, ma solo circoscrivere il più possibile la fattispecie in vista di un'eventuale inerzia del legislatore.

Nel Gruppo sono emerse posizioni differenti, ma a mio avviso la Corte potrebbe risolvere il caso Cappato dichiarando incostituzionale l'art. 580 c.p. laddove incrimina l'aiuto al suicidio a favore di chi si trova nelle condizioni di Fabiano Antoniani; un precedente in tal senso potrebbe ritrovarsi nella celebre sentenza n. 27/1975, che ritagliò dal divieto generalizzato di aborto di donna consenziente l'ipotesi della gravidanza dannosa o gravemente pericolosa per la salute della madre (per inciso senza previamente concedere al legislatore la possibilità di regolare la materia).

Va detto che i progetti di riforma presentati in Parlamento vanno al di là di quanto espressamente chiesto dall'ordinanza n. 207 perché prescindono dal requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

Il DDL Marcucci interviene sul solo art. 580 c.p. e richiede quali presupposti di liceità la maggiore età, la capacità di intendere e di volere, «una patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale», oppure una disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari. Per un errore di coordinamento, che sicuramente non corrisponde all'*intentio legislatoris* ma non mi pare sanabile in via interpretativa,

diverrebbe lecito anche l'aiuto al suicidio di una persona affetta da una «patologia dolorosa cronica da moderata a severa». Si tratta di una disciplina insoddisfacente perché si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio senza preoccuparsi di istituire una procedura di verifica delle condizioni richieste, tra l'altro non particolarmente stringenti (la capacità di intendere e di volere non comporta anche che la scelta sia libera e ponderata). Tra l'altro, la causa di non punibilità (così la rubrica dell'art. 4) sarebbe destinata a chiunque, e non solo ai medici.

Il DDL Mantero, il DDL Cecconi e il DDL Senato n. 900, Cerno e Pittella, dispongono invece che gli articoli 575, 579, 580 e 593 c.p. non si applicano ai medici e al personale sanitario che abbiano preso parte a un trattamento eutanascico, consistente nella somministrazione da parte del personale medico di farmaci aventi lo scopo di provocare, con il consenso del paziente, la sua morte immediata e indolore. Nel DDL Mantero si deve trattare di paziente maggiorenne, che abbia espresso una valida richiesta, che non si trovi in stato neppure temporaneo di incapacità di intendere e di volere, che sia affetto da una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta o affetto da sofferenze fisiche o psichiche insostenibili e irreversibili (si noti che i due requisiti sembrano alternativi, diversamente da quanto previsto nell'ordinanza n. 207), che sia stato adeguatamente informato sulle alternative terapeutiche e sulle cure palliative. I requisiti posti dal DDL Cecconi e dal DDL Cerno e Pittella sono simili, ma si precisa che dev'essere una malattia inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi a provocare gravi sofferenze e si inserisce nella procedura un momento di dialogo con i parenti del paziente, se egli lo desidera.

Ci troviamo pertanto di fronte a proposte di riforma che renderebbero lecito non solo il suicidio assistito, ma anche l'omicidio *pietatis causa*; si potrebbe perfino prescindere dall'attualità del consenso del paziente, il quale potrebbe esprimere una richiesta anticipata di trattamento eutanascico, accompagnata dalla nomina di un fiduciario, per i casi di successiva incapacità di manifestare la propria volontà.

Si aprono scenari da valutare con grande cautela. Qualcuno avrà motivo di vedere una conferma dello *slippery slope*, del pendio scivoloso che inevitabilmente si imbrocca nel momento in cui si rinuncia al principio dell'inviolabilità della vita: il principio di autodeterminazione terapeutica ha portato alla rinuncia di cure salvavita, e attraverso il caso Antoniani al suicidio assistito in casi particolari; il suicidio assistito fa balenare un diritto o una libertà a morire per evitare sofferenze, il quale potrebbe sfociare nell'omicidio *pietatis causa* del paziente non attualmente consenziente.

Altri insisteranno sulla differenza tra suicidio assistito e trattamento eutanascico, ritenendo accettabile il primo e non il secondo perché il paziente mantiene fino all'ultimo il dominio sulla propria vita e non addossa su un terzo la responsabilità di ucciderlo. A ciò si potrebbe ribattere che ciò andrebbe a discriminare chi non è in grado di darsi la morte perché totalmente paralizzato. Ma se bisogna considerare le condizioni fisiche del malato dovremmo negare il suicidio assistito a chi può farla finita da solo, ad esempio

buttandosi dal balcone come diceva Davide Trentini? In definitiva, si deve riconoscere maggior peso alla prospettiva del paziente sofferente, e quindi a un diritto o a una libertà di coinvolgere terze persone nella scelta più personale possibile, quella di porre fine alla propria vita? Oppure alla prospettiva di non intaccare ulteriormente il principio secondo cui, al di fuori degli art. 52 ss. c.p., le relazioni interpersonali non devono sfociare in comportamenti che agevolano o addirittura cagionano la morte altrui?

La complessità e la delicatezza di questi interrogativi richiedono probabilmente un tempo di riflessione maggiore dei pochi mesi che si separano dal 24 settembre 2019, la data fissata nell'ordinanza n. 207. Ciò potrebbe suggerire di escludere, almeno per il momento, l'omicidio *pietatis causa* dalle prospettive di riforma e di concentrarsi sul suicidio assistito, che costituisce il fulcro dell'ordinanza n. 207.

4. La riforma degli articoli 575, 579 e 580 c.p.

L'unico dei progetti in esame che propone una modifica dell'assetto codicistico è il DDL Marcucci, il quale propone di riscrivere l'art. 580 c.p. Sulla scia di un'opzione autorevolmente prospettata in dottrina e ripresa anche dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano sul caso Cappato, il DDL Marcucci differenzia sul piano sanzionatorio l'istigazione dall'aiuto, prevedendo nel secondo una sanzione di gran lunga minore (da due a sei anni se il suicidio avviene, invece che da cinque a dodici anni).

Indubbiamente l'istigazione incide sull'autodeterminazione della vittima, e quindi da questo punto di vista presenta un maggior tasso di disvalore rispetto all'aiuto. Ma se si adotta la chiave di lettura della Corte costituzionale, e cioè che l'art. 580 c.p. fornisce una «cintura protettiva» nei confronti del rischio suicidario e si colloca nell'ottica di tutela del bene della vita, la distanza tra l'istigazione e l'aiuto potrebbe ridursi, forse svanire. Osserva a tal riguardo Antonio Vallini che le probabilità di concretizzazione del proposito autodistruttivo sono tanto più alte quanto più si riduce il divario tra ideazione e esecuzione: e ciò può avvenire o influenzando sulla motivazione o rendendo più facile l'attuazione.

A ben vedere, l'art. 580 c.p. offre materia per altre riflessioni *de iure condendo*. Innanzitutto, ci sembra da rivedere la disciplina delle aggravanti, fissando a 18 anni la soglia al di sotto della quale si applicano le disposizioni relative all'omicidio: oltre a essere più coerente con il sistema (che ad esempio non considera rilevante il consenso dell'infradiciottenne ad avere rapporti sessuali a pagamento: art. 600-bis, comma 2, c.p.), si sanerebbe il discutibile divario sanzionatorio con l'art. 579 c.p., che invece inserisce tra i requisiti di validità del consenso la maggiore età: con la conseguenza che risponde di omicidio chi somministra una sostanza venefica a un infradiciottenne, di aiuto aggravato chi si limita a consegnargliela. Restando sul piano dell'ampliamento della sfera di tutela, si potrebbe riflettere anche sull'eventualità di punire l'istigazione non accolta, che allo stato non integra neppure il tentativo punibile (Cass., Sez. V, 22 dicembre 2017, n. 57503,

relativa al caso Blue Whale, quella pratica che coinvolge soprattutto gli adolescenti nella quale un “curatore” impone una serie di prove che si concludono con il suicidio).

Più in generale, abbiamo rilevato sulla scorta della dottrina praticamente unanime che la reazione sanzionatoria prevista per i fatti eutanasi è sproporzionata per eccesso. Sappiamo che per una precisa scelta politica del legislatore del 1930, gli articoli 575, 579 e 580 c.p. non disciplinano esplicitamente le ipotesi caratterizzate sul piano oggettivo dalla condizione di malattia e di sofferenza del soggetto passivo e su quello soggettivo dal movente della pietà. Ad avviso del Guardasigilli Rocco, il codice aveva seguito «una linea di equilibrio e moderazione»: invece di riconoscere una causa di esclusione della punibilità per i casi di «cosiddetta eutanasia», era stata introdotta un’ipotesi speciale di omicidio, punita meno gravemente, che dava rilievo al consenso della vittima (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V-2, Roma, 1929, p. 373); gli eventuali motivi di pietà, «da accertarsi sempre con la massima circospezione e da valutarsi con una intelligente diffidenza», avrebbero semmai potuto integrare la circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62, n. 1, c.p.) (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, Roma, 1930, p. 136).

Ebbene, in dottrina si è subito osservato che l’infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (e quindi determinato da un motivo egoistico) è punito con la reclusione da 4 a 12 anni, mentre l’uccisione per pietà del neonato sofferente potrebbe integrare gli estremi dell’omicidio aggravato dal rapporto di parentela, punibile con l’ergastolo; inoltre, come sottolineò lo stesso Rocco, la sofferenza del malato può essere intesa come causa di una deficienza psichica, e quindi rendere invalido il consenso all’uccisione lasciando spazio alle più severe sanzioni previste per l’omicidio volontario; per quanto riguarda l’attenuante dei motivi, la giurisprudenza è andata ben al di là di quella «intelligente diffidenza» auspicata da Rocco, giungendo ad affermare che nella «attuale coscienza sociale il sentimento di compassione o di pietà è incompatibile con la condotta di soppressione della vita umana» e che non «può quindi essere ritenuta di particolare valore morale la condotta di omicidio di persona che si trovi in condizioni di grave ed irreversibile sofferenza fisica» (Cass., sez. I, 7 giugno 2018, n. 50378). Attualmente gli eccessi sanzionatori sono contenuti dal rito abbreviato (ma dovremo fare i conti con la nuova disciplina che ne ha escluso l’applicabilità in caso di reati puniti con l’ergastolo) e dall’istituto della grazia, come dimostra il recente intervento del Presidente Mattarella a favore di due anziani pensionati che avevano ucciso le mogli malate di Alzheimer.

Quanto più ampia sarà l’opzione procedurale, quanto più i problemi del fine vita non saranno di pertinenza dei tradizionali delitti contro la vita, e viceversa. Un’eventuale disciplina del suicidio assistito e dell’omicidio *pietatis causa* potrebbe essere accompagnata dall’introduzione di alcuni illeciti (penali o amministrativi) *ad hoc* che assicurino il rispetto della procedura, mentre gli articoli 575, 579 e 580 c.p. resterebbero a sanzionare i casi in cui mancano i presupposti di ammissibilità (la malattia, le gravi sofferenze, ecc.).

Si potrebbe a questo punto pensare a figure autonome di reato punite meno gravemente o a circostanze attenuanti speciali a effetto speciale non bilanciabili per i casi che non rientrano nella sfera di liceità presidiata dalla procedura. Se il legislatore decidesse di autorizzare a certe condizioni sia il suicidio assistito sia l'omicidio *pietatis causa*, si potrebbe pensare a figure attenuate in cui è presente il movente di pietà, ma mancano i requisiti oggettivi che consentirebbero di accedere alla procedura. Se invece si ritenesse di mantener ferma l'illiceità del suicidio assistito e dell'omicidio *pietatis causa*, si dovrebbero inserire tra i presupposti della figura attenuata anche quelli della malattia e delle gravi sofferenze. A questo punto, si dovrebbe compiere una scelta politica sulla cornice edittale, in particolare sul minimo, e decidere se consentire in casi estremi la sospensione condizionale della pena, come suggeriva un rigoroso difensore del principio dell'intangibilità della vita come Ferrando Mantovani.

5. Postilla di aggiornamento (30.6.2020)

L'appello formulato dall'ordinanza n. 207 del 2018 è purtroppo caduto nel vuoto. La Corte costituzionale ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (sentenza 242/2019).

L'elaborato dispositivo fa intuire il carattere paralegislativo della sentenza, la quale ha cercato di risolvere tutti i problemi che aveva puntualmente sottoposto all'attenzione del Parlamento (cfr. § 3):

a) per quanto attiene alla questione topografica, la Corte è intervenuta direttamente sull'art. 580 c.p., senza toccare l'impianto della l. n. 219 del 2017 (ma probabilmente non avrebbe potuto agire altrimenti);

b) in merito all'opportunità di subordinare l'accesso al suicidio assistito alla previa offerta delle terapie del dolore e delle cure palliative, la Corte ha opportunamente richiamato l'art. 2, l. n. 219 del 2017, dal quale discende l'obbligo del medico di alleviare le sofferenze del paziente, anche nel caso di rifiuto o di revoca del consenso ai trattamenti;

c) le modalità procedurali di accertamento dei requisiti sostanziali di liceità della pratica sono state tratte dall'art. 1, l. n. 219 del 2017;

d) in relazione ai fatti successivi alla pubblicazione della sentenza, spetta al Servizio sanitario nazionale, previo parere del Comitato etico territorialmente competente, verificare la presenza dei requisiti sostanziali di liceità del suicidio assistito e il rispetto delle relative modalità di esecuzione, con la precisazione che i medici non sono obbligati ad accogliere la richiesta del paziente; non si pone pertanto un problema di obiezione di coscienza, che per definizione presuppone il conflitto tra un obbligo giuridico, qui assente, e un imperativo della coscienza;

e) il giudice deve invece accertare se i suicidi assistiti avvenuti prima della pubblicazione della sentenza si siano svolti «con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti» (i presupposti sostanziali di liceità dell'aiuto al suicidio devono essere stati riscontrati in ambito medico; la volontà dell'interessato deve essere stata manifestata in modo chiaro e univoco; il paziente deve essere stato adeguatamente informato sulla sua condizione e sulle possibili opzioni alternative al suicidio assistito, con particolare riguardo all'accesso alle cure palliative ed eventualmente alla sedazione profonda continua).

La sentenza della Corte non preclude un futuro intervento legislativo, anzi lo evoca in più occasioni. Restano quindi sul tappeto alcuni dei nodi problematici individuati nella presente relazione.

Innanzitutto, continua a non essere del tutto chiaro il fondamento della liceità del suicidio assistito (cfr. § 1). La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 580 c.p. per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., e cioè i tradizionali referenti costituzionali del principio di autodeterminazione terapeutica. Allo stesso tempo, la disciplina del diritto a interrompere i trattamenti non è stata estesa *tout court* al suicidio assistito, essendosi previsto per il secondo delle condizioni ulteriori e una regolamentazione parzialmente diversa, solo in parte mutuata dalla l. n. 219 del 2017.

Infatti, i requisiti della malattia irreversibile e delle sofferenze intollerabili non sono coerenti con l'ambito di operatività del diritto a rifiutare le cure, che secondo l'opinione maggioritaria prescinde dallo stadio della malattia e dalle condizioni del paziente (si pensi al caso del testimone di Geova che rifiuta la trasfusione di sangue).

D'altro canto, la prospettiva del diritto a morire per non soffrire trova un ostacolo importante nel requisito del mantenimento in vita per mezzo di trattamenti *life - sustaining*, che esclude dal novero dei pazienti abilitati a richiedere il suicidio assistito chi si trova nelle condizioni di Davide Trentini, e cioè è affetto da una patologia che provoca intense sofferenze non lenibili dalle cure palliative ma riesce a vivere senza presidi sanitari salva-vita (cfr. § 3).

Ad avviso di Stefano Canestrari, l'introduzione di tale requisito ha consentito alla Corte di «risolvere (*rectius*: di “non affrontare”) le questioni più complesse che emergono nel dibattito mondiale relativo alla legalizzazione o alla depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito e delle condotte eutanasiche»: si pensi al problema della definizione di malattia irreversibile, che nel caso di rinuncia ai trattamenti vitali sarebbe semplificato perché il paziente entra in una fase terminale oggettivamente verificabile; alla tipologia delle sofferenze patite, perché se per un verso la Corte menziona sia quelle fisiche sia quelle psicologiche, per un altro sarebbero le prime a prevalere quando siamo di fronte a «un corpo dominato da tecnologie biomediche»; alla verificabilità del carattere libero e consapevole della richiesta di suicidio, che sarebbe meno problematico in presenza di «sofferenze del corpo»; alla tipologia dei pazienti interessati, perché chi è tenuto in vita artificialmente «non è di regola in grado di far cessare da sola la propria esistenza».

A prescindere dalla valenza ‘politica’ del requisito in discorso, resta da chiedersi se il futuro legislatore sia obbligato a prevederlo in un’auspicabile disciplina del suicidio assistito.

Luciano Eusebi ritiene di sì, ferma restando la sua netta opposizione all’idea che l’aiuto a morire possa essere considerata «una risposta plausibile ai problemi di un essere umano»: se «la Corte avesse ritenuto ipotizzabile un ambito di incostituzionalità della norma più esteso, nel momento in cui s’interrogava sui criteri dell’eccezione possibile, non avrebbe fatto altro che descrivere quei limiti in maniera meno rigorosa»; del resto, l’argomento decisivo della sentenza 242/2019 starebbe proprio nell’affermazione secondo cui non si potrebbe proibire il suicidio assistito al paziente che avrebbe il diritto di ottenere l’interruzione dei trattamenti salvavita.

Di diverso avviso Antonio Vallini. Il parallelo tra rifiuto di trattamenti vitali e suicidio assistito sarebbe stato tracciato dalla Corte per «evitare di colorare la propria decisione di una discrezionalità politica che, istituzionalmente, non le compete», ma non varrebbe a comprimere la discrezionalità del legislatore. La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non si spiegherebbe infatti né nell’ottica dell’autodeterminazione terapeutica (art. 32 Cost.), perché un tale limite non è richiesto nei casi ordinari di rifiuto di cure, né in quella della libertà di morire con dignità (art. 2 e 13 Cost.), non andando a segnare «alcuno spartiacque né tra condizioni di dignità, né tra condizioni di vulnerabilità, o di dolore, diversamente qualificabili».

Passando agli aspetti procedurali, suscita qualche perplessità il riferimento al parere dei Comitati etici. Oltre a esprimere valutazioni sulla sperimentazione dei farmaci, i Comitati possono anche svolgere «ulteriori funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona» (art. 1, comma 2, D.M. 8 febbraio 2013). Il Comitato nazionale di Bioetica (*I comitati per l’etica della clinica*, 31 marzo 2017, 18) ha ritenuto a suo tempo che il parere sulle suddette questioni (in cui andrebbero a collocarsi anche i problemi del fine vita

e della tutela dei soggetti vulnerabili) non debba essere vincolante perché altrimenti si andrebbe a interferire nel rapporto tra medico e paziente. All'interno del gruppo si registrano però opinioni diverse, in particolare quella di Luciano Eusebi, il quale ritiene che il medico debba astenersi dal procedere in presenza di un parere negativo del Comitato. Resta in ogni caso il problema del carattere localistico di tali Comitati, che potrebbe dar luogo a disparità di trattamento. In prospettiva di riforma si potrebbe riflettere se non sia preferibile affidare l'essenziale ruolo di verifica a una Commissione nazionale (cfr. § 2).

Un ultimo rilievo a proposito delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto della procedura. La Corte ha dato una risposta chiara in relazione ai fatti anteriori alla data di pubblicazione della sentenza, affidando al giudice il compito di verificare il rispetto, ma non si è pronunciata espressamente sui casi futuri. *De iure condendo* la soluzione più equilibrata mi sembra essere quella di prevedere illeciti specifici volti a garantire il rispetto della procedura, come suggerito tra gli altri da Antonio Vallini.

6. Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma degli artt. 579-580 c.p.

(Maria Beatrice Magro)²⁸

1. La vocazione originaria dell'art. 579 C.P.

Il reato di omicidio del consenziente, quale figura autonoma di delitto, costituisce un'assoluta novità del codice Rocco. Esso è posto a tutela della vita umana, ma non dell'autodeterminazione della vittima, il cui peso - privato dell'effetto scriminante generalmente previsto per gli atti di disposizione di beni a carattere individuale - viene degradato ad elemento specializzante attenuante, senza alcuna altra specificazione in ordine alle condizioni in cui verte la vittima o il reo.

Perciò la *ratio* della norma rinvia in tutto e per tutto a quella generale sottesa all'incriminazione dell'omicidio, tanto che - si è osservato in passato - sarebbe stata più consona la collocazione come attenuante specifica dell'omicidio comune.

A dispetto di quanto si legge nella relazione ministeriale sul progetto del codice penale, in verità il *novum* legislativo non riflette l'esigenza di mitigare il rigore sanzionatorio dell'omicidio *pietatis causa*, ma piuttosto

²⁸ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

quella di correggere la troppo indulgente prassi liberale che si era diffusa nella vigenza del precedente codice, incline a punire la fattispecie concreta come aiuto al suicidio piuttosto che come omicidio. Da qui la scelta di introdurre una fattispecie speciale con una cornice edittale inferiore (da sei a quindici anni) rispetto a quella prevista per l'omicidio comune, ma leggermente superiore a quella prevista per l'istigazione o aiuto al suicidio.

Le ragioni tecnico-giuridiche dichiaratamente addotte a favore dell'attenuazione della risposta sanzionatoria sono dal Legislatore individuate nella *"indiscutibile influenza minoratrice del consenso dell'offeso sulla gravità del delitto di omicidio, sotto il profilo dell'elemento psicologico e della capacità a delinquere del reo"*.

Tuttavia, proprio queste ragioni che hanno ispirato il legislatore a riconoscere l'indiscutibile influenza attenuante del consenso della vittima sul dolo (meglio: sulla colpevolezza) e sulla pericolosità del reo, non sono così facilmente desumibili ad una attenta analisi della struttura della fattispecie astratta. Anzi, la norma sembrerebbe negarle.

Infatti, a ben vedere, l'omicidio con il consenso della vittima tratteggiato nel primo comma dell'art. 579 c.p. è totalmente avulso da qualunque contesto sociale e relazionale che ne denoti una minore gravità e pericolosità, dai motivi e dalle condizioni che inducono la vittima a prestare il consenso, dai motivi che animano l'agire dell'autore ad assecondare tale volere e che attenuano il disvalore del suo agire. Ciò che la norma punisce in modo più attenuato è – semplicemente - l'omicidio realizzato con il consenso di una persona libera, capace, perfettamente sana nella mente e nel corpo che, per qualunque motivo e in qualsiasi contesto di vita, accetti lucidamente di morire per mano altrui, prestando il suo consenso.

