

I

I reati contro la persona

Capitolo 1

I reati contro la vita

Isabella Leoncini

SOMMARIO: Sezione I. *Il bene tutelato, il soggetto passivo e l'evento tipico.* – Sezione II. *L'omicidio doloso e colposo.* – Sezione III. *Altre fattispecie di omicidio.* – Sezione IV. *I reati contro la vita con la partecipazione della vittima.*

Sezione I

Il bene tutelato, il soggetto passivo e l'evento tipico

SOMMARIO: 1. La “vita umana” come bene supremo. – 2. La nozione di “persona umana”. – 3. Il “diritto alla vita” e la tutela affievolita della vita prenatale. – 4. L'evento morte. – 5. La questione della “disponibilità” o “indisponibilità” della vita. – 6. L'intangibilità della vita umana.

1. La “vita umana” come bene supremo

La vita umana è il primo tra i beni altamente personali, preesistenti a qualunque riconoscimento giuridico, in quanto attinenti alla *persona come tale*. Pur non trovando espressa menzione nella Costituzione italiana (a differenza che in altre, es.: art. 2, comma 2 Cost. tedesca, art. 15 Cost. spagnola, art. 24, comma 1 Cost. portoghese), la vita deve essere considerata il *bene giuridico primario in assoluto* nella gerarchia costituzionale, necessariamente *consacrato per implicito* e non soltanto indirettamente desumibile da disposizioni costituzionali richiamanti altri beni contigui (es.: diritto alla salute) o dettate a fini particolari (es.: divieto della pena di morte) o da norme ordinarie (es.: sui delitti contro la vita individuale). Più precisamente, il fondamentale *principio personalistico*, ex art. 2 Cost., sancendo la centralità e il primato della persona umana su ogni altro valore, impone all'ordinamento il dovere basilare della tutela dei diritti inviolabili

dell'uomo, e tra questi la vita assurge al rango più elevato, trattandosi: a) del *bene-presupposto* per eccellenza, prioritario, sul piano naturalistico e logico, in quanto imprescindibile per il godimento di ogni altro diritto (anche quelli afferenti agli altri beni-presupposto: integrità fisica e *status libertatis*; v. più ampiamente: *infra*, § 4); b) del *bene-fine* per eccellenza, preminente sugli altri beni-fine personali, rispetto ai quali i beni-mezzo assumono mero carattere strumentale¹. In una prospettiva costituzionalmente orientata, pertanto, la vita umana non può mai risultare subordinata ad alcun altro interesse, individuale, statale o collettivo, secondo logiche utilitaristiche. Sotto questo profilo, l'organizzazione della parte speciale del codice penale secondo la c.d. *progressione discendente*, dai delitti contro lo stato a quelli contro i beni individuali, pur bisognosa di radicale rielaborazione per ragioni soprattutto simboliche, non incide sulla gerarchia di valore tra interessi statali o collettivi e interessi individuali, da vagliarsi, invece, alla luce dell'attuale sistema costituzionale.

In linea con la sua natura di bene personale primario, la vita si colloca altresì al vertice dei diritti umani contemplati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 3), dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ne impone espressamente agli stati aderenti la protezione legale, anche mediante norme di natura preventiva (art. 2), in quanto "*primo dei diritti dell'uomo*", "*valore supremo nella scala dei diritti umani*" (CEDU, sent. 22.3.2001, Streletz, Kessler e Krenz c. Germania, §§ 87 e 94) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 2).

Sebbene tradizionalmente si tenda in linea di principio a negare l'esistenza di obblighi costituzionali di criminalizzazione, lo strumento della pena criminale appare in linea di massima indispensabile all'efficace salvaguardia della vita umana, imposta dall'art. 2 Cost. E, in effetti, le incriminazioni poste a presidio della vita si atteggiavano quali paradigmatici *delitti naturali*, appartenenti alle c.d. *costanti* del diritto penale. Inoltre, al presente, l'obbligo per gli stati membri della criminalizzazione della causazione dolosa della morte di un uomo è esplicitamente disposto dalla Corte europea (CEDU, sent. 3.4.2001, Keenan c. Regno Unito, § 88), che invece ammette la possibile adeguatezza di mezzi di tutela diversi in ipotesi di causazione colposa, e segnatamente della tutela risarcitoria civile con riferimento alla responsabilità medica (sent. 17.1.2002, Calvelli e Cigliio c. Italia, § 51; sent. 20.11.2004, Öneriyildiz c. Turchia, § 92), pur confermando che lo strumento penale resta il più opportuno nei casi di colpa grave in relazione alle attività pericolose (sent. 20.11.2004, cit., § 93. Sul

¹ Per la vita come bene-presupposto, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2016, 93; per la distinzione tra beni-mezzo e beni-fine, Id., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, 201.

problema del possibile affievolimento della tutela della vita in fase prenatale e terminale, v. *infra*, § 3 e Sez. IV, § 3).