Ritengo che questa valorizzazione dell'autodeterminazione della vittima non sia affatto sintomatica di una minore colpevolezza o di una minore pericolosità del reo: nulla si specifica quanto alle condizioni della vittima né a quelle del reo; nulla trapela in ordine al contesto di vita - e psicologico - in cui matura questo insolito "accordo" tra autore e vittima.

Non possiamo trarre elementi che consentano di contestualizzare e ricostruire la drammaticità della vicenda umana sottesa - sintomatica di una minore colpevolezza e capacità a delinquere del reo - neppure dalla lettura del comma secondo, che pone il divieto di applicazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 c.p. (peraltro richiamato nella sua interezza, non sempre in modo pertinente), dettato unicamente dalla ragione tecnica di consentire una effettiva diminuzione della pena che non sia compensata dal bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti. La neutralizzazione delle aggravanti e l'irrilevanza di contesti di vita, compresi quelli che denotano una maggiore capacità a delinquere del reo e una maggiore colpevolezza, può spiegarsi solo assumendo una concezione pseudo-liberale in cui la autodeterminazione "autolesionista" della vittima, ferma restando la assoluta indisponibilità della vita, sia espressione di una sorta di "limitata disponibilità negoziale" che incide solo sul trattamento sanzionatorio.

Ne segue che l'omicidio del consenziente, quale figura speciale e attenuata rispetto quella comune, così come scolpito nel primo comma dall'art. 579, ben può comprendere tanto quello animato da motivi altruistici

e/o pietistici, contestualizzato in vicende di vita di “sofferenza insopportabile” del paziente affetto da patologia irreversibile, che chiede e vuole la sua morte, ormai imminente e straziante, tanto quello che si svolge in un teatro ben diverso, innescato da un’iniziativa dell’autore, mosso da motivi egoistici, di lucro, di gioco, di sfida, di onore, abietti o futili (pensiamo all’ipotesi dell’anziano che consente la propria morte per lasciare i propri beni all’erede, etc.).

Peraltro, proprio la scelta terminologico-linguistica operata dal nostro legislatore – di tipo negoziale-paternalistico - sembra supporre una sorta di “iniziativa” interessata dell’autore che propone o quantomeno **chiede** e, dall’altra parte, una mera, **passiva accettazione** della vittima, che si limita ad acconsentire al programma criminoso, senza partecipare in alcun modo alla sua ideazione (così anche relazione al Codice). Non è un caso che la giurisprudenza più tradizionale, nel tratteggiare i confini tra 580 e 579, richiedeva un ruolo attivo del reo, oltre che “*sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva*” (Cass. Sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147).

Invero, la condotta del reo sembra comprendere un *quid pluris* rispetto una mera obbediente esecuzione materiale della volontà della vittima e tratteggiare un’attività di proposta, di progettazione, di blando convincimento e suggerimento, se non ancora – ma ciò segna i labili confini di applicabilità della norma a favore della fattispecie generale – di violenza, minaccia, induzione in errore, istigazione, determinazione e persino di suggestione, a conferma dell’ipotesi ricostruttiva secondo cui la condotta del reo ben può essere animata da un interesse egoistico a cagionare la morte della vittima, a prescindere da motivi altruistici o pietistici.

Coerentemente ad una logica di formale liberismo, in omaggio ad una sorta di libertà negoziale in cui vi è una parte proponente e una parte accettante, la libertà di autodeterminazione della vittima esplica il suo effetto attenuante solo a condizione che sia espressione del suo libero arbitrio e che il consenziente non verta in condizioni di infermità di mente o di capacità cognitive e volitive affievolite. Il maggiore disvalore dell’azione connotata da violenza, minaccia, induzione in errore e suggestione, a fronte di una più compromessa autodeterminazione della vittima, costituisce il *discrimen* tra omicidio comune e fattispecie speciale, a cui si ispira il comma 3 che rinvia alle disposizioni relative all’omicidio, operando come causa di esclusione della tipicità della norma speciale e lasciando riemergere tutte le potenzialità punitive delle circostanze aggravanti previste dall’art. 61 c.p. Al di là di queste ipotesi di omicidio comune, si conferma e riacquista la sua specialità la fattispecie attenuata, che ben può essere calata in un contesto di vita connotato da un malevolo e egoistico interesse del proponente a cagionare la morte della vittima con il suo consenso.

Dunque, il quadro che si desume da queste osservazioni è abbastanza spiazzante e contraddice la vocazione pietistica -altruistica dichiarata dal legislatore dell’epoca. La norma prescinde da qualunque particolare fenomenologia di sofferenza, anzi, sembra meglio attagliarsi solo a situazioni alquanto improbabili e comunque assai lontane da quelle concernenti il tema dell’evoluzione tecnologica e delle scelte di fine vita e di autodeterminazione del paziente.

2. Segue: la cintura di protezione della vittima e le sue condizioni di vulnerabilità. I confini tra omicidio del consenziente e omicidio comune

Le disposizioni contenute nei commi 2 e 3 confermano l'ipotesi di un malevolo interesse egoistico del proponente che approfitta delle condizioni di vulnerabilità della vittima o che persino le provoca. La tecnica del rinvio alla norma generale è comune anche al reato di istigazione o aiuto al suicidio, perciò sarà utile un veloce confronto.

Sono richiamate le norme sull'omicidio comune se:

- 1) la vittima consenziente è - giustamente - indicata nel minore di anni 18 - diversamente dall'art. 580 c.p. che richiama l'omicidio solo se la vittima è minore di anni 14, mentre per i minori degli anni 18 prevede un aumento della pena base.
- 2) la vittima consenziente è "*inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica determinata da un'altra infermità o dall'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti*". Il legislatore ripristina le disposizioni dell'omicidio ogni qual volta che la manifestazione di volontà del consenziente sia viziata in conseguenza di presunzione legale o di accertamento in fatto. Anche in questo caso il raffronto con l'art. 580 è di grande utilità. Nell'art. 580 c.p. è richiamata la disciplina dell'omicidio comune se la persona è *incapace di intendere o di volere*, mentre nei casi di *infermità di mente o deficienza psichica* più blanda o atipica si prevede solo un aggravamento della pena. Il dato ci consente di ritenere che il legislatore, nell'art. 579 c.p. abbia voluto allargare la "cintura di protezione" dei soggetti vulnerabili rispetto l'art. 580 c.p., ricorrendo a un'espressione assai più generica, meno tecnica e più ampia rispetto quella di "*capacità di intendere e di volere*".

Non va dimenticato inoltre che il riferimento alle condizioni di "*deficienza psichica determinate da un'altra infermità*" sembra ampliare il rinvio alla norma generale dell'art. 576 c.p. a tutti i casi di individui consenzienti, terminali o affetti da malattie incurabili e irreversibili, trattati con analgesici narcotici, la cui qualità della vita è assai compromessa.

Infine, così come formulata, sembra che non occorra affatto verificare se il consenso della vittima sia stato condizionato o causato dallo stato cognitivo e volitivo affievolito, o sia del tutto indipendente da esso. La conseguenza è, ancora una volta, una forte mutilazione della rilevanza del consenso del paziente proprio nell'ambito dei trattamenti medici di fine vita.

- 3) Terza ipotesi di rinvio alla norma generale che punisce l'omicidio è l'ipotesi in cui il consenso sia l'effetto voluto dell'attività di coazione, convincimento, induzione, persuasione, promozione dell'autore, inclusa l'istigazione e la determinazione. Come si diceva, la condotta di suggestione apre il varco ad ogni attività persuasiva che fiacchi la volontà della vittima al punto da renderla succube (c.d. omicidio dell'apparente consenziente), la cui verifica di fatto ridimensiona fortemente l'applicazione del comma 1 dell'art. 579.

Tuttavia, proprio l'inclusione delle condotte di "suggestione" (più blande di quelle di istigazione o determinazione) sembra rimettere pericolosamente in discussione la coerenza del quadro appena tratteggiato e ridefinire i rapporti tra norma generale e norma speciale, negando l'applicazione della seconda proprio ogni qual volta vi sia stata un'attività di convincimento messa in atto dall'autore.

Il che rende la comprensione della *ratio* mitigatrice del "consenso" ancora più oscura e avulsa da qualunque contesto plausibile.

3. L' Omicidio *pietatis causa* del non consenziente

Il cd. omicidio *pietatis causa* si estrinseca nella uccisione della vittima a causa del particolare sentimento di compassione, insito nell'animo del soggetto agente, verso la condizione di profonda sofferenza della vittima, afflitta da una grave malattia degenerativa e/o particolarmente invalidante, senza il consenso di questa. In questa fenomenologia, il reo realizza la condotta omicidiaria col dichiarato fine di sottrarre la vittima ad ulteriori ed patimenti cagionati dallo stato patologico dal quale è affetta, e dunque con l'intima ambizione di strapparla ad una gratuita ed ineluttabile sofferenza.

L'omicidio *pietatis causa* non trova alcuna disciplina nel nostro sistema penale vigente.

E' infatti del tutto pacifico l'orientamento giurisprudenziale che ha negato l'applicazione dell'art. 579 nelle ipotesi di omicidio *pietatis causa* senza consenso o con il consenso erroneamente presunto, richiedendosi la prova della sussistenza di un consenso espresso validamente, serio, esplicito e perdurante (Cass. Sez. I, 13.11.2013 n. 37246; Cass, sez. I, 17.11.2010 n.43954). In ordine all'erroneo convincimento della sussistenza del consenso della vittima e alla necessità di una sua prova inoppugnabile, in quanto espressione della personale, soggettiva e insostituibile percezione della qualità della sua vita, si è pronunciata anche recentemente la Corte di Cassazione, Sez. I, 24 gennaio 2018, n. 3392.

Inoltre, nei casi di omicidio *pietatis causa* (con consenso o senza consenso della vittima) è anche controversa la compatibilità della attenuante di cui all'art. 62 n.1, la quale presuppone che l'autore abbia agito sulla scorta di uno slancio interiore reputato meritevole di tutela secondo l'etica dominante. Infatti, anche qui l'orientamento interpretativo più accreditato sostiene che, mentre il valore "morale" caratterizza quello slancio motivazionale informato ai caratteri più nobili della coscienza etica, il valore "sociale" connota un motivo reputato meritevole secondo le concezioni finalistiche che permeano la collettività. Per queste ragioni, si afferma il principio secondo cui "*Nella attuale coscienza sociale il sentimento di compassione o di pietà è incompatibile con la condotta di soppressione della vita umana verso la quale si prova il sentimento medesimo. Non può quindi essere ritenuta di particolare valore morale la condotta di omicidio di persona che si trovi in condizioni di grave ed irreversibile sofferenza fisica*".

Ciò a maggior riprova della totale irrilevanza del condizione di sofferenza in cui si trova la vittima e in generale, da particolari drammatici contesti di vita.

4. Differenze tra omicidio del consenziente e suicidio assistito.

Il confine tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene tradizionalmente rinvenuto sul piano causale, e in particolare nella misura dell'apporto causale della vittima, affinché la morte possa essere qualificata come suicidio, e non come omicidio. Questo criterio suppone una rigida e schematica ripartizione dei ruoli, in cui l'evento morte è interamente riconducibile alla condotta dell'agente nel 579, mentre all'inverso, nell'assistenza al suicidio, esso è riconducibile primariamente all'azione della medesima vittima, ove il concorrente fornisce un supporto necessario, ma non sufficiente, a cagionare la morte. Così per fare una esemplificazione, se la vittima chiede di morire e fornisce il mezzo letale ad un terzo che lo usa per cagionare la sua morte, è omicidio del consenziente, mentre se la vittima usa da sola il medesimo strumento stavolta fornito dal terzo si configura l'art. 580 c.p.

Tuttavia, è il caso di interrogarsi se, sotto il profilo del disvalore dell'azione, la scelta di morire tramite l'agire altrui non sia prossima a quella del suicidio. Se assumiamo la prospettiva di osservazione della vittima, prestare il consenso ad essere ucciso o suicidarsi potrebbero esprimere la medesima, drammatica, esperienza esistenziale. Perciò, la differenza criminologica tra cagionare la morte con il consenso della vittima e prestare assistenza materiale al suicidio si coglie solo assumendo la prospettiva del terzo osservatore, ove l'agire del reo, a parità di disvalore dell'evento (si tratta in entrambi i casi di offesa autodeterminata al bene vita), assume una diversa connotazione in forza del suo diverso contributo materiale; ma dal punto di vista soggettivo-qualitativo, ovvero dal punto di vista dell'esperienza soggettiva della vittima coinvolta nella vicenda, la distinzione sotto il profilo pratico, e in casi estremi, può essere molto flebile, soprattutto se si fa riferimento a condizioni di scarsa autonomia della vittima.

Non si può negare, dal punto di vista etico-pratico, che in un contesto fortemente medicalizzato, la distinzione tra omicidio e assistenza materiale al suicidio possa svanire: si pensi ai casi caratterizzati da una notevole frammentazione della condotta principale suicida, in cui solo l'ultimissimo atto viene realizzato in autonomia dalla vittima. E' sufficiente fornire un piccolissimo e minimo contributo, affinché la fenomenologia possa essere, francamente e senza finzioni terminologiche, qualificata come un vero e proprio suicidio? Quell'atto finale minimo, l'unico possibile ad un paziente le cui condizioni di autonomia e di comunicazione con l'esterno sono ridotte all'osso, può qualificarsi ancora come "suicidio"?

Di queste difficoltà si fanno carico alcuni sistemi giuridici che mettono a nudo la rigidità della differenziazione: ad esempio nell'ordinamento austriaco le due fattispecie di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio sono perfettamente equiparate sotto il profilo sanzionatorio (con una pena peraltro assai più mite rispetto ai livelli draconiani previsti dal codice Rocco), a conferma della indiscutibile difficoltà pratica di distinguere con precisione le due ipotesi criminose, soprattutto nei casi in cui la realizzazione causale dell'evento è talmente frammentata da rendere artificiosa la distinzione tra agire di mano propria o di mano altrui, ove il vittima

sia un paziente affetto da patologie irreversibili, ospedalizzato, dipendente da supporti artificiali, in cui manca il dominio dell'azione a causa della malattia.

5. Autodeterminazione del paziente e art. 579 c.p.: il nuovo contesto normativo.

A livello teorico, l'art. 579 ben potrebbe essere richiamato in contesti medicalizzati, qualora il processo causale che conduce alla morte avvenga per mano del medico, e il paziente consenziente sia ormai prossimo alla morte o affetto da processi patologici irreversibili, straziato da una "sofferenza insopportabile": ovvero quando a "chiedere" o a "proporre" la morte non è l'autore (il medico), ma la vittima-paziente che manifesta la propria autodeterminazione in ordine al proprio stato di salute nelle fasi finali della propria vita. Si tratta di contesti fenomenologici assai complessi, in cui è necessaria una maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, già menomata dalle condizioni di dipendenza dai supporti terapeutici (Corte cost., n.242/2019, p.4).

E' inevitabile constatare che l'evoluzione del sistema giuridico in favore di una massima esplicitazione dell'autodeterminazione terapeutica anche nelle fasi finali della vita in prossimità della morte imprime una forte deviazione all'originaria vocazione repressiva della norma, assai lontana da una prospettiva di tutela della vita umana di tipo personalistico, quale interesse volto a consentire il pieno sviluppo della persona.

Contestualizzato il frammento di esperienza umana nell'ambito dei trattamenti medici di fine vita, occorre riconoscere che la linearità del quadro normativo è ormai compromessa dall'evoluzione del diritto vivente, che ha espunto dall'ambito di applicazione della norma le ipotesi il cui la morte sia cagionata dal medico con un comportamento omissivo puro, o omissivo mediante azione, previo rifiuto di cure salvavita del paziente, annullando la distinzione tra agire e omettere. In caso di rifiuto di trattamenti medici salvavita, *ab initio* o già intrapresi, l'omicidio del consenziente non si configura, prima per l'operatività della causa di giustificazione ex art. 51 c.p., poi per dettato normativo (l.219/2017).

Ne segue che, per quanto concerne i trattamenti di fine vita, le proposte di riforma dell'art. 579 c.p. devono tenere conto dell'evoluzione normativa che ha *di fatto* delimitato l'ambito applicativo della norma alle sole ipotesi in cui la condotta del medico (omissiva pura o impropria) di interruzione di terapie salvavita, cagioni, direttamente ed esclusivamente per suo tramite, la morte del paziente che rifiuta tali cure, ove questi sia condannato ad una morte lenta e dolorosa dopo l'interruzione di terapie salvavita.

Inoltre, la specificità del contesto mal si addice al lessico tipico dell'art. 579 c.p. e all'asettico schema dello scambio tra proposta -accettazione, poiché la relazione terapeutica tra medico e paziente è improntata a principi di alleanza, comunicazione, fiducia, informazione.

Perciò l'applicazione del 579 c.p. in ambito medico può richiedere un adeguamento rispetto queste nuove realtà.

6. Lacune di tutela e identità di *ratio*: il paziente consenziente totalmente incapace di autoprocurarsi una morte immediata

A questo proposito si colloca il tema dei rapporti tra assistenza materiale al suicidio e omicidio su richiesta realizzato mediante la somministrazione di un farmaco che produca più velocemente la morte di un paziente dipendente da un sostegno vitale, sottraendolo ad una lunga agonia o ad una vita in stato di incoscienza.

Come a tutti noto, con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale ha individuato una circoscritta area di non conformità dell'art. 580 c.p. qualora la persona sia a) affetta da una patologia irreversibile b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche per lui intollerabili c) tenuta in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale, ma d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli, condizioni in cui il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio punito dall'art. 580 c.p. finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalle vita. L'esclusione della anti giuridicità della norma che punisce l'aiuto al suicidio è subordinata ai casi in cui il paziente sia dipendente da supporti artificiali che ne consentono la respirazione, l'alimentazione e idratazione artificiale, la cui autonomia fisica, assai compromessa a causa della malattia, si riduce nella facoltà ormai residua di compiere l'ultimo atto finale (ingerire il farmaco, spingere lo stantuffo, etc.) solo con l'assistenza materiale di altri e in un contesto medicalizzato.

In sostanza, pur non sussistendo un diritto a rinunciare alla propria vita, la Corte costituzionale riconosce la libertà di essere assistito al proprio suicidio ove la morte naturale sia inevitabile e dolorosa, e l'unica risposta medica alla sofferenza intollerabile sia la soluzione – non sempre e non da tutti accettabile- della sedazione terminale profonda, cioè la perdita irreversibile della coscienza per un tempo incommensurabile, in attesa della morte, ovvero in tutti i casi in cui l'interruzione di cure non determini una morte immediata, ma costringa il paziente forzatamente a quella che per lui è una "*sofferenza intollerabile*": rimanere sedato in attesa della morte naturale. La sedazione palliativa profonda costituisce un trattamento sanitario in piena regola, l'ultimo consentito quando curare la patologia non è più possibile, ma non perciò naturale e non sempre conforme con alla individuale percezione di dignità umana. Con l'attivazione di una sedazione palliativa profonda e continua, infatti, ad essere indotta è la cessazione dell'individuo, della sua capacità di relazione ed interazione con il mondo, mentre a sopravvivere, benché per poco ancora, è il mero organismo con le sue funzioni vegetative, un corpo senza coscienza fenomenica, una mente imprigionata dentro il corpo. Esigenze di ragionevolezza potrebbero indurre a ritenere che, a maggiore ragione, in caso di dipendenza totale da trattamenti di sostegno vitale, in cui al paziente manchi totalmente la facoltà materiale (e libertà) di compiere anche solo l'ultimo frammento finale della catena causale e di cooperare alla realizzazione della propria morte (per esempio sia in stato *locked -in*), ma sia in grado di comunicare ed esprimere le proprie volontà anche attraverso raffinate tecnologie, il diritto all'autodeterminazione terapeutica possa comprendere anche la somministrazione del farmaco letale, in alternativa all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale e alla sedazione terminale profonda, in attesa che sopraggiunga la morte naturale. Anche in

questi casi (come in quelli di assistenza al suicidio) l'unica risposta medica alla richiesta di aiuto sarebbe la soluzione, non da tutti accettabile, della sedazione terminale profonda, cioè la perdita totale e irreversibile dello stato di coscienza fino al momento del decesso, in associazione alla terapia del dolore e all'interruzione di terapie salvavita.

In prospettiva *de iure condendo* è possibile supporre che, nelle medesime condizioni fattuali (o persino più gravi) *latu sensu* scriminanti poste dalla sentenza della Corte costituzionale, possa essere tratteggiata una altrettanto circoscritta area di esclusione della tipicità dell'art. 579 c.p., qualora il paziente, totalmente dipendente da un supporto vitale privo di qualunque residuo di autonomia fisica, ma lucido e pienamente capace, esprima una seria e determinata richiesta affinché il medico, nell'interrompere i trattamenti di supporto vitale, somministri egli direttamente, senza co-partecipare in alcun modo alla causazione della propria morte, non essendo in grado di porre in essere neppure l'atto finale, i farmaci che provocano la morte.

7. Proposta di articolato.

In prospettiva *de iure condendo*, le scelte ipotizzabili si dirigono verso più direzioni, che prevedono la coesistenza della attuale norma, sfrondata di alcune ambiguità, ma inserita in un contesto normativo rinnovato e più sensibile alle esigenze manifestate nella prassi sia sul versante del fine vita che dell'omicidio *pietatis causa*.

- a) Innanzitutto, si potrebbe mantenere l'impianto originario della norma riservandola alla generalità di casi di consenso della vittima al di fuori di un contesto medico e di situazioni di fine vita. Mantenendo l'originario impianto, che vede l'art. 579 come una norma punita appena meno gravemente di quella dell'omicidio comune, ma comunque assai gravemente, la riscrittura dell'art. 579 impone un ampliamento della tutela delle vittime più vulnerabili, che potrebbe essere realizzato mediante una migliore descrizione della condotta del reo che comprenda ogni forma di interferenza, pressione, iniziativa, proposta, induzione, convincimento. Occorrerebbe inoltre apportare alcuni aggiustamenti volti ad ampliare al massimo la cintura di protezione dei soggetti incapaci o vulnerabili e a definire in modo più chiaro i rapporti con l'omicidio comune.

Onde evitare possibili confusioni tra norma generale e speciale, includerei nell'ambito del primo comma (cioè dell'omicidio del consenziente) tutte le condotte di "suggerione" (al limite tra una semplice richiesta o consiglio); esse dovrebbero essere espunte dal n.3 del comma 3. Verrebbero così in modo più chiaro e tassativo delineati i rapporti tra omicidio comune e omicidio del consenziente, soprattutto qualora l'autore non si sia limitato ad eseguire ciecamente la volontà di morire, ma abbia partecipato alla pianificazione del fatto.

Per contro, sarebbe invece opportuno definire in modo più tecnico le condizioni di validità del consenso, utilizzando una nozione più appropriata da sostituire a quella di “*persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica*”.

In questi termini, la norma potrebbe conservare il suo lessico e la sua generalità di applicazione.

- b) Contestualmente, con riferimento ai casi specifici di pazienti in fine vita, sarebbe opportuno introdurre una norma penale che preveda e rinvii ad una prossima normativa extrapenale di regolamentazione della giustificazione procedimentale, che ne disciplini presupposti e modalità di applicazione, alla stregua dei contenuti essenziali scolpiti dalla sentenza della Corte costituzionale in tema di suicidio assistito.
- c) Inoltre, occorrerebbe introdurre una nuova fattispecie di omicidio *pietatis causa* in totale assenza di consenso della vittima che contestualizzi in modo quanto più possibile preciso quelle condizioni di malattia grave e di sofferenze insopportabili in cui si trovi la vittima da cui scaturisce la condotta del familiare o del convivente mossa da motivi pietistici. Tale reato dovrebbe essere punito con una pena inferiore a quella dell’omicidio del consenziente, in modo che i casi giurisprudenziali di omicidio *pietatis causa* in assenza di consenso della vittima non vengano ricondotti alla norma generale dell’art. 576.
- d) Infine, per quanto riguarda il contesto dei trattamenti di fine vita e i trattamenti medico-chirurgici, in previsione dell’introduzione di una scriminante procedurale che, nel richiamare le condizioni di esclusione dell’antigiuridicità della condotta di agevolazione al suicidio posta in essere nell’ambito di un trattamento di fine vita da un medico equipari la condizione del paziente suicida dotato di una sia pur minima autonomia con quella del paziente che ne sia totalmente privo ma sia capace di manifestare la propria volontà. Si profila quindi l’idea di estendere in via normativa tutte le condizioni di giustificazione scolpite dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019 a casi eticamente identici, che verrebbero altrimenti irragionevolmente discriminati.

L’ulteriore rinvio alla futura normativa extrapenale di regolamentazione della causa di giustificazione procedimentale dovrebbe quindi concernere i casi di realizzazione della condotta di omicidio del consenziente punibile ex art. 579, qualora il paziente richiedente non sia assolutamente in grado, per le condizioni fisiche di inabilità e dipendenza in cui si trova, a realizzare neppure quel minimo atto finale che consente di qualificare, sotto il profilo giuridico, quella morte come suicidio.

In tal senso, occorrerebbe quanto meno esplicitare il requisito della richiesta espressa del paziente, che meglio descrive la fattispecie criminologica segnata da uno stato d’animo di stanchezza o rassegnazione o di sofferenza intollerabile.

6 bis - Note a margine alla relazione e proposta di articolato elaborata dalla prof.sa Beatrice Magro, avente ad oggetto le fattispecie di “omicidio del consenziente” e “istigazione o aiuto al suicidio”

(Antonio Vallini)²⁹

Condivido l’impianto di fondo della relazione di Beatrice Magro, nella quale, d’altronde, già vengono recepiti spunti e indicazioni emersi nel dibattito interno al gruppo.

Intendo, perciò, soltanto proporre brevi osservazioni con particolare riferimento all’articolato.

1. Sarebbe preferibile non descrivere direttamente nella norma incriminatrice presupposti e passaggi delle procedure che, per indicazione della Corte costituzionale, possono eccezionalmente legittimare il suicidio medicalmente assistito, e che, secondo l’opinione di Beatrice Magro, potrebbero altresì legittimare, in taluni limitati casi, forme di omicidio del consenziente. Detti presupposti e passaggi, oltre che bisognosi di essere attentamente differenziati a seconda che si riferiscano a forme di aiuto al suicidio ovvero di omicidio del consenziente (fattispecie, in realtà, non del tutto equiparabili, per ragioni non solo “fenomenologiche” ma, soprattutto, relazionali e di principio, che qui non si possono esplicitare), richiedono comunque una rimediazione ispirata da un’assunzione di responsabilità politica, particolare dettaglio, precise attribuzione di ruoli e sviluppi ben congegnati, allo scopo di garantire massima tutela a soggetti vulnerabili, aderenza alle specificità organizzative del sistema sanitario, certezze operative a chi sia coinvolto in vicende di tanta delicatezza. Una simile disciplina sembra, dunque, trovare collocazione elettiva in una “legge speciale organica”, i cui contenuti vadano ben oltre le (per forza) laconiche indicazioni della Consulta, potendo, oltretutto, variare nel tempo; legge speciale rispetto alla quale le disposizioni che incriminano l’aiuto al suicidio e l’omicidio del consenziente dovrebbero coordinarsi in virtù di una “clausola di riserva” aperta ed elastica (come, in parte, già viene proposto nell’articolato). A stretto rigore, un simile rinvio neppure sarebbe necessario, posto che detta disciplina potrebbe comunque operare come causa di giustificazione ex art.51 c.p., o – secondo altra lettura, forse preferibile – come limite sistematico di tipicità. Peraltro, chi scrive è dell’opinione che la violazione della disciplina in tema di suicidio medicalmente assistito dovrebbe tendenzialmente essere sanzionata da apposite disposizioni “a tutela di funzioni”, da inserire, anch’esse, a chiusura della “legge speciale organica” – su modello della l.194/78 – senza

²⁹ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

comportare di per sé la applicazione delle figure criminose codicistiche “a tutela di beni”, in linea di principio riferibili a situazioni e dinamiche psichiche e relazionali in radice differenti.

2. Inserire nella disposizione incriminatrice dell’omicidio del consenziente un riferimento al consenso “in qualunque modo acquisito”, significa arricchire la fattispecie di un elemento costitutivo sinora non contemplato: appunto la necessaria, consapevole e volontaria “acquisizione” del consenso da parte del soggetto attivo (non essendo immaginabile una acquisizione...inconsapevole). Tale scelta avrebbe ricadute decisive e innovative in tema di dolo, circa gli spazi applicativi della fattispecie (pur sussistendo un consenso pieno e indubbio del soggetto passivo, il soggetto attivo risponderebbe di omicidio volontario “comune”, laddove non abbia provveduto ad “acquisire” quel consenso, o qualora non ne fosse neppure consapevole), e sulla complessa questione dell’errore sugli elementi differenziali che segnano il confine tra omicidio del consenziente e omicidio. La “minor pena” dipenderebbe, dunque, da un atteggiamento supplementare, esteriore e interiore, del soggetto attivo, non dalla mera adesione del soggetto passivo alla propria uccisione, talché la ratio della fattispecie acquisirebbe una coloritura nettamente “soggettivizzante” (si punisce meno non perché il fatto è meno grave, stante l’oggettività del consenso, ma perché chi causa la morte si è procurato piena consapevolezza di quel consenso ed è dunque, in qualche modo, meno rimproverabile). Non è un’opzione per forza censurabile, ma è senz’altro netta e impegnativa, quindi, nella relazione, sarebbe forse opportuno darne conto.

Più censurabile è, forse, come nel concetto di “acquisizione in qualunque modo” sembri rientrare anche l’acquisizione mediante istigazione (eccettuato il solo caso del consenso “estorto con violenza o minaccia o carpito con l’inganno”, espressamente considerato al fine di rendere applicabile la figura generale dell’omicidio volontario); condotta che, invece, si ritiene ancora meritevole di pena quando tesa a provocare l’altrui suicidio, così da dar luogo ad una disparità di trattamento dalla dubbia razionalità.

3. Almeno rispetto alle ipotesi sub nn. 1 e 2 del riformulato art.579 c.p., bisognerebbe prevedere la possibilità di un’applicazione della nuova fattispecie di omicidio pietatis causa, ove ne sussistano i presupposti, e non necessariamente, e soltanto, della fattispecie di omicidio volontario.

4. Ho più di un dubbio riguardo all’opportunità di rendere ipso facto applicabile la figura dell’omicidio volontario quando il consenso provenga da soggetti “le cui capacità cognitive e volitive siano affievolite”, al pari di quando il consenso provenga da soggetti “incapaci di intendere o di volere”. La prima situazione rinvia ad un indefinito “qualcosa di meno” dell’incapacità di intendere e di volere, e appare troppo sfumata per poter fungere da confine di tipicità tra due fattispecie criminose. Forte il rischio che soggetti che stanno sperimentando i dolori e le alterazioni psichiche, esistenziali e percettive di un “fine vita” doloroso, o di malattie gravemente invalidanti, - cioè proprio quelle situazioni che, normalmente, stanno dietro alla richiesta pienamente consapevole di essere uccisi -

siano, per ciò soli, ritenuti affetti da un “affievolimento” delle capacità cognitive e volitive. Sappiamo a quali aberrazioni, sul piano applicativo e della risposta sanzionatoria, analoghe letture già hanno condotto de iure condito – aberrazioni che, de iure condendo, sarebbero solo in parte mitigate dalla nuova fattispecie di omicidio pietatis causa. Una possibile soluzione, su modello dell’art.609 bis c.p., sarebbe quella di precisare che il soggetto attivo debba rispondere di omicidio volontario solo qualora abbia abusato della inferiorità psichica del soggetto passivo.

7. Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p.

(Stefano Canestrari, con la collaborazione di Matteo Leonida Mattheudakis)³⁰

In alcuni settori dell’ordinamento, la responsabilità penale viene ancora oggi affermata giudizialmente in termini non compatibili con il principio di colpevolezza. Ciò è piuttosto evidente nelle pronunce sull’omicidio preterintenzionale, in cui è possibile constatare una speciale vitalità della responsabilità oggettiva, agevolmente riconoscibile anche laddove si presenti sotto mentite spoglie.

Al fine di rendere realmente rimproverabile l’imputazione dell’evento più grave di quello voluto, pare ineludibile una riforma del dato normativo, la quale potrebbe essere eventualmente estesa anche alla parte generale del codice, eliminando così la possibilità di strumentalizzare le ambiguità che finora hanno alimentato la laconica definizione di preterintenzione, sì da riconoscere apertamente la possibilità di ambientare un’imputazione colposa anche in contesti di base illeciti. Tuttavia, sembra preferibile, nel contesto di un impegno comune dedicato alla riforma della parte speciale, tradurre le nostre riflessioni in una proposta di articolato riguardante la fattispecie dell’omicidio preterintenzionale.

Il versari in re illecita doloso e il superamento dell’ascrizione etiam pro casu dell’evento diverso da quello voluto

La dottrina penalistica pare concorde nel constatare un privilegio giurisprudenziale piuttosto consolidato nei confronti della responsabilità oggettiva quale criterio di imputazione dell’evento più grave di quello voluto nelle applicazioni dell’art. 584 c.p. Nonostante la terminologia impiegata ambisca ad occultare tale privilegio,

³⁰ Marco Pelissero e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione

non sembra possibile negare che la responsabilità oggettiva venga di fatto imposta quando si afferma – così la massima dell’orientamento che pare prevalente – che «l’elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all’art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell’intenzione di risultato» (ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986).

Non può lasciare indifferenti come un simile “principio di diritto”, innanzitutto, mini in radice la sua stessa ambizione nomofilattica, in quanto affermare che «la disposizione di cui all’art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell’intenzione di risultato» significa pronunciarsi in termini che definire criptici è forse fin troppo generoso. L’equilibrismo verbale è del resto necessario per tentare di sottrarsi all’obiezione di accogliere il paradigma inaccettabile della responsabilità oggettiva. Tuttavia, è difficile non accorgersi che si tratta di un tentativo davvero debole, di mera facciata. Il velo apposto per coprire la responsabilità oggettiva in questi casi è talmente sottile che la dottrina, la quale pure esprime una pluralità di sensibilità, non esita comunque a denunciare l’ipocrisia dell’orientamento giurisprudenziale corrente, che, in definitiva, si limita – se ben si intende – a una impacciata rievocazione delle risalenti tesi del dolo misto a “colpa” in astratto, quindi a patrocinare quello che ormai è noto come un travestimento verbale della responsabilità oggettiva.

Evidentemente, non è risultato sufficiente il percorso della Corte costituzionale inaugurato nel 1988, quando con le celebri sentenze nn. 364 e 1085 si è esclusa la responsabilità oggettiva quantomeno rispetto agli «elementi più significativi della fattispecie tipica» – non può non essere tale un evento che è capace di stravolgere il *quantum* della responsabilità, determinando il passaggio da una pena che può essere anche solo pecuniaria (in caso di percosse) fino alla reclusione per 18 anni; il che fa riflettere anche sulla scarsa plausibilità di una lettura in termini circostanziali di simili fattori aggravanti – e si è denunciata chiaramente l’illegittimità dei meccanismi di responsabilità penale per cui *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*.

Ignorata è rimasta anche la più recente pronuncia n. 322 del 2007 (sulla precedente versione dell’art. 609-*sexies* c.p.), con cui la “Consulta” ha imposto all’interprete una autonoma e immediata rilettura in senso costituzionalmente conforme degli istituti tradizionalmente concepiti quali ipotesi di responsabilità oggettiva, con il solo limite della radicale inconciliabilità dell’interpretazione *secundum Constitutionem* con il testo legale. Ciò ha sortito qualche effetto quasi esclusivamente nell’ermeneusi della disciplina dell’art. 586 c.p., forse grazie al suo riferimento esplicito, per quanto controverso, alla colpa: per l’esattezza, tale riferimento («a titolo di colpa») è contenuto nell’art. 83 c.p., a cui l’art. 586 c.p. rinvia.

Nemmeno è bastata, quale elemento a cui volgere lo sguardo in una prospettiva di ragionevolezza, cioè di coerenza del sistema, la riforma dell’art. 59 c.p. del 1990, che ha imposto un’imputazione quantomeno

colposa delle circostanze aggravanti. Si tratta di un aspetto assai significativo, dal quale dedurre, a maggior ragione, la necessità di un superamento della responsabilità oggettiva per gli elementi costitutivi dell'illecito.

Quanto finora considerato fornisce inequivocabilmente la prova dell'opportunità di un intervento del legislatore, volto ad affermare realmente il principio di colpevolezza in questo contesto.

Calandosi appieno in una prospettiva *de iure condendo*, occorre dare conto dell'esistenza di una significativa divisione della letteratura penalistica sui dettagli dell'imputazione dell'evento qualificante *in re illicita* in termini compatibili con l'art. 27 Cost. Le sfumature dottrinali sono molteplici e in questa sede non è certo possibile prenderle tutte in esame, potendosi però ricondurre le posizioni che paiono oggi avere maggiore seguito a due filoni principali (entrambi autorevolmente rappresentati), senza che ciò significhi negare non trascurabili differenze di sensibilità all'interno di ciascuno dei due. Alla posizione per cui non vi sarebbero ostacoli ad ambientare in contesti intrinsecamente criminosi una vera e propria colpa generica, da accertarsi in concreto, si contrappone una linea di pensiero per cui ci si dovrebbe limitare all'accertamento di una concreta prevedibilità dell'evento da parte dell'agente, perché parlare di colpa e di regole precauzionali sarebbe inappropriato, non potendosi immaginare – si afferma – come doverose modalità caute di realizzazione di un comportamento penalmente illecito.

Non vi è dubbio che imporre al giudice un accertamento della prevedibilità in concreto dell'evento *praeter intentionem* rappresenterebbe comunque un guadagno sul piano delle garanzie rispetto all'attualità e, a ben vedere, in termini pratici, in alcuni casi cambierebbe poco rispetto ad esigere l'accertamento di una vera e propria colpa; ciò in quanto la prevedibilità dell'evento è indubbiamente uno dei fattori più importanti per l'edificazione della regola cautelare che alimenta la colpa. Tuttavia, è bene non accontentarsi di criteri di imputazione dimidiati, che rischiano di non sgombrare sufficientemente il campo da ambiguità le quali potrebbero continuare a veicolare forme di responsabilità oggettiva.

Pare in realtà possibile superare il pregiudizio rispetto all'ambientazione di regole cautelari in contesti criminosi. Non si comprende, in particolare, perché non si possa parlare di doverosità subordinata (rispetto alla radicale astensione dalla commissione dell'illecito di base) di comportamenti diversi da quelli che rendano concretamente prevedibile l'evento qualificante. Se all'agente a cui si renda prevedibile l'evento ulteriore come conseguenza della propria condotta illecita è possibile muovere un ulteriore rimprovero, significa che egli non solo poteva, ma, in definitiva, doveva comportarsi diversamente. In generale, la prevedibilità non rileva giuridicamente di per sé, ma, evidentemente, nella misura in cui alimenti una prospettiva deontica, la quale non si esaurisce nel vietare (rimanendo nell'ambito dell'omicidio preterintenzionale) condotte di percosse o di lesioni personali. Altrimenti anche il messaggio generalpreventivo sarebbe parziale e non garantirebbe quella necessaria tutela ad oltranza e quindi logicamente collegata di beni giuridici posti in contiguità sul piano offensivo.

Tra i vantaggi di un riferimento esplicito alla colpa vi è una valorizzazione dei nessi tra violazione cautelare ed evento, in particolare del criterio della necessaria congruenza tra il rischio iniziale e l'evento finale, non a caso a lungo appannato nell'esperienza giurisprudenziale di quei Paesi d'oltralpe dove in sede applicativa la mera prevedibilità è stata spesso preferita alla colpa.

Se è vero che il criterio dell'evitabilità sembra poter svolgere un ruolo piuttosto limitato *in re illicita*, al criterio dello scopo della regola cautelare si deve però prestare la massima attenzione, recependo sul punto le acquisizioni maturate nel contesto dei reati puramente colposi. Diversamente, si accrediterebbe un'affermazione della responsabilità per l'evento soltanto apparentemente colposa, in realtà carente già sul piano del fatto proprio.

Il riferimento esplicito alla colpa rappresenterebbe anche una base maggiormente adeguata nella direzione di considerare i profili di colpevolezza colposa, ancora poco valorizzati persino nei contesti leciti, nonostante la crescente attenzione della dottrina e qualche manifestazione di sensibilità al problema da parte della giurisprudenza. Si potrà al limite discutere sulle eventuali particolarità dell'atteggiarsi *in re illicita* della c.d. misura soggettiva della colpa, ma non vi sono ragioni per precluderne *a priori* un apprezzamento, che invece il criterio della mera prevedibilità, specie se ricostruito in termini particolarmente oggettivi, tende a estromettere dal giudizio.

In favore della colpa pare peraltro orientata anche la tradizione dei progetti di riforma sviluppati negli ultimi decenni, sia esplicitamente, cioè prevedendo la colpa come criterio di imputazione di conseguenze più gravi necessariamente non volute di condotte illecite dolose, sia implicitamente, cioè prendendo posizione in favore del dolo e della colpa quali unici due criteri possibili di imputazione penale.

Le condizioni che potrebbero giustificare la conservazione di fattispecie preterintenzionali e il nodo del trattamento sanzionatorio più severo di quello del concorso di reati

Quanto precede ha l'obiettivo di mettere a fuoco il generale criterio di imputazione delle conseguenze ulteriori non volute di un comportamento illecito doloso. Si tratta di considerazioni che possono essere accreditate anche immaginando l'eliminazione di fattispecie come quelle degli artt. 584 e 586 c.p., perché, in tal caso, quasi sempre l'effetto non sarebbe l'impunità per la conseguenza qualificante ma il concorso tra l'illecito doloso di base e quello anche nominalmente colposo che fa perno sulla verifica dell'evento non voluto: pensando alle più classiche conseguenze aggravanti, cioè quelle mortali o lesive, le fattispecie colpose di riferimento sarebbero quelle degli artt. 589 e 590 c.p. e la colpa sarebbe indubbiamente il criterio di imputazione degli eventi menzionati.

Non si tratta certo di negare che la colpa *in re illicita* abbia in parte una fisionomia diversa rispetto a quella che matura in contesti leciti – peraltro, pure con riferimento alle attività lecite è ormai diffusa l'idea che si debba parlare, piuttosto, di «colpe» – ma quanto appena sopra constatato evidenzia ancora una volta l'opportunità di mantenere il più possibile un aggancio alle garanzie che sono state nel tempo faticosamente sviluppate in tema di imputazione colpevole dell'evento.

La conservazione di fattispecie autonome come quella di omicidio preterintenzionale e quella di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, entrambe riconducibili a un concetto di preterintenzione in senso ampio, potrebbe essere giustificata soltanto alla condizione che nella combinazione strutturale di tali illeciti vi sia una saldatura pregnante, nel senso che il delitto doloso di base deve rappresentare un illecito di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici di elevato rango che vengono compromessi al momento della verifica dell'evento qualificante. Sulla valorizzazione di questo legame, che comunque non sostituisce ma si somma all'accertamento concreto della colpa – è bene precisarlo, onde scongiurare in radice l'equivoco che si voglia legittimare una colpa in astratto – converge peraltro anche parte di quella dottrina che pure non crede nella possibilità di edificare vere e proprie regole cautelari *in re illicita*. Si tratta, in altre parole, di un'intuizione che sembra fare emergere un'apprezzabile differenza rispetto alle ipotesi di occasionale e più "anonimo" combinarsi di un illecito doloso e di uno colposo, rendendo, in misura corrispondente, plausibile non solo il "diritto di esistere" dell'illecito preterintenzionale, ma anche l'applicazione di una sanzione più severa di quella che altrimenti deriverebbe dal ricorso alla disciplina del concorso di reati.

Una fattispecie come quella dell'art. 584 c.p. pare in ogni caso poter conservare una precisa funzione sul piano politico-criminale, nel senso di arginare gli effetti espansivi del dolo eventuale, di cui la giurisprudenza non manca di fornire esempi: si pensi alla eliminazione di ogni spazio per la colpa con previsione dell'evento. È frequente leggere massime in cui si afferma che l'omicidio preterintenzionale può trovare applicazione soltanto in assenza di qualsiasi rappresentazione della conseguenza ulteriore (così, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 12/03/2014, n. 14647).

Il trattamento sanzionatorio è comunque da ripensare, perché il massimo edittale dell'art. 584 c.p. si avvicina troppo al minimo previsto per l'omicidio doloso. Resta evidente che proporre invece di fare ricorso alla pena prevista per il concorso di reati, al di là delle problematiche legate all'individuazione della pena per una malattia la cui esatta entità è spesso oscurata dal sopraggiungere pressoché immediato dell'evento mortale, significherebbe decretare la cancellazione dell'illecito preterintenzionale; con l'esito di una prevedibile, se non "automatica", dilatazione degli spazi applicativi dell'omicidio volontario per dolo eventuale.

L'art. 586 c.p. in particolare e le (dubbe) condizioni per una sua conservazione

Parte della dottrina suggerisce un superamento dell'art. 586 c.p. È un'ipotesi che si può prendere in considerazione, così come, analogamente a quanto detto rispetto all'art. 584 c.p., si può pure pensare a una conservazione della fattispecie, ma sottoponendola a una revisione orientata da alcune specifiche istanze.

In primo luogo, sarebbe consigliabile abbandonare il rinvio alla disciplina dell'art. 83 c.p., che delinea un istituto anacronistico e quantomeno ambiguo, questo sì da eliminare senza esitazioni. I profili di ambiguità, come è noto, riguardano l'inciso «a titolo di colpa», che tradizionalmente ha consentito di leggere l'istituto come un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Nonostante ciò, va comunque dato atto alla giurisprudenza di aver consolidato un orientamento sensibile al principio di colpevolezza, in particolare a partire dalla pronuncia "Ronci" delle Sezioni unite della Cassazione del 2009, richiedendo l'accertamento di una colpa in concreto nell'applicazione dell'art. 586 c.p.

Sarebbe poi opportuno – senza nascondersi, tuttavia, la difficoltà di un simile impegno – arginare la tendenza ad una indiscriminata applicazione della fattispecie sfruttando la mancata predeterminazione dell'illecito di base. Occorrerebbe cioè limitarne l'impiego alle sole ipotesi in cui il delitto doloso di base si ponga realmente in termini di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici della vita e dell'incolumità individuale, così da esigere un legame che non sia soltanto puramente occasionale, quale invece pare essere, ad esempio, quello tra minaccia ed evento-morte involontario: come ha posto in evidenza, in effetti, una controversa vicenda giudiziale in cui all'art. 586 c.p. si è fatto ricorso a fronte del decesso di una persona anziana per lo spavento provocato dal lancio di un gavettone da parte di un vicino di casa sentitosi disturbato (Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2016, n. 47979). Come già detto rispetto all'art. 584 c.p., si dovrebbe trattare di un accertamento non già sostitutivo ma ulteriore rispetto a quello della colpa in concreto.

Alle suddette condizioni si potrebbe forse pensare di mantenere la fattispecie dell'art. 586 c.p., che avrebbe ragione di esistere soltanto se presidiata, come avviene già oggi, da una pena non eccessiva, ma comunque superiore a quella prevista per il concorso di reati; altrimenti, rispetto a quest'ultimo, essa perderebbe dignità autonoma. Resta comunque il fatto che la difficoltà di "selezionare" già in astratto le fattispecie dolose rilevanti accentua i dubbi sulla possibilità di prospettare una soddisfacente riformulazione della disposizione incriminatrice qui in discussione.

8.Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all' incolumità personale

(Giovannangelo De Francesco)³¹

Una futura riforma concernente la preterintenzione e le altre fattispecie dolose aggravate da morte o lesioni della persona offesa deve fondarsi, a mio parere, sulle seguenti linee di indirizzo:

- 1) necessità di postulare un coefficiente di colpevolezza rispetto all'evento non voluto;
- 2) identificazione di tale coefficiente con il requisito della colpa;
- 3) eliminazione del rilievo circostanziale dell'evento aggravatore;
- 4) riconduzione del trattamento penale a quello proprio di un concorso di reati;
- 5) adozione della scelta di cui al punto 4 per tutte le fattispecie, ad eccezione di quella relativa all'omicidio preterintenzionale;
- 6) espunzione dal sistema dell'art. 586 c.p.

Quanto ai punti 1 e 2, deve osservarsi che non può essere condivisa la tesi secondo la quale non si potrebbe configurare la colpa, per la ragione preminente che non sarebbe concepibile una regola cautelare per chi già versi in illecito.

In primo luogo, qualora la colpa venisse ritenuta inammissibile, si dovrebbe arrivare all'assurdo di conservare per simili casi il paradigma della responsabilità oggettiva (ed anzi, di introdurlo, anche qualora il sistema faccia attualmente richiamo all'elemento della colpa).

In secondo luogo – e soprattutto – v'è da notare come l'esclusione dell'ammissibilità di regole cautelari rischi di apparire condizionata da una pregiudiziale dommatica (quella dommatica che viene da molti ripudiata, ma soltanto quando non corrisponda alle opinioni di chi la rinnega). E la pregiudiziale risiede nel fatto che l'identificazione delle regole cautelari viene collegata al momento della tipicità, e dunque ritenuta possibile soltanto quando tali regole risultino in grado di caratterizzare le modalità di svolgimento di

³¹ Marco Pelissero e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione

un'attività. Se, viceversa, si muove dall'assunto in base al quale la colpa non può andare disgiunta dai suoi riflessi sul rimprovero di colpevolezza, niente impedisce di ricollegarla ad un atteggiamento di negligenza (et similia), ora nell'esplicazione di una qualsiasi condotta, ed ora nel fatto di non attivare i poteri-doveri strumentali di conoscenza in ordine al contesto in cui la condotta s'inserisce (come, ad es., il trascurare le condizioni del cessionario di sostanze stupefacenti, o quelle relative alla persona aggredita mediante una condotta di lesioni, o quelle della persona maltrattata o abbandonata, e così via dicendo).

Ed anzi, a ben guardare, il secondo criterio di valutazione risulta decisivo anche per la caratterizzazione di un eventuale profilo rilevante sul piano esecutivo e 'modale'. Ad es., quando si ritiene incongruo prospettare una regola del tipo "colpisci la vittima con cautela", si trascura di considerare che la colpa non si esaurisce nella mancanza di cautela, ma si accompagna necessariamente al fatto di colpire sapendo o potendo rappresentarsi il quantum di energia sprigionato dal colpo e dunque essendo in grado di prevedere l'entità delle relative conseguenze. Detto ciò, ben venga, quanto ai parametri della colpa, anche la nota chiarificazione ulteriore, secondo la quale la prevedibilità dell'esito di maggiore gravità dovrebbe essere stimata in concreto e in relazione alle potenzialità rappresentative del soggetto agente (alla luce dei parametri opportunamente tracciati dalle Sezioni Unite nella fondamentale pronuncia del 22 gennaio 2009, n. 22676).

Quanto ai punti 3 e 4, a noi sembra che il ricorso a figure di carattere circostanziale si riveli fortemente discutibile. Alcuni Autori (tra di essi, ad es., Domenico Pulitanò) hanno messo in guardia contro l'uso e l'abuso del modello circostanziale.

Nel nostro campo, tale modello presenta una duplice incongruenza.

Da un lato, esso può offrire il destro - come l'esperienza legislativa ha dimostrato - per un accrescimento oltre misura delle cornici edittali (in quanto riferite a circostanze 'indipendenti' dalla pena-base), complice anche l'influenza della categoria del 'dolo indiretto', da cui è germinata - in ossequio al sovradimensionamento del dolo del reato-base e alla relativa (e sia pur 'occulta') proiezione sugli sviluppi ulteriori - la categoria delle fattispecie dolose aggravate; non senza aggiungere che - come ha osservato Tullio Padovani - le comminatorie di pena sancite in proposito soffrono di un persistente arbitrio nel 'dislocare' i livelli di incremento sanzionatorio da fattispecie a fattispecie.

In secondo luogo, ed a fronte del rischio di soluzioni disorganiche e per lo più irragionevolmente severe, si ripropongono i ben noti pericoli derivanti dal regime di 'bilanciamento' tra circostanze, risultando questo

foriero di un possibile stravolgimento delle scelte punitive ad opera del giudice, con conseguenti disparità di trattamento o comunque frequenti 'abbattimenti' dell'entità delle pene, in ispregio, non di rado, dell'importanza degli interessi in gioco.

E' ben vero, d'altronde, che anche la previsione normativa dell'art. 69 c.p. andrebbe ripensata, allo scopo di limitarne il ruolo incentivante rispetto ad un'incontrollata 'politica penale giudiziaria'. Ma, ancor prima di domandarsi se si debba procedere ad una riforma globale (addirittura, in ipotesi, ad una radicale soppressione del meccanismo di bilanciamento), ovvero ad un'estensione delle 'deroghe' alla suddetta previsione generale (non senza, tuttavia, interrogarsi in merito alla ragionevolezza della portata settoriale delle eccezioni introdotte), sembra davvero miglior partito quello consistente nel fare ricorso alle regole stabilite per il concorso di reati, oltre tutto con il vantaggio di esaltare il riferimento alla colpa come criterio di attribuzione del (fatto produttivo) del risultato ulteriore.

Volgendo infine lo sguardo al punto 5, sembra di dover dire come la soluzione incentrata sul concorso di reati potrebbe dar luogo ad alcune difficoltà, laddove s'intendesse farne comunque applicazione anche all'omicidio preterintenzionale.

Ed invero, è difficile negare come una soluzione del genere presti il fianco all'obiezione secondo la quale gli eventi di lesione e di morte configurano (almeno a certe condizioni) due risultati tra loro incompatibili.

La riflessione in merito a tale circostanza si rivela a tutt'oggi carente dei necessari approfondimenti; un deficit, a ben guardare, che risulta debitore della tendenza più generale ad attribuire un'importanza marginale (se si eccettua il revival del principio del *ne bis in idem*, ma in un'ottica ancora lontana da un reale impegno teorico-scientifico) allo studio sistematico del concorso di norme penali, nonostante l'indiscutibile centralità di una siffatta problematica. Il che non significa, beninteso, che tale problematica possa oggi fare a meno di essere opportunamente rivisitata ed 'aggiornata' (si pensi, proprio ai nostri fini, al progressivo tramonto di modelli normativi a base dolosa, ma qualificati dalla rilevanza oggettiva di eventi ulteriori, come tale destinata ad incidere indefettibilmente sulle relative fattispecie), come si cercherà anche noi di fare in questa sede, nei limiti delle nostre competenze e dello spazio disponibile.

Orbene, e per comprendere i termini del problema, non sembra inutile muovere, anzitutto, da un breve sguardo alla relazione sistematica tra la fattispecie di lesioni personali e quella che incrimina il delitto di percosse (e salvo quanto si dirà tra breve circa un eventuale superamento dell'autonomia di tale figura). In proposito, deve notarsi, per vero, come le fattispecie in questione si rivelino perfettamente compatibili, non

essendovi alcun ostacolo ad ipotizzare l'esistenza di un concorso tra una condotta violenta e l'esito della malattia, di cui la lesione consta. In particolare, l'inciso contenuto nel primo comma dell'art. 581 c.p., il quale viene ad impedire la coesistenza tra i due reati, lungi dal presupporre un rapporto d'incompatibilità, si spiega avendo riguardo alla scelta del secondo comma del medesimo articolo, la quale è volta ad escludere l'autonoma rilevanza delle percosse, nei casi in cui la 'violenza' concorra a formare una diversa fattispecie atta ricomprenderla: nel senso che, risultando in tal modo sancito l'assorbimento delle percosse in un reato a base violenta, si sarebbe allora potuto dubitare, in mancanza di detta clausola, circa l'impunità delle percosse che fossero state causa di lesioni personali, non figurando come elemento essenziale di queste l'elemento della violenza.

D'altra parte, e per motivi specularmente antitetici, niente può impedire che la fattispecie dell'art. 581 possa coesistere con quella di omicidio (salva, in caso di dolo rispetto a tale delitto, la necessità di un chiarimento ulteriore circa il tipo di concorso); mancando l'esclusione esplicita della fattispecie sulle percosse, non sussistono, invero, ragioni ostative del tipo di quella che la clausola ora ricordata impone di rispettare. Né, peraltro, appare inconcepibile (al di là di quanto statuito dall'art. 584 c.p.) un concorso tra percosse ed omicidio colposo, come pure tra percosse e lesioni colpose.

Nell'ambito della preterintenzione – una volta ch'essa venga 'risolta' in un concorso di reati – non sembra invece ragionevole ipotizzare in ogni caso un concorso tra lesioni ed omicidio colposo, dato che i due esiti, per l'appunto, potrebbero rivelarsi tra loro incompatibili, a prescindere dalla differenza tra i titoli di responsabilità. Si faccia l'ipotesi in cui la vittima abbia subito una ferita. Ebbene, avendo riguardo alle ipotesi codicistiche in cui il tipo di lesione viene apprezzato sulla base della 'durata' della malattia, quale di dette ipotesi dovrebbe venire imputata in concorso con l'omicidio colposo? Più in particolare: sarebbe davvero plausibile ritenere che, essendo la morte sopravvenuta in tempi ravvicinati, debba applicarsi la figura delle lesioni nella sua forma più lieve (od al limite, quella sulla percosse), non avendo la malattia avuto modo di svilupparsi?

Diverso potrebbe risultare il quadro d'insieme, qualora, sulla scia di altri ordinamenti (come accade, almeno in parte, in Germania, Spagna o Portogallo), l'offesa all'incolumità della vittima venisse concepita (unificando, altresì, percosse e lesioni e prevedendo una pena congruamente elevata) alla stregua di una condotta rivolta in danno dell'integrità personale del destinatario, prescindendo dal richiamo indefettibile ad una malattia e alla durata di questa; potendosi, inoltre, fare eventualmente ricorso alla previsione di una

figura criminosa più grave, opportunamente riformulando rispetto al caso di specie l'ipotesi (evocata dall'attuale art. 583) che sussista un pericolo per la vita della persona offesa.

Resta tuttavia da considerare che la previsione di un'unitaria fattispecie preterintenzionale si presta forse (diciamo 'forse', perché anche la scelta a favore del concorso non potrebbe, a questo punto, ritenersi improponibile) a corrispondere in maniera più adeguata alle valutazioni inerenti al contesto complessivo della vicenda lesiva. In effetti, una volta definito opportunamente il fatto-base, il significato di tale vicenda sembra pur sempre debitore della possibilità di cogliere un nesso particolarmente stringente tra tale fatto e la causazione della più grave offesa (ossia, la morte), in presenza di una concreta prevedibilità della sua verifica. Il che non impedisce, peraltro, che il carattere 'unitario' della fattispecie possa pur sempre ammettere una graduazione del relativo disvalore in ragione di ulteriori valutazioni 'interne' alla medesima. Ad es., è difficile negare come, quanto più intenso venga a presentarsi il livello dell'aggressione, tanto più agevole possa risultare il riscontro circa la prevedibilità – e la maggior prevedibilità - rispetto al risultato ulteriore prodottosi; come pure è evidente che tale incremento di disvalore non potrà non derivare anche dal fatto che il colpevole abbia intenzionalmente perseguito un'offesa di particolare gravità (ad es., nelle forme della perdita di un arto, di gravi mutilazioni, dello sfregio arrecato mediante sostanze ad alto potenziale distruttivo), non essendo possibile trascurare il più accentuato livello di rimproverabilità insito nella finalità di incidere in maniera ancor più penetrante sulla salute della vittima. Ne discende, come necessaria conseguenza, che dell'insieme di tali possibili circostanze non si potrà non tener conto in sede di comminatoria edittale per la fattispecie di omicidio preterintenzionale: nel senso che – pur riconoscendo il carattere eccessivo della misura attuale delle pene, e pur dando ormai atto di un'intrinseca 'coesistenza' tra un fatto doloso ed uno colposo (come tale, non più oggetto di una sorta di 'dolo presunto', quale quello all'origine della figura) – non si potrà evitare di configurare la cornice sanzionatoria in modo tale da renderla sensibile alle variazioni di cui si è detto, in vista di un adeguato 'dosaggio' della pena da applicare in concreto.

Alla luce del quadro complessivo finora delineato, pare dunque giustificata la scelta, contenuta nell'articolato che si propone, incentrata sul richiamo ad uno stretto nesso di collegamento tra una condotta violenta – che, per salvaguardare più rigorosamente l'autonomia della figura, dovrebbe ritenersi comunque realizzata (e non solo tentata) – e lo sviluppo ulteriore non voluto, alla stregua di una (ovviamente concreta) prevedibilità del medesimo sulla base di quella violenza; prevedibilità che, peraltro, non implicherà come tale il definitivo riconoscimento dell'imputazione del risultato ulteriore, nel senso che, come si è detto fin dall'inizio, ad essa dovrà comunque accompagnarsi un coefficiente di colpa, al fine di non lasciare nell'ombra il momento 'personale' del contesto cognitivo riferibile all'agente, modellando anche su questo il potere di 'signoria' sull'evolversi dell'accadimento lesivo.

Quanto osservato finora dovrebbe dunque valere con riferimento ai casi in cui l' 'intera' fattispecie debba essere imputata. Nei casi in cui, viceversa, manchi in ogni caso la colpa, la responsabilità dovrebbe

necessariamente riguardare la sola fattispecie di lesioni. E qui, l'importanza di un'opportuna riforma della medesima – nei termini poc'anzi delineati – non può non tornare a riproporsi: una riforma che, tra l'altro, potrebbe tradursi nella previsione, accanto al reato-base, di autonome e più gravi fattispecie di lesioni, con l'aggiunta, eventualmente, di ulteriori elementi 'di contesto' (come quelli evocati dalla norma sulle lesioni 'pericolose' di cui al par. 223a StGB) atti a rendere più severa la risposta sanzionatoria (senza che ciò debba implicare, sia detto chiaramente, alcuna 'presunzione di colpa' rispetto all'evento più grave).

Sarebbe certo eccessivo impegnarsi in una simile riforma, (soltanto) in vista dell'esigenza di armonizzarla (magari, per fini 'occulti' di prevenzione generale) con l'eventualità che dell'evento-morte il soggetto non debba rispondere. Ma – occorre ribadirlo – dovrebbe già bastare la circostanza che altri sistemi adottino una disciplina meno complicata e tortuosa rispetto a quella del nostro codice; una disciplina che dovrebbe, in effetti, contribuire a sciogliere il groviglio interpretativo che – ben prima delle 'interferenze' con la preterintenzione – continua ad affliggere le disposizioni attualmente in vigore.

Per concludere con il punto 6, soltanto due parole sull'art. 586 c.p. Premesso che appare condivisibile il richiamo (pur se implicito) alla disciplina sul concorso di reati – e che a tal fine il rinvio all'art. 83 sarebbe comunque da eliminare (come da eliminare sarebbe la stessa disposizione, ormai del tutto inutile e fuorviante, sull' aberratio delicti) – non ci si può nascondere, tuttavia, come la previsione di pene aggravate per le lesioni o l'omicidio risenta ancora dell'influenza giocata dalla volontà colpevole alla base del delitto da cui l'esito ulteriore è derivato. Se sono vere tali premesse, è allora difficile negare che la previsione in esame si riveli fundamentalmente anacronistica; e che essa, per di più, soffra dell'eccessiva ampiezza dei fatti dolosi suscettibili di generare la responsabilità aggravata per la morte o le lesioni, essendo questa suscettibile di incentivare l'affermazione di una colpa ex illicito disancorata da una valutazione in concreto dei presupposti di riconoscibilità del pericolo dell'evento non voluto.

9. Progetto di riforma dei delitti di lesioni

(Annamaria Peccioli)³²

Premessa

La progettazione di una revisione del catalogo e della disciplina della sistematica dei delitti di lesioni dolose deve necessariamente confrontarsi con le problematiche che le fattispecie nell'odierna formulazione (anche a seguito del provvedimento della legge 69/2019) hanno sollevato e a cui la giurisprudenza ha tentato in talune occasioni di dare soluzione nel silenzio del legislatore.

Tre sono gli aspetti da tenere sotto la lente di ingrandimento in una prospettiva di riforma: la definizione di malattia (da cui dipende anche la linea di demarcazione rispetto alla fattispecie delle percosse e il corretto inquadramento della natura giuridica delle lesioni gravi e gravissime), il regime di procedibilità delle lesioni comuni e, da ultimo, il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti.

La nozione di malattia

Secondo l'art. 582 c.p. l'elemento oggettivo della figura criminosa in esame consiste nel cagionare una lesione da cui deriva una malattia. Secondo il tenore letterale sembrerebbe doversi ritenere che due siano gli eventi naturalistici: in una prima fase una lesione come conseguenza della condotta umana; in un secondo momento, una malattia quale conseguenza della lesione. A bene vedere il delitto in esame non ha due eventi, ma uno soltanto: la malattia. La lesione non può essere considerata un evento, ma unicamente il *nomen iuris* tradizionale del reato che inopportunamente è stato introdotto nella definizione della figura criminosa. In considerazione del fatto che la componente violenta non è elemento necessario ai fini della configurabilità della lesione, il riferimento ad essa nella definizione del reato non pone in essere un ulteriore elemento strutturale oltre la condotta umana. Si deve ritenere, pertanto, che nella formula legislativa l'espressione «cagionare una lesione da cui deriva una malattia» equivalga a «produrre in qualsiasi modo una malattia».

Non si rinviene una definizione legislativa dell'evento **malattia**, che, come è noto, contraddistingue sul piano oggettivo le lesioni rispetto alle percosse. In un primo momento la giurisprudenza aveva delineato un concetto estremamente ampio di detto evento con il risultato di dilatare lo spazio del delitto di lesione a scapito delle percosse. Si considerava, infatti, malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali (in tal senso fra tutte Cass., sez. V, 30 settembre 2009, n.38828 che considerava lesione anche un semplice urto o ancora Cass., Sez. IV, 19 dicembre 2005, n.2433 che riconduceva all'evento malattia anche le mere ecchimosi).

³² Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

L'orientamento, ad oggi dominante, condiviso dalle Sezioni Unite (Cass., Sez.Un., 18 dicembre 2008 -21 gennaio 2009, n. 243 , in tema di rilevanza penale dell'intervento chirurgico con esito fausto eseguito in assenza di consenso) ha rimodulato la nozione di malattia, limitandola, correttamente, a quelle ipotesi in grado di provocare un'alterazione funzionale dell'organismo. Pertanto si ritiene che la malattia consista in quel *processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina una apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo*. Se il processo morboso investe l'organismo fisico, si ha quella che il codice chiama « malattia nel corpo »; se investe l'organismo psichico, determinando un turbamento nelle funzioni dell'intelletto o della volontà, si ha « malattia nella mente ».

Pertanto ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica (che possono anche mancare) bensì solo quelle da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso oppure la significativa compromissione delle funzioni dell'organismo ancorché non definitiva (come bene evidenziato da Cass. 14 maggio 2019, n. 33492).

A titolo esemplificativo rientrano nella nozione di malattia (Cass., 18 maggio 2015, n.34390) l'acufene quando il disturbo ,caratterizzato dalla percezione di suoni non legati a stimoli esterni, è in grado di alterare funzionalmente l'organismo o ancora la cervicalgia (Cass., 18 maggio 2015, n. 34387) in quanto dolore localizzato nella parte posteriore del collo che comporta sofferenza, ridotta motilità del collo e alterazione funzionale dell'organismo)

Non dovrebbero rientrarvi neppure le ecchimosi, dipendenti dalla rottura di vasi sanguigni, perché esse non determinano una menomazione funzionale dell'organismo degna di rilievo.

La definizione della malattia quale alterazione anatomica e funzionale consente di superare definitivamente quell'interpretazione in base alla quale tra le ipotesi contemplate nell'articolo successivo vi siano alcune che possano presentarsi anche senza il tramite di una malattia, come ad esempio il n. 1 della prima parte dell'art. 583, il quale prevede, fra l'altro, l'ipotesi che dal fatto derivi « una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni ». La disgiuntiva « o », che figura nel testo della norma, sembra ad una prima lettura evidenziare che l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni possa essere intesa come qualcosa di diverso ed alternativo rispetto alla malattia: tale interpretazione induceva a considerare le ipotesi stesse come forme autonome di reato in assenza di un rapporto di specialità tra l'art. 582 c.p. e l'art. 583 c.p. Alla luce dell'interpretazione ad oggi prevalente in giurisprudenza in relazione ai tratti identificativi della nozione di malattia l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni può essere intesa quale “deriva funzionale” di un processo patologico che si distingue dalla malattia di cui all'art. 582 c.p. per la durata .

In una prospettiva *de iure condendo* si potrebbe suggerire di modificare il tenore della circostanza aggravata di cui all'art. 583 c.p. n.1 eliminando la disgiuntiva “o” che separa la malattia dall'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni sostituendola con la congiunzione “e”. Inoltre si potrebbe suggerire di

eliminare nel primo comma dell'art.582 c.p. sul modello del progetto della Commissione Pagliaro in cui all'art.59 - il riferimento al doppio evento lesione e malattia, con la contestuale introduzione di una definizione espressa di malattia quale *“processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina una menomazione funzionale”*.

L'introduzione di una nozione di malattia con l'indicazione della necessità di una *“ricaduta di ordine funzionale”* consentirebbe di distinguere sul piano qualitativo le diverse offese all'incolumità fisica senza rendere più sovrapponibili i delitti di lesioni e percosse. Verrebbe, pertanto, esclusa quell'interpretazione che in qualche, seppur isolata, pronuncia è emersa nella giurisprudenza di legittimità, che, in maniera non convincente, ha affermato l'unicità del dolo di lesioni e di percosse. Tale soluzione sembra, ad oggi, essere legittimata anche dalla giurisprudenza più recente (Cass., sez. II, 21 febbraio 2019, n. 22534) in base alla quale le lesioni si configurano solo nelle ipotesi di superamento della mera ed eventuale sensazione dolorosa tipica delle percosse, determinando un'alterazione delle normali funzioni fisiologiche dell'organismo, che richiede un processo terapeutico e specifiche cure mediche.

Inoltre la previsione di una *“deriva funzionale “* quale requisito espresso di fattispecie rappresenterebbe un dato normativo stringente a cui potrebbe far riferimento la giurisprudenza che, talvolta, nonostante la pronuncia delle Sezioni unite del 2008, ha continuato a considerare malattia la mera alterazione anatomica.

La procedibilità dei delitti di lesione dolosa

Un ulteriore aspetto da considerare in una prospettiva *de iure condendo* è l'eventuale ripensamento del regime di **procedibilità** dei delitti di lesione: sarebbe auspicabile l'estensione della procedibilità a querela anche all'ipotesi di lesione comune di cui al primo comma dell'art. 582 c.p. La variazione del regime di procedibilità a querela si inserirebbe nella logica che aveva giustificato la **L. 24 novembre 1981, n. 689, che** aveva mutato l'originario regime di procedibilità delle ipotesi di lesioni originariamente perseguibili d'ufficio, posti a tutela di interessi di natura privata, con l'effetto di ricollocarne il relativo disvalore sul piano dei rapporti tra privati.

Sul punto interessanti sono gli spunti offerti dai lavori della **Commissione Fiorella** per la revisione del sistema penale che in un'ottica di deflazione del sistema processuale progettava un ampliamento delle ipotesi incriminatrici di parte speciale assoggettate al regime della procedibilità a querela di parte. Come ben sottolineato dalla Relazione la procedibilità a querela rappresenta un punto di equilibrio e di mediazione fra due esigenze contrapposte: da un lato, quella di scongiurare che, nel rispetto del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, si determinino automatismi sanzionatori che impediscano qualsiasi possibilità di selezionare la punibilità dei fatti realmente offensivi e meritevoli di tutela penale; dall'altro, quello di far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole onde evitare che restino

impuniti fatti comunque lesivi di beni primari o che resti frustrata l'esigenza di ristoro, anche morale, della vittima del reato.

Ampliando la procedibilità a querela si può ottenere anche l'effetto secondario ma non meno importante, in una logica di riduzione dei carichi processuali, di favorire le ipotesi conciliative che spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio. A modello dell'art. 5 dell'articolato della Commissione Fiorella si potrebbe prevedere che nel secondo comma dell'articolo 582 del codice penale, le parole «Se la malattia ha una durata non superiore a venti giorni e non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585» siano sostituite dalle seguenti: «Se non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585»." La *ratio* è quella di estendere la logica dell'"azione" privata in relazione al livello della gravità sostanziale della lesione, procedendo in una logica di progressione rispetto all'intervento già operato dal legislatore del 1981.

In quest'ottica può ritenersi un'occasione mancata in merito all'estensione della procedibilità a querela il Dlgs. 36/2018. La legge Orlando (L.103/2017) all'art.1 comma 16 lett.a e b aveva delegato il Governo ad adottare decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio qualora, tra l'altro, la persona offesa sia incapace per età o per infermità.

In sede di attuazione della delega si è ritenuto di mantenere, invece, la procedibilità d'ufficio per le ipotesi di lesioni volontarie a cui segua una malattia superiore a venti giorni ma inferiore o uguale a quaranta sulla base di un'erronea interpretazione delle ipotesi di incapacità ed infermità- Infatti l'esclusione per i casi di incapacità avrebbe dovuto riguardare le ipotesi in cui detta condizione sia preesistente o indipendente dall'evento lesivo.

La modifica del regime della procedibilità delle lesioni potrebbe giustificare un ripensamento in merito alla natura giuridica delle attuali ipotesi aggravate di cui all'art. 583 c.p che potrebbero essere trasformate in autonome ipotesi incriminatrici: una tale opzione interpretativa deve essere ovviamente coordinata con un eventuale ripensamento della disciplina generale delle circostanze del reato.

Il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti

Con la legge 69 del 2019 il legislatore ha ampliato il catalogo delle norme incriminatrici dei delitti di lesioni dolose. A dimostrazione che nessun elemento è per definizione circostanza aggravante o elemento costitutivo di fattispecie, l'originaria circostanza aggravante della lesione gravissima rappresentata dallo sfregio permanente e dalla deformazione del viso (art.583, secondo comma, n.4 c.p.) è stata trasformata in un reato autonomo (art.583 *quinquies* c.p.). La modifica appare giustificata dall'intento di inasprire il

trattamento sanzionatorio di ipotesi ritenute di particolare allarme sociale attraverso la previsione di una sanzione più severa (reclusione da otto a quattordici anni) rispetto al passato (reclusione da sei a dodici anni), che si riflette anche sui tempi di prescrizione, e, soprattutto, attraverso l' esclusione dal giudizio di bilanciamento (l'ipotesi circostanziale pregressa, in linea astratta, avrebbe potuto essere dichiarata soccombente o al limite equivalente ad eventuali circostanze attenuanti). In una prospettiva *de jure condendo* si ritiene di non suggerire alcuna modifica in merito alla previsione dell'autonomia della fattispecie incriminatrice dello sfregio e della deformazione.

Ulteriore elemento di distinzione rispetto alla disciplina pregressa è rappresentato dal profilo soggettivo in quanto ad oggi il soggetto attivo deve rappresentarsi e volere (anche a titolo di dolo eventuale) la realizzazione dello sfregio o della deformazione. Mentre prima, alla luce del regime di imputazione delle circostanze aggravanti *ex art. 59 c.p.* , lo sfregio poteva essere voluto o al limite imputato al soggetto solo a titolo di colpa, da intendersi quale sviluppo logicamente prevedibile ed evitabile di un contesto aggressivo doloso. L'intervento legislativo con la contestuale abrogazione della previgente aggravante ha, però, comportato un problema di ordine sistematico dal momento che nel caso di ipotesi di sfregio (o deformazioni) non voluti ma scaturiti da una colluttazione dolosa l'unica norma applicabile sarà pertanto l'ipotesi di lesioni gravi con una notevole diminuzione del trattamento sanzionatorio e la contestuale applicabilità della disciplina del bilanciamento: ciò rappresenterebbe un effetto preterintenzionale della riforma e di segno diametralmente opposto rispetto ai propositi del legislatore del 2019. Inoltre il legislatore del 2019 non ha introdotto nell'art- 590 (lesioni personali colpose) alcun riferimento all'art. 583 *quinquies* c.p. : si potrebbe, in una prospettiva *de lege ferenda*, suggerire l'introduzione di un nuovo comma nell'art. 590 relativo allo sfregio *colposo*.

La fattispecie ricalca, sul piano oggettivo, l'originaria ipotesi circostanziata senza la previsione di una differenziazione sul piano della risposta sanzionatoria per le due forme lesive. Come emerge dalla giurisprudenza, seppur non particolarmente ampia sul punto, lo sfregio e la deformazione si presentano in un rapporto di progressione sul piano dell' intensità offensiva . Lo sfregio rappresenta l'ipotesi di minor disvalore che comporta un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, con effetto sgradevole o d'ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità; la deformazione rappresenta, invece, l'evento più grave e si realizza quando il turbamento irreversibile dell'armonia del viso si attesta su un livello superiore (Cass., 18 aprile 2016, n. 21394; Cass., 7 ottobre 2014, n.5326; Cass., 16 giugno 2014, n. 32984). Attualmente la distinzione della dimensione offensiva delle due ipotesi è rimessa alla scelta discrezionale del giudice nella fase di commisurazione giudiziale della pena.

Sul piano oggettivo la fattispecie di nuovo conio riproduce l'ambigua e criticabile formulazione dell'art. 582 c.p. con l'indicazione di una duplicità apparente di eventi naturalistici.

In una prospettiva *de jure condendo* sarebbe auspicabile oltre ad una differenziazione del trattamento sanzionatorio in considerazione della diversa gravità offensiva dello sfregio e della deformazione e all'eliminazione del riferimento all'ambiguo doppio evento,

Suggerimenti per una riforma dei delitti di lesioni: una prospettiva comparata

E' possibile ricavare alcune suggestioni per la revisione progettuale della disciplina vigente delle lesioni dolose da uno sguardo alla normativa di alcuni ordinamenti dell'Unione europea. Particolarmente rigorosa è la disciplina prevista dal *Code pénal* francese che prevede due diverse forme di lesioni in scala di gravità distinguendo in due ipotesi incriminatrici (art.222-9 e art. 222-11) la violenza che comporta mutilazioni o invalidità permanente (per cui è prevista la reclusione di dieci anni e una multa di centocinquanta mila euro) e quella che ha produce una totale incapacità di lavorare per un tempo superiore ad otto giorni (per cui è prevista la reclusione di tre anni e una multa di 75.000 euro).

I successivi artt. 222-10 e 222-12 prevedono un regime sanzionatorio aggravato (anche recentemente modificato da *Loi n. 2018-703*) quando la violenza è commessa su particolari soggetti (minore di quindici anni, persona di particolare vulnerabilità per ragioni di età, malattia, infermità, disabilità fisica o mentale o gravidanza, ascendente legittimo o naturale o su padre o madre adottivi, pubblico ufficiale); quando la lesione venga commessa dal coniuge o dal convivente della vittima; con premeditazione o agguato oppure con l'uso o la minaccia di un'arma o, ancora, da più persone riunite. Ulteriori aumenti di pena sono previsti nel caso in cui la violenza sia commessa su un minore di quindici anni di età da un ascendente legittimo, naturale o adottivo o da qualsiasi altra persona che abbia autorità sul minore (lett. a) oppure mentre un minore è presente (cd. violenza assistita) ed è commesso dal coniuge o dal partner della vittima o dal partner collegato alla vittima da un patto di solidarietà civile (lett.b). Completa la disciplina, infine, la previsione del terzo comma dell'art. 222-10 che rende inapplicabile ai fatti di lesioni gravi o permanenti le previsioni di cui all'art. 132-23 del *Code pénal*, in base alle quali la persona condannata non può beneficiare, durante il periodo di carcerazione, delle sospensioni e della liberazione condizionale della pena o ai permessi premi o di lavoro. L'art. 222-13 prevede, infine, la rilevanza penale delle lesioni lievissime nel caso in la violenza comporti un'incapacità lavorativa di soli otto giorni o nessuna deriva funzionale.

Il sistema francese si caratterizza per un estremo rigorismo sanzionatorio e per un catalogo estremamente ampio di fattispecie speciali aggravate (che corrispondono ad ipotesi che nel nostro ordinamento sono inserite in disposizioni circostanziali anche di parte generale). Si sottolinea come non trovi espressa previsione l'autonoma incriminazione della deformazione e dello sfregio che rientrano , pertanto, nell'ipotesi base (di maggior disvalore offensivo) dell'art. 222-9. Un ulteriore indice del rigorismo sanzionatorio della disciplina francese è rappresentato dalla circostanza che, diversamente dalla disciplina

italiana (alla luce dell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione) viene prevista anche la rilevanza penale delle condotte lesive prive di una ricaduta funzionale.

Il *Codigo penal* spagnolo disciplina le lesioni nel Titolo III del Libro II (come recentemente modificato dalla *Ley Orgánica* 1/2015 e dalla *Ley Orgánica* 2/2019) agli artt. 147-156. Analogamente al codice penale italiano le lesioni vengono classificate come quei comportamenti in grado di incidere negativamente sull'integrità o sulla salute fisica o mentale di una persona: si specifica, peraltro, che possono assumere rilevanza penale solo quelle lesioni di una particolare dimensione offensiva, ossia quelle che richiedono oltre ad una prima assistenza un trattamento medico o chirurgico.

Gli artt.148 – 151 prevedono un innalzamento del trattamento sanzionatorio, tra cui si può ricordare il primo comma dell'art-149 che contempla la 'grave deformità', prevedendo la pena della reclusione da sei a dodici anni. L'art. 150 stabilisce che chiunque cagiona la perdita o rende inutile un organo o un arto non principale, o una deformità, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

La disciplina tedesca delle lesioni dolose è contenuta nei paragrafi 223-228 StgB. Il paragrafo 223 sanziona con la reclusione non superiore ad anni cinque chi aggredisca o danneggi la salute di una persona. I paragrafi 224- 225 contemplano una serie di circostanze aggravanti e il paragrafo 226 disciplina le lesioni gravi sanzionando con la reclusione da uno a dieci anni la lesione che cagiona una perdita di uno o entrambi gli occhi, del linguaggio o della capacità riproduttiva (comma 1, n. 1), la perdita o l'utilizzabilità permanente di arto (comma 1, n. 2), oppure quando il fatto cagiona un significativo e permanente deturpamento (comma 1 n. 3). Il secondo comma prevede che la pena non possa essere inferiore ai tre anni quando la lesione, nei casi previsti dal n. 1, sia commessa intenzionalmente o consapevolmente La disposizione di cui al comma successivo stabilisce, nei casi meno gravi di cui al paragrafo 1.1, la pena detentiva da sei mesi a cinque anni.

10. Intervento medico in assenza di consenso

(Marco Pelissero)³³

SOMMARIO: 1. La ricognizione delle questioni emerse nella prassi applicativa; 2. Progetti di riforma; 3. Profili di diritto comparato; 3.1. Francia; 3.2. Germania; 3.3. Spagna; 3.4. Austria; 3.5. Portogallo; 4. Proposta di riforma.

³³ Stefano Canestrari, Luciano Eusebi, Antonio Vallini e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione

1. La ricognizione delle questioni emerse nella prassi applicativa.

Il consenso informato in ambito medico costituisce da tempo il perno centrale della relazione medico-paziente, capace di assolvere ad una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative» (Corte cost. 438/2008). Questa centralità presenta precisi referenti costituzionali (artt. 2, 13, 32 Cost.) ed è stata valorizzata *in primis* dalla giurisprudenza, che considera il consenso come condizione di liceità dell'intervento medico (giurisprudenza costante: v. Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi), e, più recentemente, è stata recepita dal legislatore nella L. 22 dicembre 2017, n. 219, intitolata appunto "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*" il cui art. 1 stabilisce che «la presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Il consenso diventa elemento imprescindibile all'interno della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente (v. art.1, comma 2 della stessa legge).

Il legislatore, pur valorizzando il consenso informato, la cui assenza impedisce al medico di iniziare o proseguire un trattamento sanitario, non ha disciplinato i casi, che pur si sono presentati nella prassi applicativa, dell'intervento medico arbitrario, ossia praticato in assenza o contro la volontà del paziente. Dottrina e giurisprudenza hanno proposto una pluralità di soluzioni, dalla più severa (omicidio preterintenzionale) alla meno severa (irrilevanza penale del fatto), per passare a soluzioni che potrebbero essere considerate "mediane" quanto ad effetti sul piano sanzionatorio (art. 610 c.p. ed eventuale applicazione dell'art. 586 c.p.). I diversi inquadramenti giuridici riflettono anche la diversità delle questioni concrete che si possono porre nella prassi.

La questione centrale e dirimente ai fini di qualsiasi opzione di riforma legislativa, è chiedersi se l'intervento arbitrario del medico sia meritevole di assumere rilevanza penale già in quanto violazione della sfera di libertà della persona rispetto a qualsiasi ingerenza non autorizzata o se debba rilevare solo qualora produca un'offesa all'incolumità fisica. Questo profilo è dirimente rispetto alle scelte di inquadramento giuridico ed è, quindi, di fondamentale importanza in prospettiva di riforma.

Alla luce delle soluzioni emerse in dottrina e giurisprudenza, è possibile tracciare alcune coordinate di fondo, distinguendo:

a) intervento medico senza la volontà del paziente;

- b) intervento medico in caso di dissenso del paziente;
- c) intervento medico in caso di consenso ritenuto valido;
- d) intervento medico a fine non terapeutico.

a) *Trattamento medico in assenza di consenso.*

Si tratta delle situazioni che trovano prevalente riscontro nella prassi applicativa e che spesso nascono da una valutazione del medico in corso di intervento con un trattamento diverso da quello inizialmente prospettato e autorizzato dal paziente.

Escluso l'inquadramento giuridico originariamente avanzato (caso Massimo: Cass., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639) delle lesioni dolose e, in caso di morte del paziente, dell'omicidio preterintenzionale, le soluzioni prospettabili si muovono su due possibili fronti.

Il primo, espresso da ultimo dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, 21 gennaio 2009, n. 2437), esclude la rilevanza penale della condotta del medico intervenuto in assenza di consenso, laddove non vi sia stato l'esito infausto dell'intervento, ossia quanto l'intervento non abbia cagionato una malattia (quest'ultima, tra l'altro, considerata dalle Sezioni unite sulla base di criteri oggettivi e tenendo conto di una nozione di malattia quale alterazione funzionale dell'organismo, più ristretta, dunque, rispetto a quella di alterazione anatomica proposta in passato dalla giurisprudenza). Questo inquadramento giuridico della condotta del medico è l'effetto della prevalenza del bene "incolumità fisica" rispetto alla "libertà di autodeterminazione" del paziente. Eventuali profili di responsabilità penale potranno essere semmai apprezzati in presenza di una colpa professionale per violazione delle *leges artis*, tra le quali la giurisprudenza e la prevalente dottrina non includono mai l'acquisizione del consenso, a meno che la mancata sollecitazione dello stesso «abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo» (Cass., sez. un., 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437).

Se, invece, si facesse prevalere nell'intervento medico arbitrario l'offesa alla libertà di autodeterminazione del paziente, il fatto andrebbe inquadrato nel delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), con applicazione, in casi di morte o lesioni personali, dell'art. 586 c.p., sempre che si accertino elementi di colpa.

b) *Intervento medico in caso di dissenso del paziente*

In quest'ipotesi, la giurisprudenza è giunta alla conclusione che «l'agire del chirurgo sulla persona del paziente contro la volontà di costui, salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile ad esso vicino, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (art. 610 c.p., la violenza essendo insita nella violazione della contraria volontà), lesione personale dolosa (art. 582 c.p.) e, nel caso di morte, omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)»; dunque «il medico chirurgo non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita

o di altro danno irreparabile altrimenti non evitabile, quando questi abbia espresso dissenso» (Cass., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, Cicarelli, e nello stesso senso le Sezioni unite del 2008).

c) Intervento medico con consenso ritenuto valido

Possono sussistere elementi di colpa in capo al medico proprio in relazione alla corretta acquisizione del consenso: la Cassazione afferma che «il criterio di imputazione dovrà essere ... di carattere colposo ... qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso» (Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, Firenzani).

d) Intervento medico a fini non terapeutici

Si può, infine prospettare un ultimo caso, quello dell'intervento medico privo di finalità terapeutiche (es. carattere puramente sperimentale; finalità esclusivamente economiche): la liceità dell'atto medico è, infatti, condizionata al carattere terapeutico dell'atto. In tal caso, l'intervento sul paziente integra il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), se non seguono eventi infausti, o i delitti di lesioni personali o, in caso di morte del paziente, di omicidio preterintenzionale o doloso, a seconda della specifica componente soggettiva in concreto presente.

2. Progetti di riforma.

Si è occupato in modo specifico dell'intervento medico arbitrario il progetto di riforma del codice penale della Commissione Pagliaro, che prevedeva una specifica fattispecie di reato:

“attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto (e sussistente se il fatto non costituisce un reato più grave).

Escludere la punibilità quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona” (art. 70).

La fattispecie presente in questo progetto è costruita in modo da attribuire rilevanza specifica all'offesa alla libertà di autodeterminazione del paziente, ma con esclusione della punibilità:

- se il fatto integra una più grave fattispecie di reato che prevale in forza del principio di assorbimento (es. lesioni personali e omicidio colposi o dolosi);

- se il fatto comporta comunque per il paziente vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona: sul punto la norma offre una soluzione in linea con l'orientamento seguito da ultimo dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che rimettono al giudice la valutazione in ordine all'esito fausto o infausto dell'intervento.

3. Profili di diritto comparato.

Alla luce della comparazione, emerge un quadro non unitario. In prevalenza, i sistemi europei non presentano norme specifiche che sanzionano penalmente l'intervento medico in assenza di consenso.

3.1. Francia

In Francia, l'art. 16-3 code civil stabilisce:

“il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité “médicale” pour la personne mais le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir”.

La responsabilità penale del medico in caso di intervento medico in assenza di consenso opera solo in presenza di profili di responsabilità professionale, la cui presenza comporta l'applicazione delle fattispecie poste a tutela dell'incolumità fisica o della vita. Una disposizione specifica che dà rilevanza penale ad un atto medico in assenza di consenso è, tuttavia, prevista in materia di sperimentazione biomedica. L'art. 223-8 del codice penale francese prevede:

“Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiquée alors que le consentement a été retiré.

Les mêmes peines sont applicables lorsqu'une recherche non interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'y est opposée.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectués à des fins de recherche scientifique".

3.2. Germania

In Germania non è prevista una disciplina specifica e la questione è risolta attraverso l'applicazione dei delitti contro la vita e l'integrità fisica che vanno esclusi nei casi di:

- a) consenso presunto (*mutmaßliche Einwilligung*), quanto il paziente non è in grado di esprimere un consenso, perché si trova in stato di incoscienza e sussiste la necessità medica di intervenire;
- b) consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*), ossia quando il consenso dato dal paziente è inefficace (es. è stato dato per un intervento diverso da quello eseguito; non adeguata informazione preventiva), ma si può affermare che il paziente avrebbe dato il proprio consenso all'intervento medico di fatto eseguito (si tratta di una figura elaborata dalla giurisprudenza che, tuttavia, è ampiamente controversa in dottrina).

3.3. Spagna

Non è prevista una disposizione specifica e la giurisprudenza applica la disciplina dei delitti contro la vita e l'incolumità fisica, qualora l'intervento non acconsentito abbia comportato un pregiudizio per la salute del paziente.

3.4. Austria

Il § 110 del codice penale austriaco prevede, tra i delitti contro la libertà, una fattispecie specifica riferita all'intervento medico arbitrario, punibile a querela della persona offesa. Si segnala la scelta di prevedere la punibilità del trattamento medico in assenza di consenso, affiancando al contempo la previsione di casi di non punibilità.

“(1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu”.

Il § 110, comma 2 prevede la non punibilità nel caso in cui il consenso non sia stato acquisito, in quanto il differimento del trattamento avrebbe messo seriamente in pericolo la vita o la salute del paziente, salvo che si accerti la mancanza del supposto pericolo, mancanza della quale il medico avrebbe potuto rendersi conto facendo applicazione della necessaria diligenza.

3.5. Portogallo

Anche il codice penale portoghese prevede all'art. 156 il reato di "Interventi e trattamenti medico-chirurgici arbitrari" (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*), punito con una pena analoga a quella del codice penale austriaco. La norma è collocata tra i delitti contro la libertà (*Dos crimes contra a liberdade pessoal*):

"1. As pessoas indicadas no artigo 150 que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3. Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4. O procedimento criminal depende de queixa".

La disciplina è strutturata in modo analogo a quella del codice penale austriaco: alla previsione della punibilità si affiancano casi di non punibilità.

Il medico che interviene per un fine terapeutico senza il consenso del paziente è punito con reclusione (sino a tre anni) o con pena pecuniaria. Il fatto non è punibile se il rinvio dell'intervento, finalizzato ad acquisire il consenso, avrebbe comportato un grave pericolo per la vita o la salute del paziente oppure se il trattamento o intervento praticato sia stato necessitato, sulla base dell'esperienza medica, per evitare un pericolo per la vita, l'integrità fisica o la salute del paziente e non sussistevano elementi per ritenere che il consenso, se richiesto, sarebbe stato rifiutato.

Una pena più elevata (sempre alternativa, ma con la reclusione sino a sei mesi) è prevista in presenza di profili di colpa grave in sede di acquisizione del consenso.

Anche questo reato è punibile a querela della persona offesa.

4. Proposta di riforma

Con la l. 219/2017 il legislatore, dopo un travagliato iter legislativo, ha espressamente dato rilevanza al consenso informato come condizione di legittimazione dell'atto medico, non prevedendo alcuna disposizione specifica in tema di intervento medico in assenza o contro la volontà del paziente. La giurisprudenza italiana ha raggiunto una consolidata ed equilibrata soluzione nel rapporto tra attività medica e libertà di autodeterminazione del paziente nell'inquadramento giuridico della pluralità di situazioni che si possono verificare nella prassi e che appaiono di difficile formalizzazione. I delitti contro la libertà morale e contro la persona costituiscono i necessari e sufficienti riferimenti per l'inquadramento giuridico dell'intervento medico arbitrario.

In conclusione, in ragione dell'equilibrio raggiunto dalla l. 219/2017 e della giurisprudenza consolidata, si ritiene non opportuna la previsione di una fattispecie specifica che sanzioni l'intervento medico in assenza o contro la volontà del paziente.

11. Doping: stato dell'arte e futuribili

(Sergio Bonini)

Art. 586-bis c.p.(Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2582 a euro 51645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di

farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

2. La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

3. La pena di cui al primo e secondo comma è aumentata:

a) se dal fatto deriva un danno per la salute;

b) se il fatto è commesso nei confronti di un minore;

c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

4. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione.

5. Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

6. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.

7. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5164 a euro 77468.

1.Premessa.

Doping e diritto penale come ultima ratio. Nel panorama europeo e transnazionale, l'Italia rappresenta uno dei primi Paesi ad aver introdotto una legislazione volta a contrastare organicamente la diffusione di pratiche dopanti nel mondo dello sport: in precedenza, si erano munite di leggi speciali antidoping Svezia, Francia e alcuni Stati nordamericani; negli ultimi anni, si segnala l'esperienza austriaca, interessante per l'approccio «selettivo» e «scalare» sanzione disciplinare/sanzione penale.

Va peraltro osservato come la via maestra per contrastare il doping nello sport, anche con riguardo al piano comparatistico, risulti certamente quella dell'utilizzo di sanzioni disciplinari, apprezzabili quanto a «simmetria» fra «motivazioni a delinquere» e contenuto punitivo e teoricamente molto temibili per i tesserati in ragione dell'«impatto» in termini di onorabilità e di conseguenze patrimoniali e di vita. Ciononostante, se dal piano di un'astratta logica normativa scendiamo sul terreno concreto della realtà effettuale, ci si avvede che in un Paese come il nostro dirigenti, medici sportivi e atleti hanno potuto finora agire in un contesto di sostanziale impunità posto che, complessivamente, i «controlli a sorpresa» sono svolti dalle varie federazioni in maniera cronicamente disomogenea ovvero in base a un regime di pratica «facoltatività»; con la conseguenza di una marginalità dell'ipotesi di essere scoperti e vedersi applicate le relative sanzioni, sino a farlo apparire come rischio sensatamente affrontabile secondo una filosofia di costi e benefici.

Anche accogliendo del principio di extrema ratio la preferibile accezione «ulteriormente selettiva» secondo cui non basta, per ricorrere alla previsione penalistica, che altri tipi di intervento minaccino di non poter fornire idonea protezione agli interessi in gioco ma occorre che abbiano già dimostrato tale inadeguatezza, pare di poter dire che, nei confronti del doping, l'intervento disciplinare avesse dato chiare prove di una simile insufficienza.

Se si riflette dunque sull'«inaffidabilità» delle sanzioni disciplinari-sportive, sull'inconfigurabilità di altre funzionali alternative (per es., civilistiche), così come sulle difficoltà applicative riscontrate rispetto al doping dalla frode in competizioni sportive di cui alla l. 401/1989, si può ragionevolmente concludere come una tutela penale specifica contro il doping si presentasse in linea di principio giustificata (impregiudicato con quest'osservazione un giudizio circa la bontà politico-criminale e tecnico-normativa delle singole opzioni incriminatrici adottate con la l. 14 dicembre 2000, n. 376).

2. Inserimento nel codice degli aspetti penalistici concernenti il doping in forza del d.lgs. 21/2018 (con modifiche rispetto all'art. 9 l. 376/2000).

Solo di recente, i profili penalistici del doping hanno fatto ingresso nell'ambiente del codice penale. Il d.lgs. 1.3.2018, n. 21 [«Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103»], all'art. 7, co. 1, lett. n), ha infatti abrogato l'art. 9 della l. 14.12.2000, n. 376, recante le disposizioni penali in materia di sostanze

dopanti, e ha contestualmente introdotto [art. 2, co. 1, lett. d)], un art. 586-bis rubricato «Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

Non è questa la sede per discutere il tema più trasversale, e ben precedente il d.lgs. 21/2018, circa vantaggi e punti critici legati al “trapianto” di una norma dalla legislazione extracodicistica a quella codicistica. Basti osservare che, se l’inserimento nel codice produce sicuri benefici in termini, per dir così, socio-pedagogici (ovvero, in termini generalpreventivi negativi e positivi, grazie alla riconduzione di una data norma all’interno del più “unitario” ed “evidente” corpus codicistico), tale inserzione di per sé però non assicura una maggiore protezione agli interessi coinvolti, dando luogo per giunta all’effetto collaterale spesso poco desiderabile di rendere più sottile il cordone ombelicale che lega disposizioni penali e disposizioni extrapenali.

Si può solo aggiungere che, nello specifico della materia del doping, uno studioso del rapporto soluzione codicistica/soluzione extracodicistica fra i più qualificati ha espresso un giudizio drasticamente negativo intorno alle «quasi 500 parole» del nuovo art. 586-bis c.p.: «500 parole strappate al paese natio, la legge 376 del 2000, e riversate nel cuore del codice penale»; una norma, l’art. 586-bis, che, si prosegue non senza enfasi polemica, trova «come vicino di casa, l’art. 586 (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto), una norma asciutta e aristocratica, nota per l’assidua presenza nei salotti dell’alta dogmatica», mentre l’art. 586-bis, con il suo «profluvio di parole», «sembra invece un habitué dei talk show sportivi» (PAPA, Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice, in Dir. pen. cont., 5/2018, 145 s.).

3. Linee generali della disciplina vigente

Sul piano del fatto tipico delineato nell’art. 586 c.p., bisogna tripartire: condotte di «eterodoping»/condotte di «autodoping»/commercio di sostanze dopanti.

Le condotte di eterodoping o «doping per mano altrui» – laddove la mano allude a una condizione di «signoria finalistica sull’accadimento» – si presentano a loro volta legislativamente in una quadruplici formula: procacciamento, somministrazione, favoreggiamento dell’uso di sostanze vietate, adozione di pratiche mediche proibite (art. 586 bis, co. 1).

Con le due ipotesi di autodoping (art. 586 bis, co. 2) si sanziona per contro l’atleta che assume sostanze illecite o che si sottopone a pratiche mediche vietate. Fino all’entrata in vigore del citato d.lgs. 21/2018, era possibile scrivere come, in rapporto ai sei commi (dell’art. 9 l. 376/2000) dedicati a etero- e autodoping, meno spinosi, e racchiusi in unico e non esteso comma (il settimo), fossero gli spunti dogmatici e le questioni esegetiche sollevati dall’ipotesi di commercio; questo peraltro non doveva far pensare a una secondarietà di tale figura delittuosa, trattandosi anzi del reato più grave contenuto nella l. 376 e fornito di una proiezione di tutela riferita a una più ampia sfera di potenziali vittime. Oggi, invece, il commercio (art. 586-bis, sempre co. 7) risulta improvvidamente «depotenziato».

Infatti: Il co. 7 dell'art. 586 bis sostituisce il dolo generico che nella legge 376 caratterizzava la condotta di commercio con il dolo specifico, dato dal «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti»: un'introduzione del dolo specifico fortemente discutibile, perché sembra escludere dalla tutela lo sportivo non professionista (il quale, *rectius*, non risulta privato di qualsiasi generale tutela, ma certamente di quella assicurata da fattispecie di pericolo ad hoc, verosimilmente da considerare opportune sul piano politico-criminale: BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 60 ss., 242 ss.).

Un altro aspetto, fra quelli "fondanti" il fatto tipico e l'ambito di disciplina, riguarda invero proprio il tema dell'arretramento della tutela. Si osservi a riguardo che nei co. 1 e 2 dell'art. 586-bis risulta inserito un elemento di fattispecie – l'«idoneità» dei farmaci e delle pratiche mediche «a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo» – il quale sembra interpretabile come presupposto contrassegnante l'anticipazione della tutela allo stadio del pericolo. In questo senso, convergono un parallelismo con gli atti «idonei» (oltre che univoci) contrassegnanti la tipicità del tentativo, quale modello «generale» di arretramento della soglia di punibilità; la coerenza della locuzione prevista con istanze di tutela e dinamiche probatorie, che per la lotta al doping rendono percorribile e anzi probabilmente necessitata la strada del pericolo: a opinare diversamente, basti pensare alle pressoché insormontabili difficoltà di determinazione del nesso causale fra uso di metodiche dopanti e l'evento di danno rappresentato dalla micidiale patologia, capace di devastare l'apparato muscolare, definita «morbo di Lou Gehrig»; e, infine, la previsione di una circostanza aggravante operante «se dal fatto deriva un danno per la salute» [co. 3, lett. a), art. 586-bis], che testualmente conferma la «progressione» pericolo/danno. Pericolo che sarà, ragionevolmente, da intendersi come astratto nel c.d. eterodoping, e concreto nel c.d. autodoping (senza potersi dilungare in questa sede).

Un ultimo aspetto su cui, in chiave di ampia sintesi prospettica, conviene fermare l'attenzione è relativo proprio al citato dolo specifico.

Rispetto al «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» vi è chi, già in riferimento all'art. 9 co. 1 e 2 l. 376/2000, ha pazientemente proceduto a «scomporre» la formulazione in esame per mostrare, dizionario alla mano, che le rispettive nozioni di «prestazione», di «agonismo» e di «atleta» consentirebbero di individuare quale referente teleologico delle incriminazioni anche la «performance sportiva con carattere, ad es., meramente dimostrativo od estetico» (e per desumere sul piano sistematico che non di autentico scopo subiettivo si tratterebbe, ma di indicazione legislativa circa l'«effettiva e concreta idoneità» delle sostanze e metodologie proibite). Peraltro, anche a voler accedere a questa «interpretazione estensiva» della formula normativa, resterebbe uno scoglio, ben presente allo studioso qui citato, che rileva come «nei fatti, l'emersione dei singoli episodi di drogaggio difficilmente possa verificarsi in ambiti non professionali, rispetto ai quali non sono praticabili test sull'atleta *contra voluntatem* da parte dei laboratori accreditati». È pur vero, come altresì si nota, che potranno aversi alterazioni psicofisiche talmente evidenti e univoche da essere dimostrabili anche per via testimoniale o mediante l'accertamento occasionale di quadri tipici del doping

(così, nel contesto di indagini mediche dovute ad altre ragioni) [VALLINI, Doping. L. 14 dicembre 2000, n. 376, in PALAZZO - PALIERO, Commentario breve alle leggi penali complementari, II ed., Padova, 2007, 1748 ss.]. Ma il rischio, a intendere in senso ampio il concetto di «prestazioni agonistiche degli atleti», è ugualmente quello di ammettere una previsione «dai piedi d'argilla» ovvero, persino peggio, quello di legittimare scoperte casuali o verifiche «a campione» con esiti di strumentalizzazione del singolo somministratore o assunto in chiave di capro espiatorio [convergono su un'interpretazione del dolo specifico come «limite» a una tipicità circoscritta allo sport professionistico GARGANI, Reati contro l'incolumità pubblica, II, Reati di comune pericolo mediante frode. Integrato con le disposizioni penali speciali in tema di sostanze alimentari, medicinali e sicurezza dei prodotti, Milano, 2013, 654 s.; e APRILE, Il contrasto al traffico di sostanze dopanti: il punto della situazione, in Riv. it. med. leg., 2014, 148 s.]. Fattispecie comuni, e in primis omicidio e lesioni colposi, potranno in ogni caso assicurare incisiva tutela a ogni forma di pratica sportiva, seppure col difetto di «tardività» dell'intervento, che affligge ogni reato di danno; peraltro, reati di pericolo risultano compatibili con il principio di offensività, e prima ancora con l'esigenza di una loro riscontrabilità probatoria, solo se assistiti dalla pre-condizione di requisiti anche organizzativi che ne assicurino l'operatività (il che, come detto, non pare avvenire nello sport dilettantistico).

4. Prospettive de iure condendo.

Conclusivamente, e per quanto più interessa in questa sede. L'attenzione del legislatore meriterebbe probabilmente di rivolgersi ad alcuni «futuribili» della materia:

a) L'introduzione di un'autonoma e più rigorosa cornice di pena in relazione alla condotta del medico che pratici il doping.

De iure condito, la possibilità di inasprimenti sanzionatori nell'ipotesi di comportamento posto in essere da un sanitario è triplicemente rapportabile alla circostanza di cui alla lett. c del comma 3 dell'art. 586 bis quando si tratti di medico sociale legato da rapporto di lavoro subordinato a una federazione o a un ente sportivo; alla circostanza dell'abuso di prestazione d'opera (art. 61, n. 11, c.p.); ovvero alla circostanza dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (art. 61, n. 9, c.p.).

In prospettiva di riforma, la più impegnativa soluzione della previsione di un reato proprio che sanzioni la condotta medica attraverso livelli edittali autonomi (nei confronti di quelli attualmente previsti ai commi 1 e 2 dell'art. 586 bis) consentirebbe di perseguire la meta di una più calibrata rimproverabilità personale del disvalore oggettivo e soggettivo del fatto senza scontare le «genetiche» oscillazioni applicative di cui al giudizio di «bilanciamento» ex art. 69 c.p.

In questa direzione, spinge in particolare da una parte la ragionevole esigibilità che le conoscenze superiori del sanitario in ordine alla pericolosità di date sostanze siano «curvate» nel senso di una «dissuasione

qualificata» del doping e non all'opposto sfruttate per indicare metodiche «innovative», catastrofiche per la salute dell'atleta; dall'altra, l'esigenza di contrastare abusi nell'evocazione della «cura di condizioni patologiche» ai sensi dell'art. 1, co. 4, l. 376/2000 e dei commi 1 e 2 dell'art. 586 bis: quando l'accertamento giudiziale abbia rigorosamente escluso la sussistenza di questa causa di esclusione della tipicità, pare emergere una nota di peculiare disvalore nel comportamento di chi abbia approfittato dello «schermo» dell'esigenza curativa, ovvero si sia fatto scudo della possibilità di prescrizioni off label, allo scopo di praticare manipolazioni altamente pregiudizievoli per l'integrità fisica.

Ecco dunque che un comma 2-bis dell'art. 586 bis c.p. potrebbe essere così formulato: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da [...] a [...] l'esercente una professione sanitaria che, prestando la propria assistenza od opera, prescrive, procura ad altri, somministra, favorisce comunque l'utilizzo dei farmaci ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, legge 376/2000 o adotta pratiche mediche ricomprese nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1 della medesima legge, allorché si tratti di farmaci non giustificati da condizioni patologiche e idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, con il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti o di modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze».

b) Una specificazione sulla natura del pericolo nel doping «autogeno».

Questa novella, in specie, presuppone una duplice adesione: alla tesi del bene economico-patrimoniale quale bene protetto dalla fattispecie (per la cui argomentazione, e la prospettazione di tesi contrarie, BONINI, op. ult. cit., 156 ss.) da una parte e alla «corrispondente» qualificazione del pericolo come concreto dall'altra; nonché la convinzione che tale bene sia meritevole e bisognoso di tutela anche de lege ferenda, opzione che appare persuasiva alla luce di quelle concezioni che leggono dinamicamente il patrimonio (e la concorrenza) come strumento funzionale allo sviluppo della libertà del singolo (vale forse comunque la pena ribadire – v. supra, paragrafo 1 – che la via maestra in chiave di contrasto del doping, e in specie dell'autodoping, parrebbe riconoscibile nell'impiego di sanzioni disciplinari; ma ciò solo se, con un capovolgimento della situazione attuale, questa tipologia di sanzione raggiungesse livelli di accettabile effettività).

Si potrebbe, accolta quest'ottica, dare valore non solo ermeneutico alla tipologia della concreta pericolosità tipizzandosi la condotta di autodoping descritta nei commi 1 e 2 dell'art. 586 bis come «concretamente idonea a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale».

c) Un'integrazione del delitto di commercio così da inglobare la condotta realizzata all'interno di farmacie e altre strutture che detengono farmaci.

La necessità ex art. 586 bis, comma 7, che il commercio illegale avvenga al di fuori dei canali ufficiali di distribuzione dei farmaci lascia infatti «scoperta» l'ipotesi (presumibilmente non frequente, ma non inverosimile) del farmacista che sistematicamente venda prodotti e sostanze destinati a finalità «alternative»

rispetto a quelle codificate, in mancanza di prescrizione medica e in circostanze totalmente estranee alla disciplina di settore.

In tali casi, mancando appunto uno dei presupposti della condotta richiesti dal comma 7, sarà tecnicamente integrabile solo il procacciamento di cui al comma 1 dello stesso art. 586 bis; e pertanto il farmacista-trafficante si troverà a beneficiare di un trattamento inspiegabilmente più benevolo in rapporto a qualsiasi altro soggetto attivo trafficante.

Non potrà anzi nemmeno applicarsi la figura del procacciamento allorché, come appare nella natura delle cose, il farmacista non sia mosso dallo scopo di alterare l'esito di qualche manifestazione agonistica ma piuttosto e unicamente da un movente di profitto; in tale situazione, potrà venire in rilievo la sola somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica (art. 445 c.p.), delitto tuttavia sanzionato (nel massimo) ancora più blandamente.

Può quindi suggerirsi l'aggiunta nell'art. 586 bis di un comma 8 del seguente tenore, con il quale si punisca anche «l'esercente la professione di farmacista che commercia preparazione galeniche, officinali o magistrali, contenenti principi attivi o eccipienti appartenenti alle classi farmacologiche di cui all'articolo 2, comma 1, legge 376/2000, in assenza di prescrizione medica o senza osservare le prescrizioni dettate dalla presente legge e da altre disposizioni di legge in tema di vigilanza e controllo sulla distribuzione e la commercializzazione dei farmaci».

d) Un intervento sulla sanzione interdittiva a carico dell'esercente una professione sanitaria.

Sembra infatti una differenziazione poco giustificata – nel segno di un intollerabile atteggiamento di favore verso la classe medica – il carattere rispettivamente perpetuo e temporaneo della pena interdittiva operante nelle ipotesi di fatto commesso da componente del Coni o figure assimilate e in quelle di fatto commesso da esercente professione sanitaria.

Quelle stesse ragioni che sollecitano l'introduzione di una figura di eterodoping che veda il medico come soggetto attivo (supra, a) paiono infatti fondare una revisione della sanzione interdittiva a suo carico in chiave di maggiore rigore.

Una maggiore severità che non dovrebbe peraltro spingersi fino a una radicale modifica dell'interdizione da temporanea a perpetua, modifica che risulterebbe draconiana e spiegabile solo in ottica di prevenzione speciale «negativa»: ben difficile immaginare che l'esercente la professione sanitaria abbia in parallelo sviluppato abilità e competenze che gli consentano di “riciclarsi” in altri campi di attività; dovendosi inoltre considerare la grande cautela con cui il legislatore ha provveduto a introdurre deroghe alla normale temporaneità che connota in forza dell'art. 30, comma 2, c.p. l'interdizione professionale.

e) L'introduzione di altra pena accessoria.

All'art. 586 bis andrebbe anche aggiunto un co. 5 bis dalla formulazione: «La condanna per i delitti di cui ai commi 1, 2, 2 bis, 7 e 8 comporta altresì la pubblicazione della sentenza, per una sola volta, in uno o più giornali designati dal giudice».

La pubblicazione della condanna rappresenta del resto strumento general- e specialpreventivamente consigliabile in termini di «contrappasso» e di «discredito» nei confronti dell'autore (discredito, s'intende, legittimo e non infangante come nelle situazioni di c.d. «condanna massmediatica anticipata»).

f) Una puntualizzazione rispetto al raggio di operatività della confisca obbligatoria.

De iure condito, e in particolare alla stregua del co. 6 dell'art. 586 bis c.p., risulta infatti incerto se la confisca delle cose servite o destinate a commettere «il reato» riguardi tutte le fattispecie criminose contenute nell'art. 586 bis e quindi anche l'ipotesi di commercio contemplata nel comma 7, oppure le esclusive ipotesi di etero- e autodoping previste nei commi 1 e 2.

In questo secondo senso, milita la collocazione topografica: la confisca è contenuta in un comma che precede la disposizione sul commercio illegale, e tale elemento potrebbe non implausibilmente essere considerato ostativo rispetto a una riferibilità della misura ablativa al commercio.

Se si vuole invece che il contrasto della pericolosità della cosa sia «sempre» assicurato rispetto a ogni delitto della l. 376, nel qual senso spingono istanze specialpreventive e lato sensu repressive (che si presentano anzi rafforzate rispetto al commercio), e volendosi evitare le incertezze derivanti dall'attuale ubicazione "a mezza via" del disposto sulla confisca, si dovrebbe specificare nel seno del comma 6 che «Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere i reati di cui ai commi 1, 2, 2 bis, 7, 8».

g) L'inclusione dei delitti in materia di doping nella «parte speciale» della responsabilità «da reato» degli enti.

Pure rispetto al doping, vale infatti l'esigenza di impedire che l'«organizzazione delle responsabilità» tipica delle strutture complesse si trasformi in «irresponsabilità organizzata»; con la relativa opportunità di prevedere moduli di consapevolizzazione dell'ente i quali mirino a contrastare, attraverso la congrua adozione di regole «precauzionali» interne, quello specifico «rischio d'impresa» costituito dal reato commesso da soggetto in posizione apicale o subordinata.

Un comma 9 dell'art. 586 bis potrebbe dunque stabilire: «Dopo l'articolo 25-quindecim del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente: Art. 25-sedecim (Pratiche di doping) 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 586 bis del codice penale si applicano all'ente la sanzione pecuniaria da [...] a [...] quote e le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a [...]. 2. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di

consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».

h) Trattandosi di reati di pericolo, onde evitare un'eccessiva anticipazione della soglia della punibilità, in contrasto con il principio di necessaria lesività dell'illecito penale, andrebbe esclusa la sanzionabilità del tentativo.

11 bis - Note a margine in tema di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio, omicidio preterintenzionale, aggravanti dell'omicidio, atto medico arbitrario, delitti di doping

(Luciano Eusebi)³⁴

Circa l'art. 579, non ritengo che le problematiche del fine vita possano essere affrontate attraverso meri interventi sulle norme penali. In assenza di una normativa organica, penserei che sia preferibile rimanere alla decisione della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale (fra l'altro, la proposta di 'ripresa' di quei requisiti sia rispetto all'art. 579, sia rispetto all'art. 580 c.p. lascia fuori ulteriori condizioni previste dalla Corte: parere comitato etico, previa attivazione in concreto delle cure palliative, verifica della sussistenza dei requisiti stessi in sede di SSN).

Credo che ci possa essere spazio – ma ciò richiederebbe uno studio ad hoc – per modulare le risposte sanzionatorie, ma con gli stessi problemi che si danno per le cause di non punibilità: altro è comprendere ex post determinate situazioni, altro è accreditare ex ante che certe condotte siano, in sostanza, ammissibili.

Ciò premesso, le stesse considerazioni che svolgevo in senso contrario all'ammissione di una condotta cooperativa alla morte altrui in tema di aiuto al suicidio si propongono a maggior ragione circa la condotta eutanasiica diretta.

L'agire diretto, nonostante un confine pratico che può essere labile con l'aiuto al suicidio, implica un passaggio del massimo spessore: l'aver completamente in mano, da parte del soggetto agente, la causazione della morte di un altro. Laddove, invece, nell'aiuto al suicidio resta la 'garanzia' che l'attivazione del processo immediato di morte avvenga solo se il soggetto coinvolto continui a volerlo (si pensi solo ai problemi che si porrebbero, nel caso di un omicidio del consenziente autorizzato, circa i profili dell'errore sul consenso).

³⁴ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

Né si può negare che l'autorizzare quell'averne completamente in mano, dal punto di vista oggettivo, il provocare la morte di taluno (legittimato solo dal suo consenso soggettivo, ad accertamento comunque problematico) rappresenti un passaggio molto forte, anche in termini di messaggio sociale: nient'affetto indifferente per quanto concerne la sua incidenza circa la percezione del ruolo della vita altrui nei rapporti intersoggettivi.

Rispetto all'esigenza di un freno circa esiti con un significato anche culturale che va ben oltre la stessa casistica specifica, riterrei che il bilanciamento tra divieto di "uccidere" e possibilità del ricorso alla sedazione palliativa profonda (annullando ogni sofferenza) nel caso di rinuncia a terapie salvavita sia sostenibile. Se di bilanciamenti si deve parlare, come oggi così spesso avviene, non riterrei che – in tutti i casi – ciò debba condurre al soccombere del ruolo che riveste il bene vita.

In merito, poi, all'introduzione di una fattispecie ad hoc di c.d. omicidio pietatis causa riterrei, da un lato, ben più opportuno muoversi, per eventuali differenziazioni ai fini sanzionatori, entro l'ambito della norma generale, dall'altro che sia necessaria un'attentissima riflessione sui requisiti rilevanti e sulla loro oggettiva accertabilità.

Non si trascuri che, in questo caso, abbiamo un'uccisione senza alcun consenso dell'interessato. Non si deve dare l'idea, dunque, che l'uccidere (addirittura) senza l'altrui consenso, in certe condizioni, sia poco grave. Un messaggio di questo genere sarebbe devastante.

Una differenziazione sanzionatoria può essere connessa a una situazione di stress personale, ma dev'esser ben chiaro che uccidere, addirittura senza consenso, è cosa del tutto inaccettabile.

E proprio da questo punto di vista il riferimento al 'pietatis causa' rischia, anche terminologicamente, di essere quanto mai equivoco e fuorviante. Sposta infatti l'attenzione su un'equivoca 'pietà' verso il malato (anche se questi non ha chiesto nulla, non ha redatto DAT, né ha nominato un fiduciario), quando si tratta invece, essenzialmente, di un problema esistenziale di chi uccide, in merito al rapporto con la situazione di malattia di un'altra persona (per inciso: nemmeno rilevarebbe, nell'ipotesi formulata, che l'uccisore 'pietoso' si sia preoccupato di assicurare al malato cure palliative, oltre ad assistenza medica e quant'altro?).

Per quanto riguarda la fattispecie principale, concordo sul fatto che l'introduzione, come elemento della medesima, del fatto che il consenso sia stato 'acquisito' conduce a palesi incongruenze.

Circa l'inopportunità dell'introduzione di un reato di attività medica arbitraria concordo in tal senso, nelle conclusioni, con quanto scrive Marco Pelissero.

Circa i vari problemi concernenti le aggravanti e l'eventuale trasformazione delle medesime in reati autonomi, credo che forse potrebbe segnalarsi (senza, tuttavia, poterlo risolvere) un problema teorico di fondo: vale a dire come ormai ogni tentativo di razionalizzazione, anche dal punto di vista politico-criminale, sia condizionato da vincoli puramente formali. Il che rende difficilissima qualsiasi progettazione seria.

Mi riferisco al fatto che bisogna fare lo slalom (vedi p. es. il lavoro di Gentile) – per capire effetti e controeffetti di determinati interventi – tra l'incidenza del rilievo doloso o colposo di un certo fattore se inteso come reato autonomo o circostanza, la disciplina con le relative eccezioni dell'art. 69 c.p., gli eventuali riflessi ai fini di una messa alla prova o ai fini delle norme processuali, ecc. ecc.

Sarebbe necessaria, in realtà, una riforma totale del sistema (oggi ingovernabile) delle circostanze.

Con riguardo, per lo meno, all'omicidio preterintenzionale, mi domando, peraltro, se potrebbe esservi il coraggio – a parte ogni altra valutazione – di andare oltre il requisito della prevedibilità, che spesso si risolve in una presunzione funzionale alla condanna, lasciando nella sostanza inalterata la responsabilità oggettiva. Mi riferisco all'eventuale recepimento in proposito, data l'incidenza sanzionatoria pesantissima di quanto previsto dall'art. 584 c.p. (ma ciò potrebbe valere anche per l'art. 116 c.p.), dell'ipotesi formulata in dottrina di richiedere, piuttosto, il requisito della previsione dell'evento, che esigerebbe comunque dal giudice un maggior impegno in sede di accertamento e di motivazione.

Circa il doping (Bonini), mi pare che nel testo revisionato non emerga interamente, ma è del tutto legittimo, quanto era stato detto nella nostra discussione. Fra l'altro – ma posso sbagliare io – si parla di "autodoping" solo in riferimento al secondo comma dell'art. 586-bis, quando invece la condotta dell'«assumere» fa comunque parte del primo comma.

Personalmente resto del tutto convinto che il bene tutelato debba essere reperito, in materia, nella salute, conformemente alla convenzione antidoping (del resto, se così non fosse sarebbero poco comprensibili le marcate differenze sanzionatorie rispetto alla frode sportiva).

Ciò che io ipotizzavo non era tanto un'estensione tout court della responsabilità agli enti (che, rebus sic stantibus, certamente ci può stare), bensì – in materia di 'autodoping' – un'eventuale depenalizzazione intesa a minare il pactum sceleris con il pusher (fatte salve sanzioni sportive serie nei confronti dell'atleta), con previsione di una forma di severa responsabilità amministrativa diretta delle società sportive (pur sempre sul modello 231) per il tesserato che risulti essersi dopato.

Il che, peraltro, imporrebbe pur sempre di interrogarsi su come agire rispetto all'atleta che ricorra al doping, senza essere tesserato in una società sportiva: si potrebbe giungere a imporre il tesseramento per partecipare ad attività agonistiche? (resterebbe comunque l'interrogativo se e come debba intervenire)

penalmente anche con riguardo ad attività sportive non agonistiche o svolte in modo del tutto privato, con pericolo soprattutto per le persone giovani e meno consapevoli).

Infine vorrei sottolineare, e non solo per una mia sensibilità su questi temi, che è difficile far progetti sulla parte speciale senza raccordarsi con una riflessione sulla riforma dell'apparato sanzionatorio, vale a dire sugli strumenti disponibili per 'gestire' i fatti di reato. Il rischio è di rimanere ancorati alle tradizionali dosimetrie inerenti alla pena detentiva, senza alcun chiarimento sul disegno politico-criminale perseguito.

12. Criticità e proposte di soluzione *de iure condendo* in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p.

(Fabio Basile)³⁵

art. 588 - Delitto di rissa.

Premessa.

Nel porre mano ad una riforma del delitto di rissa, occorrerà tener presente che l'art. 588 trova attualmente **assai frequente applicazione giurisprudenziale**; o, per essere più precisi, oggetto di frequente applicazione giurisprudenziale è la **rissa aggravata** di cui al secondo comma, mentre non si ha notizia di procedimenti avviati e, men che meno, di sentenze di condanna per il delitto di rissa semplice.

Possiamo congetturare che il motivo della non-applicazione giurisprudenziale della rissa semplice risieda, prima di tutto, nella sua *rilevanza meramente bagatellare* (per una rissa semplice potrebbe essere inflitta anche una multa di poche decine di euro!), tanto più che ben raramente agli organi delle indagini giungerà una *notitia criminis* relativa a tale reato. La rissa semplice, infatti, non cagiona eventi lesivi che richiedano cure mediche (sicché non vi saranno referti sanitari che possano innescare le indagini); d'altra parte, chi, partecipando ad una rissa semplice, si è preso qualche percossa – qualche spinta, qualche schiaffo – ben si guarderà dal denunciare il fatto, onde evitare di autodenunciarsi.

³⁵ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

1. Una gravissima criticità presentata dall'attuale art. 588 consiste nella **mancanza di una definizione di rissa**. Il legislatore usa il termine "rissa", ma né fornisce una definizione della stessa, né indica elementi dai quali possa univocamente risalirsi ad una definizione di rissa.

La conseguenza di ciò è costituita da una interpretazione giurisprudenziale e dottrinale in cui emergono numerose incoerenze, ambiguità e divergenze. Suonano, in effetti, purtroppo ancora attuali le parole di Ettore Gallo a proposito della rissa: *"chiunque abbia consuetudine colle aule d'udienza conosce i tormenti e gli ondeggiamenti giurisprudenziali che questa fattispecie ha subito, sì che ancor oggi il cittadino non riesce a sapere quando e perché la sua condotta assuma rilevanza penale"*.

Tale criticità potrebbe essere superata attraverso una riformulazione della norma incriminatrice la quale dia rilievo, almeno implicitamente, ai seguenti elementi costitutivi di una rissa:

- 1) l'uso della violenza fisica;
- 2) la reciprocità dell'uso della violenza fisica;
- 3) l'unicità del contesto spazio-temporale all'interno del quale devono collocarsi gli atti reciproci di violenza fisica.

Occorrerà, poi, precisare un quarto elemento, per evitare che lo stesso sia rimesso alla valutazione discrezionale dei giudici:

- 4) il numero minimo dei partecipanti, il quale potrebbe essere opportunamente individuato in "almeno tre persone": almeno tre, perché con il coinvolgimento di tre o più persone la rissa raggiunge: *i)* un certo livello di diffusività della violenza fisica, capace di mettere in pericolo anche la vita e l'incolumità di eventuali soggetti terzi (il che costituisce una delle ragioni di sua autonoma incriminazione); *ii)* un certo livello di non dominabilità della violenza fisica, che può portare ad esiti più gravi di quelli inizialmente voluti dal soggetto agente (il che costituisce una ulteriore ragione dell'autonoma incriminazione della rissa).

Si propone, pertanto, la seguente riformulazione dell'art. 588 co. 1:

"Quando tre o più persone danno luogo ad una rissa attraverso una violenta colluttazione fisica, tutte sono punite con la pena xxxx".

La pena xxxx dovrà assestarsi su valori leggermente superiori alla pena per le percosse.

2. Ulteriori gravi criticità sono attualmente connesse al secondo comma, dove si prevede la c.d. **rissa aggravata dagli eventi morte o lesione personale** (di fatto, l'unica ipotesi di rissa che trova effettiva applicazione giurisprudenziale, giacché i repertori giurisprudenziali non riportano sentenze di condanna per rissa semplice).

Le criticità sono connesse:

- all'ambigua qualificazione degli eventi morte o lesione personale come elementi costitutivi di un autonomo reato, o come circostanze aggravanti;
- al criterio di imputazione soggettiva degli eventi morte o lesione personale;
- al concorso di reati tra i delitti di omicidio doloso o lesioni dolose, e rissa (attualmente la soluzione giurisprudenziale assolutamente prevalente è nel senso di chiamare a rispondere l'autore dell'omicidio doloso ai sensi degli artt. 575 e 588 co. 2: in tal modo, tuttavia, l'evento morte viene accollato due volte al soggetto agente, in spregio alla regola del *ne bis in idem* sostanziale, con conseguente indebito *surplus* sanzionatorio; lo stesso vale, *mutatis mutandis*, in caso di lesioni personali, nonché nelle ipotesi di colpa).

Per superare siffatte criticità, si propone la seguente riformulazione dell'art. 588 co. 2:

“Chi, nella rissa, cagiona la morte o le lesioni personali di una o più persone, risponde, oltre che ai sensi del comma primo [rissa semplice], ai sensi dell'art. 575 o dell'art. 582, se morte o lesioni personali sono cagionate dolosamente; ai sensi, invece, dell'art. 589 o dell'art. 590, se morte o lesioni personali sono cagionate colposamente”.

In tal modo morte o lesioni personali acquisterebbero inequivocabilmente il ruolo di eventi del reato (senza rischio, quindi, di una loro “bagatellizzazione” per effetto del bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti), e si assicurerebbe al contempo la piena vigenza del principio di colpevolezza, sia sotto il profilo dell'*an* della pena (*nulla poena sine culpa*: si dovrà sempre procedere, rispetto a ciascun singolo corrisante, ad un'effettiva indagine sul dolo e, soprattutto, sulla colpa, che non potrà più dirsi “implicita” nel fatto stesso di partecipare alla rissa), sia sotto il profilo del *quantum* della pena (*nulla maior poena sine maiore culpa*: si eviteranno indebiti *surplus* sanzionatori, comminando pene proporzionate alla gravità oggettiva e alla colpevolezza complessiva espressa dal fatto).

Vero è che a tali risultati potrebbe forse pervenirsi anche sulla base dei principi generali, previa rinuncia ad una espressa previsione della c.d. “rissa aggravata” (in mancanza dell'art. 588 co. 2, infatti, dovrebbero “per forza” applicarsi gli artt. 575 e ss. citt. e le regole del concorso di reati). La presenza, tuttavia, dell'art. 588 co. 2 così riformulato eliminerebbe qualsiasi dubbio e incertezza, evitando ritorni al passato agevolati dalla

vischiosità delle interpretazioni, e nel contempo conferirebbe una fisionomia meglio stagiata – a livello anche solo meramente simbolico – all’ipotesi della “rissa che cagiona morte o lesioni personali”.

art. 591 - Delitto di abbandono di minori o incapaci.

Premessa. Nel porre mano ad una riforma del delitto di abbandono di minori o incapaci, occorrerà tener presente quella **sorta di evoluzione giurisprudenziale** che l’art. 591 c.p. ha conosciuto negli ultimi decenni.

Infatti, se sotto la vigenza del codice Zanardelli e nei primi decenni di applicazione del codice Rocco, la casistica in tema di abbandono di minori o incapaci era, per lo più, costituita da *episodi di rilevanza “intra-familiare”*, in cui genitori snaturati si disinteressavano dei propri figli, o figli ingrati lasciavano senza assistenza i propri genitori anziani, a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso – anche in considerazione dei cambiamenti dei costumi familiari e sociali, nonché delle accresciute possibilità, ed aspettative, di assistenza offerte da strutture pubbliche e private –, i confini applicativi del delitto in esame hanno decisamente travalicato le mura domestiche, ed oggi, come acutamente rilevato da Francesco Palazzo, “la maggior parte di applicazioni dell’art. 591 concerne situazioni di ricoveri e presenze in case di cura o strutture ospedaliere”.

In effetti, negli ultimi anni sono divenute assai numerose le sentenze in cui si fa questione dell’applicazione dell’art. 591 co. 1 nei confronti dei **dirigenti sanitari o amministrativi** ovvero del **personale medico o infermieristico di istituti di cura e/o di ricovero** per anziani, per disabili o per altri malati.

1. Una prima criticità legata all’attuale formulazione del delitto di abbandono concerne la sua **struttura di reato di pericolo** rispetto al bene giuridico “vita o incolumità individuale”.

Un primo orientamento, ampiamente consolidato nell’attuale giurisprudenza, ritiene che si tratti di delitto di pericolo “potenziale”, senza, tuttavia, che sia ben chiaro che cosa tale inusuale e ambigua espressione significhi: di fatto, però, nelle applicazioni giurisprudenziali spesso il pericolo potenziale viene a coincidere col pericolo astratto.

Per contro, l’interpretazione sistematica (rispetto all’art. 570 c.p., violazione degli obblighi di assistenza familiare) e l’interpretazione costituzionalmente conforme (conforme, segnatamente, ai principi di offensività e precisione) induce a ricostruire il reato in termini di pericolo concreto, esigendo un pericolo effettivo da accertarsi caso per caso da parte del giudice.

Per evitare ambiguità e incertezze e per assicurare una piena conformità del delitto di abbandono ai principi costituzionali, si propone pertanto di adottare in futuro la seguente formula:

“chiunque (...) abbandona (...) mettendo in pericolo la vita o l'incolumità della persona abbandonata”

2. Una seconda criticità concerne l'esatta individuazione del soggetto attivo: tale individuazione presuppone, infatti, rispetto alla formulazione attuale, l'interpretazione della formula “della quale **abbia la custodia o debba avere cura**”.

Tale formula ha posto, alla dottrina e alla giurisprudenza, due nodi problematici:

1) essa si riferisce *solo* alla persona incapace, oppure si riferisce **anche alla persona minore degli anni quattordici**? E, quindi, la relazione di custodia o di cura è presupposto della condotta *solo* quando il soggetto passivo è una persona incapace, oppure *anche* quando il soggetto passivo è una persona minore degli anni quattordici?

In virtù dell'interpretazione sistematica rispetto all'art. 593 co. 1 – nel delitto di abbandono il soggetto attivo *produce* lo stato di abbandono del minore; nel delitto di omissione di soccorso, invece, egli *permette che permanga* lo stato di abbandono del minore, già altrimenti prodottosi (per cause umani o naturali), e tale fondamentale differenza nel fatto si rispecchia anche nella dosimetria sanzionatoria – l'opinione preferibile riferisce la relazione di cura e custodia *anche* al minore;

2) *in presenza di quali condizioni* si può affermare che il soggetto attivo “abbia la custodia o debba avere cura” del soggetto passivo? In particolare, è sempre a tal fine necessario che il soggetto attivo abbia un **obbligo giuridico** – derivante, cioè, da una valida fonte giuridica in senso formale – di

custodire e/o di curare il soggetto passivo, o è sufficiente anche un mero **rapporto fattuale**? La seconda opzione non solo è conforme al dato testuale attuale (la formula “abbia la custodia” pare sottendere una mera relazione fattuale), ma consente di applicare l'art. 591 anche in ipotesi in cui la relazione di custodia sorga da una situazione di fatto, prodottasi per volontà del soggetto abbandonante o anche casualmente e perfino per un suo fatto illecito: di conseguenza, sarà possibile applicare l'art. 591 – e non il più “benevolo” art. 593, nel caso dell'amico del genitore che si offre di accompagnare il bambino a scuola; del genitore che, pur privato della responsabilità genitoriale da un provvedimento giudiziario, trattenga presso di sé il figlio; del ladro che ruba un'auto in sosta, sul cui sedile posteriore dorme un infante, qualora i suddetti soggetti poi abbandonino il soggetto passivo.

Affinché in futuro le predette criticità non riemergano con le consequenziali incertezze interpretative, si propone di individuare per il futuro il soggetto attivo nei seguenti termini:

“colui che, avendo, anche solo di fatto, la custodia, o dovendo avere la cura di una persona incapace di provvedere a sé stessa, per età, malattia, disabilità o altra causa, l’abbandona (...), è punito”.

La formulazione sopra proposta consente, peraltro, di individuare anche meglio il **soggetto passivo**, al di fuori di qualsiasi presunzione legale di incapacità: se il soggetto è incapace risulterà dalla situazione concreta, dalle circostanze di fatto, dal luogo e dal tempo dell’abbandono, etc. Questa indagine, in concreto, sulla incapacità del soggetto si salda, d’altra parte, con l’indagine in concreto sul pericolo derivante dall’abbandono.

3. La previsione di cui all’attuale secondo comma, la quale punisce come autonomo reato colui che **abbandono all’estero di un cittadino italiano infradiciottenne**, fatto emigrare per ragioni di lavoro, ormai da tempo non è più coerente con l’attuale quadro legislativo e con la realtà socio-economica.

Del resto, essa non risulta mai essere stata applicata: né nei decenni passati, quando poteva avere ancora una sua attualità, né, *a fortiori*, in tempi più recenti, quando risulta assolutamente anacronistica. Pare, pertanto, opportuno non riproporre in futuro tale previsione.

4. Il destino dell’attuale terzo comma dell’art. 591 c.p. – che prevede aumenti di pena **se dal fatto di abbandono derivi una lesione personale o la morte** – dipenderà dalla soluzione che si intende adottare, in linea generale, per i delitti dolosi aggravati dall’evento non voluto della morte o della lesione. Da parte di chi si scrive si auspica che tale soluzione assicuri:

- l’imputazione dell’evento morte o lesione **per colpa** (una colpa vera e propria, da accertarsi caso per caso, come ben ha statuito la giurisprudenza in relazione all’evento morte o lesione di cui all’art. 586);

- la qualificazione di morte o lesione in termini di **eventi del reato**, e non di mere circostanze aggravanti. A quest’ultima soluzione (natura circostanziale) si oppone, peraltro, un argomento tecnico-sistematico, come ben evidenziato da Ferrando Mantovani: tra il delitto-base di abbandono e la figura aggravata dalla morte o dalla lesione *non* intercorre quel *rapporto di genere a specie* che costituisce, invece, la condizione necessaria (anche se non sufficiente) per poter individuare, nella morte o nella lesione, altrettante circostanze del delitto-base. A ben guardare, infatti, qui un danno (la morte, la lesione) *si sostituisce* al pericolo prodotto dal delitto-base; conseguentemente, tra figura aggravata e delitto-base, lungi dall’esservi un rapporto di specialità, vi è un rapporto di reciproca esclusione.

Si consideri inoltre che la qualificazione di morte o lesioni in termini di circostanze le espone al *rischio di bagatellizzazione*: il loro disvalore potrebbe, infatti, scomparire senza lasciare tracce sulla pena per effetto di un giudizio di bilanciamento, ex art. 69, che riconosca su di essi prevalente o equivalente una qualsivoglia circostanza attenuante, presente nel caso di specie.

5. La circostanza aggravante prevista dall'attuale **quarto comma dell'art. 591** (il quale stabilisce che la pena è aumentata "se il fatto è commesso dal *genitore*, dal *figlio*, dal *tutore* o dal *coniuge*, ovvero dall'*adottante* o dall'*adottato*") per il futuro potrebbe anche essere soppressa, sia nell'ottica generale di una drastica riduzione del numero delle circostanze del reato, sia in considerazione della "parzialità" di tale circostanza che punisce ingiustificatamente di più talune situazioni confronto ad altre (non è forse altrettanto grave, ad es., l'abbandono commesso dal personale socio-sanitario preposto alla cura o alla custodia di un malato o di un disabile?).

6. Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, il delitto di abbandono potrebbe in futuro essere così formulato:

"colui che, avendo, anche solo di fatto, la custodia, o dovendo avere la cura di una persona incapace di provvedere a sé stessa, per età, malattia, disabilità o altra causa, l'abbandona mettendone in pericolo la vita o l'incolumità, è punito ...".

Da valutare la sistemazione (e la stessa previsione) dell'ipotesi aggravata dall'evento morte o lesioni personali.

art. 593 - delitto di omissione di soccorso

Premessa. Nel porre mano ad una riforma del delitto di omissione di soccorso – che riguardi, prima di tutto, la stessa sopravvivenza di tale delitto nel futuro codice – occorrerà tener presente la seguente circostanza: *sul piano teorico*, il delitto di omissione di soccorso svolge un fondamentale ruolo, per così dire, didascalico (essendo assunto ad ipotesi paradigmatica di tutti i reati omissivi propri) e simbolico-culturale (per la sua funzione di presidio penalistico del valore della solidarietà); *a livello prasseologico*, invece, occorre registrare una macroscopica divaricazione tra la comune percezione di plurimi, quotidiani casi di omessa assistenza a persone in pericolo, da un lato, e **l'assai esiguo numero di applicazioni giurisprudenziali dell'art. 593 c.p.** (segnatamente, del solo secondo comma), dall'altro: una divaricazione in gran parte dovuta alla

inutilizzabilità 'di fatto' di tale norma a causa della sua **formulazione letterale, imprecisa e obsoleta**, fonte di non pochi dubbi interpretativi e difficoltà applicative.

1. Una prima criticità legata all'attuale formulazione del delitto di abbandono concerne la sua struttura di reato di pericolo rispetto al bene giuridico "vita o incolumità individuale". La norma incriminatrice andrebbe pertanto riformulata in modo che emerga inequivocabilmente che:

- il bene giuridico protetto consiste nella **vita** e nell'**incolumità individuale**, e non già nel "dovere morale" di solidarietà (il che creerebbe una pericolosa sponda a interpretazione della norma in termini di "violazione di un dovere") o nel corretto svolgimento delle funzioni della polizia mortuaria (come è stato sostenuto in relazione all'ipotesi del "corpo inanimato");

- tale bene giuridico si trova esposto ad un **pericolo concreto** (da qualsiasi fonte derivante) che la condotta omissiva non rimuove e lascia persistere.

2. In coerenza con quanto detto al precedente punto 1, occorre riformulare anche l'elenco dei **soggetti passivi**, eliminando ipotesi che lascino il dubbio circa l'effettiva sussistenza di un pericolo per la vita o l'incolumità individuale ("corpo inanimato", in passato inteso, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, anche come "corpo di un morto"), e mettendo in evidenza, invece, la situazione di pericolo – meglio se si aggiunge "attuale" – in cui il soggetto passivo concretamente versa.

3. Solo nel caso di **fanciulli** potrà operarsi una deroga alla necessità di un accertamento giudiziale del pericolo nel caso concreto, e adottare *una formulazione letterale che consenta di presumere, sul fondamento di affidabili conoscenze empiriche, la presenza di un pericolo* (pericolo astratto).

Si consideri, d'altra parte, che l'attuale comma 1 non ha mai trovato applicazione. Già in sede di elaborazione del codice Zanardelli era stato osservato, in relazione al corrispondente primo comma dell'art. 389 c.p. 1889 (che fissava l'età a sette, anziché dieci anni) che una previsione del genere risultasse di *"impossibile applicazione*. Quando si incontra un bambino per la strada, come si fa a sapere se ha compiuto oppur no i sette anni, se è smarrito o abbandonato?".

Per evitare anche in futuro una siffatta inapplicabilità, ma preservare l'utilità di una previsione specificamente destinata ad offrire tutela a soggetti particolarmente vulnerabili, si propone, da un lato, di abbassare la soglia di età a 8 anni (bambini più grandi potranno comunque essere soggetti passivi del reato in virtù della previsione "persona che per età versi in una situazione di pericolo") e, dall'altro, di aggiungere l'avverbio "evidentemente" prima dei predicati "smarrito e privo di custodia": si pensi a Tizio che ritrova un bambino di tenera età disperso nel bosco e in lacrime.

4. Quanto alla **condotta doverosa omessa**, l'attuale art. 593 co. 2 sembra prospettare l'avviso all'autorità come perfettamente alternativo ed equivalente all'assistenza occorrente, mentre la giurisprudenza, forzando

la *littera legis*, ritiene che il soggetto ritrovatore sia obbligato a prestare l'assistenza occorrente e solo ove questa non sia possibile, possa optare per l'avviso all'autorità.

Né l'interpretazione strettamente letterale, né, tanto meno, quella fornita dalla giurisprudenza sono oggi soddisfacenti. Occorre, infatti, considerare che l'art. 593 è stato originariamente formulato:

– in un'epoca in cui ancora limitatissima era la diffusione del telefono – negli anni Trenta del secolo scorso ancora raro da trovarsi in una casa o in un locale pubblico, mentre ai nostri giorni è raro da non trovarsi, sotto forma di cellulare, nelle tasche di ogni persona;

– all'epoca, inoltre, i feriti e gli altri pericolanti bisognosi di cure mediche dovevano essere trasportati a mano, su carretti o, nei casi più fortunati (ma poco frequenti), su provvidenziali automobili; oggi, a parte la diffusione di massa dell'automobile, possono intervenire attrezzate autoambulanze, se non addirittura eliambulanze, la cui disponibilità ha abbattuto, in termini

impensabili negli anni Trenta del secolo scorso, i tempi di intervento e trasporto;

– ancora: all'epoca, il soccorso era affidato alla buona volontà di singole persone, "buoni samaritani" che dovevano dedicare mezzi, tempo ed energie propri per fornire assistenza; oggi, invece, esiste un servizio pubblico di assistenza per le emergenze, un'organizzazione evoluta a livello ospedaliero, un'istituzionalizzazione capillare di servizi di pronto soccorso;

– infine, di pari passo a questa maggiore disponibilità di servizi di soccorso ospedalizzati o, comunque, medicalizzati, nei decenni più recenti si è sempre più consolidata e diffusa, anche tra i "profani", l'esatta cognizione che in plurime circostanze l'intervento di una persona non esperta, che solleva, trasporta, manipola il corpo di un ferito, può risultare ben più dannoso dell'attesa

di qualche minuto in più di un soccorso da parte di soggetti competenti.

Oggi, pertanto, la modalità più adeguata (oltre che più agevole per il soccorritore) per prestare un efficace e tempestivo soccorso ad una persona consiste, nella gran maggioranza dei casi, in **una telefonata al 118 o al 113**, o nell'avvertire un poliziotto o un vigile che si trovi nelle immediate vicinanze.

Solo in casi residui una "telefonata" potrebbe essere inidonea a rimuovere tempestivamente la situazione di pericolo: se in alta montagna Tizio sta precipitando in un burrone, una telefonata potrebbe essere inutile; molto più utile lanciargli una corda, ove disponibile e ove la manovra di soccorso risulti possibile, senza rischio personale, per il soccorritore.

Alla luce delle precedenti considerazioni si propone la seguente riformulazione della norma incriminatrice dell'omissione di soccorso:

Chiunque, trovando un fanciullo minore degli anni otto evidentemente smarrito e privo di custodia, o una persona che per età, malattia, disabilità o altra causa versi in una situazione di pericolo attuale per la sua vita o la sua incolumità fisica, omette di prestare soccorso dando immediato avviso all'autorità ovvero, qualora l'avviso risulti inidoneo a rimuovere tempestivamente il pericolo, in altro modo suggerito dalle circostanze concrete e da lui ragionevolmente esigibile, è punito.

5. Quanto all'ipotesi aggravata dalla **lesione personale** o dalla **morte**, attualmente prevista dal terzo comma, occorre prima di tutto considerare quanto segue. A differenza della maggior parte dei reati che subiscono aumenti di pena in caso di produzione di morte o lesioni (ad es., rissa, abbandono di minori o incapaci, maltrattamenti, etc.) e in cui tali eventi devono necessariamente essere *non voluti*, nemmeno a titolo di dolo eventuale, perché altrimenti l'agente risponderebbe per il delitto doloso di omicidio o lesioni personali in concorso con il delitto base, ai fini dell'art. 593 co. 3 gli eventi morte o lesione possono, invece, essere **indifferentemente voluti o non voluti**. Il ritrovatore che omette il soccorso, infatti, non solo non produce la situazione di pericolo che poi degenera in danno, ma nemmeno riveste una posizione di garanzia rispetto ai beni vita o incolumità del soccorrendo; la sua l'eventuale volontà rispetto agli eventi morte o lesione non potrebbe, pertanto, in alcun caso comportare l'applicazione dei delitti dolosi di omicidio o di lesione personale

A tal proposito Cadoppi bene esemplifica nei seguenti termini: "se Tizio, in giro in campagna, trova in luogo deserto il proprio peggior nemico Caio ferito, e, desiderando che egli muoia, non lo soccorre, anche in caso di morte di Caio in conseguenza dell'omissione, egli non commette un omicidio, né doloso né colposo. Sarà solo punibile in applicazione dell'ultimo capoverso dell'art. 593".

Per il resto, valgono le medesime considerazioni già formulate in relazione agli eventi morte o lesioni, conseguenti al delitto di abbandono di minori o incapaci (auspicio che essi assumano il ruolo di "**eventi**" di un reato autonomo, e non già di circostanze aggravanti; auspicio che la loro imputazione sia subordinata almeno alla "**colpa**")

6. Operate tutte le predette modifiche sull'art. 593 c.p., andrà infine curato il coordinamento della nuova previsione del delitto di omissione di soccorso con la figura speciale di **omissione di soccorso stradale** di cui all'art. 189 co. 7 del codice della strada, di cui si segnala – a differenza di quanto avvenuto per l'art. 593 c.p. – un'applicazione giurisprudenziale non infrequente.

12 bis. Note a margine alle proposte di riforma dei delitti in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p.

(Antonio Vallini)³⁶

- Concordo con la prescelta (non) definizione di rissa, anche perché corrisponde alla nozione “comune” del concetto, e dunque corrisponde ad esigenze di conoscibilità e prevedibilità del precetto penale. D’accordo con quanto rilevato da Marco Pelissero, per descrivere la condotta riproporrei tuttavia l’espressione, “tradizionale”, “partecipare ad una rissa”

Il secondo comma della fattispecie di rissa, per come proposto dall’autore, costituisce semplicemente un rinvio a regole di parte generale e, dunque, appare superfluo, oltre che non facilmente conciliabile con quanto proposto da Stefano Canestrari e Giovannangelo De Francesco in tema di omicidio preterintenzionale. Riterrei dunque preferibile non inserire quel secondo comma.

- Rispetto alla formulazione della “omissione di soccorso”, concordo con la sostanza di quanto proposto da Fabio Basile, ma riterrei preferibile una formulazione più sintetica, sia per esigenze di intelligibilità (ad es., non mi sembra necessario precisare “per malattia, disabilità o altra causa”, trattandosi di locuzione onnicomprensiva e dunque priva di capacità selettiva della tipicità), sia perché può essere motivo di complicazioni inserire clausole che rischiano di creare “cortocircuiti” con regole di parte generale (ad es., uno stato di necessità, che renda inesigibile il soccorso, indubbiamente escluderebbe la punibilità dell’omissione: è dunque davvero opportuno porre già nella fattispecie incriminatrice un limite di rilevanza penale di analogo tenore, correlato alla “ragionevole esigibilità”?

Quanto alla formulazione del reato di “abbandono”, come ad altri del gruppo appare problematico – in quanto in contrasto con logiche di legalità del fatto tipico omissivo - il riferimento ad una sorta di posizione di garanzia originante da situazioni di “fatto”. La scelta andrebbe coordinata con altra da compiere sul piano della parte generale.

³⁶ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

12 – ter: Note a margine in tema di delitti contro l’embrione umano e la maternità, di reati di omicidio e fattispecie a struttura preterintenzionale, di abbandono di persona incapace

(Marco Pelissero)³⁷

Nozione di prossimo congiunto

Avevamo convenuto di provare a prevedere due fattispecie di omicidio in luogo delle attuali figure circostanziali e Gianluca Gentile ha fatto un ottimo lavoro. Ho un rilievo su un punto³⁸.

Sono prossimi congiunti sia il convivente di fatto che la persona legata da una stabile relazione sentimentale: credo che la nozione di prossimo congiunto non possa dare ingresso a rapporti di mera convivenza di fatto (sono tali, ad esempio, due studenti che condividono un appartamento durante la frequenza dell’università). L’allargamento della nozione di prossimo congiunto, in modo da comprendere i congiunti “di fatto” è del tutto ragionevole, purché mantenga la ratio che sta alla base della definizione fondata sui rapporti formali di parentela. Sono i rapporti affettivi ad essere rilevanti e non il mero dato della convivenza di fatto (in tal caso siamo di fronte a soggetti sì “prossimi”, ma non “congiunti”). Anche la nozione di violenza domestica di cui al d.l. 93/2013 dà rilevanza al rapporto affettivo a prescindere dalla convivenza (per violenza domestica si intendono «uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima»).

Questo rilievo non esclude che nella fattispecie di assassinio possa essere data rilevanza all’uccisione del convivente di fatto: semplicemente darei rilevanza a questa situazione, inserendo una lettera aggiuntiva dopo quella che riguarda i prossimi congiunti.

Art. 584 e connesse questioni relative all’art. 586 c.p. ed ai reati aggravati dall’evento

³⁷ Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

³⁸ Rilevi che si riferiscono ad una prima proposta di Gianluca Gentile circa la definizione di “prossimi congiunti”, successivamente riconsiderata anche in considerazione delle osservazioni di Marco Pelissero (v.supra, nt.21)

Si tratta di un punto centrale, per il rilievo teorico e pratico, nella riflessione dei delitti contro la persona. Anche se non vi è stato il tempo per una approfondita discussione, la soluzione proposta da Canestrari e De Francesco, unitamente al coordinamento di Vallini (abrogazione art. 586 c.p. e ipotesi di delitti aggravati dall'evento), mi pare molto convincente. Sviluppo un rilievo formale per dare maggior forza alla proposta.

Quanto all'art. 584 c.p. entrambe le relazioni convergono sulla plausibilità del mantenimento dell'omicidio preterintenzionale e sulla necessità di individuare nella colpa il criterio di imputazione soggettivo dell'evento morte; quanto al profilo oggettivo, si sottolinea che «il delitto doloso di base deve rappresentare un illecito di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici di elevato rango che vengono compromessi al momento della verifica dell'evento qualificante». Mi convincono pienamente entrambi i profili, ma mi chiedo se il testo proposto rischi di non rendere ben evidente la connotazione oggettiva del rapporto tra violenza di base ed offesa più grave. La «violenza alla persona» deve essere «tale da rendere prevedibile un'offesa più grave»: l'espressione “tale da rendere prevedibile” non rischia di essere letta in chiave di prevedibilità soggettiva e quindi assorbita dalla colpa? La prevedibilità a cui hanno pensato i redattori della proposta è di tipo oggettivo, perché deve avere una funzione di selezione delle fattispecie-base penalmente rilevanti. Mi chiedo se, per evitare i dubbi a cui potrebbe andare incontro la norma, non sarebbero preferibili espressioni più marcatamente oggettive: “Chiunque, commettendo una violenza alla persona idonea a svilupparsi in un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo, è punito”; “Chiunque, commettendo violenza alla persona, quando dal fatto è oggettivamente prevedibile un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo, è punito”.

Abbandono di persona incapace

Continua a non convincermi la previsione della rilevanza penale della custodia di fatto che rappresenta la legittimazione della giurisprudenza che amplia le posizioni di garanzia alle situazioni di fatto da c.d. contatto sociale. A mio avviso, va eliminato l'inciso “anche solo di fatto”.

Tutela dell'embrione, della maternità e interruzione della gravidanza

Maternità surrogata

Ritengo convincente la proposta n. 2 del testo elaborato da Vallini.

Interruzione della gravidanza

Va chiarito nell'articolato che rimane ferma la disciplina delle fattispecie costruite in termini di inosservanza alla procedura di interruzione della gravidanza ex l. 194/1978, altrimenti non si comprende che fine facciano queste fattispecie che l'attuazione della riserva di codice ha lasciato nella legge complementare.

Sono convinto che sulla l. 194/1978 non si debba intervenire, specie in relazione alla procedura prevista per l'interruzione (suggerisce invece modifiche alla disciplina del colloquio Eusebi): non abbiamo tra l'altro preso posizione in relazione alla scriminante procedurale prevista per il delitto di aiuto al suicidio e mi pare che si debba qui procedere allo stesso modo.

Lesioni fetali dolose e colpose

Se si opta per il mantenimento di queste due ipotesi di reato, andrebbe rivista la punibilità della madre in caso di lesioni dolose, che la proposta si limiti ad assoggettare ad una pena più bassa: si consideri il caso di una donna in stato di gravidanza, psicologicamente fragile e assuntrice di psicofarmaci e sostanze stupefacenti, alla quale il medico abbia indicato di interrompere l'uso delle sostanze che hanno un effetto nocivo sulla salute del feto; la madre, nonostante le indicazioni, continua ad assumere le sostanze. Siamo davvero sicuri che si tratti di una condotta sorretta da colpa cosciente con conseguente non punibilità della madre, o non piuttosto di dolo eventuale, con conseguente punibilità? A mio avviso bisognerebbe prevedere che il giudice "tenuto conto della condizione psichica della madre, possa escludere" la punibilità anche in caso di condotta dolosa.