Nel nostro ordinamento la vita umana trova tutela diretta o indiretta in un'ampia serie di norme incriminatrici monoffensive e plurioffensive, dislocate in vari titoli della parte speciale del codice penale, quale oggettività giuridica esclusiva (es.: art. 575) o accanto ad altri beni giuridici eterogenei (es.: patrimonio nell'art. 630) o a essa contigui o strumentali (es.: sicurezza del lavoro nell'art. 437), nonché nella legislazione penale *extra codicem* (es.: art. 18, l. n. 194/1978). In particolare, i "delitti contro la vita", di cui al capo I del titolo XII del libro II del codice penale (artt. 575, 576, 577, 578, 579, 580, 584, 586, 589), sono posti a presidio del bene *vita umana* nella sua *dimensione di bene singolo*, essendo diretti a colpire aggressioni alla vita di una o più persone determinate, mentre la vita è tutelata in una dimensione trans-individuale, accanto all'integrità fisica e alla salute, dalle norme del titolo VI sui delitti contro l'incolumità collettiva, in quanto le condotte ivi previste, per la diffusività del pericolo, sono potenzialmente idonee a mettere a repentaglio la vita di un numero indeterminato di persone².

La tutela penale della vita umana copre, in virtù della formulazione dei delitti di omicidio (nonché di altre svariate fattispecie con evento di morte), secondo il paradigma del reato a *forma libera* e la loro previsione in *tutte le forme della colpevolezza*, ogni possibile modalità di aggressione al bene tutelato. La massima estensione nell'ordinamento positivo della protezione penale della vita umana ne conferma, a livello di legge ordinaria, il valore ineguagliabile, essendo notoriamente il grado di frammentarietà della tutela inversamente proporzionale al rango del bene protetto.

Alla luce del principio personalistico sancito dal Costituzione, la vita umana come oggetto della tutela penale va intesa nella sua dimensione *individuale* di bene della persona, a prescindere da ogni risvolto utilitaristico a vantaggio della collettività o dello stato³.

Nell'ordinamento vigente, peraltro, i delitti contro la vita risultano informati a un modello di *tutela rigorosamente oggettiva*, che prescinde dall'eventuale rinuncia al bene del titolare (cfr. artt. 579 e 580; sulle problematiche in materia, v. Sez. IV).

² Cfr. S. CANESTRARI, *I delitti contro la vita*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2009, 276.

³ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, 2 s.

2. La nozione di “persona umana”

La precisa individuazione dei contorni del bene vita umana tutelato dal titolo XII si pone in stretta correlazione con l'identificazione del titolare del bene. Nei delitti contro la vita individuale, il soggetto passivo è qualificato talora con il termine “uomo” (es.: artt. 575, 584), che nel suo significato proprio (senza necessità del ricorso all'interpretazione estensiva, da taluno ipotizzata) indica genericamente *qualsiasi persona umana*, come conferma del resto l'utilizzo della dizione “persona” in altre fattispecie incriminatrici poste a tutela della vita individuale e collettiva (es.: artt. 589, 422)⁴. La qualità di persona va valutata a prescindere dal genere, dall'età e dallo stato di salute, purché si tratti di soggetto dotato di *vitalità autonoma*, anche se non necessariamente di autosufficienza (v. più ampiamente *infra*, in questo paragrafo) e cioè indipendentemente da eventuali condizioni patologiche che ne compromettano talune funzioni fisiologiche (es.: paziente in stato vegetativo persistente; neonato prematuro), rendendo necessario il ricorso a sostegno meccanico vitale o a alimentazione e idratazione artificiali, oppure da malformazioni che, in prospettiva, ne precludano la sopravvivenza (es.: neonato anencefalo). Irrilevante è ovviamente, infine, la morfologia fisica del soggetto, essendo sufficiente la condivisione del patrimonio genetico col genere umano⁵. Tenendo conto delle possibili future realizzazioni della medicina e dell'ingegneria genetica, giuridicamente consentite o anche poste in essere in violazione di legge, irrilevanti debbono essere considerate altresì le modalità di fecondazione, sessuata o asessuata (mediante clonazione) e gestazione, materna o extra-materna (animale o meccanica), e la nozione di uomo deve essere estesa fino a coprire qualunque essere provvisto di materiale genetico umano, ancorché combinato con quello di altre specie (in caso di c.d. ibridazione)⁶.

La nozione di uomo è andata assumendo nel tempo una spiccata connotazione normativa, potendo essere ricostruita soltanto attraverso il riferimento a un complesso di disposizioni afferenti, da un lato, alla disciplina in materia di aborto (l. n. 194/1978), al fine di distinguere l'uomo dal *concepito*, che gode nel nostro ordinamento di una tutela specifica (cfr. l. n. 194/1978; l. n. 40/2004), ma affievolita rispetto a quella riservata all'uomo (v. § 3); dall'altro, a quella in materia di accertamento della morte (v. § 4), al fine di distinguere l'uomo dal *cadavere* che, pur godendo di una tutela autonoma rispetto a quella delle cose oggetto di diritti patrimoniali in ragione della sua peculiare essenza (in ambito penale, v. artt.

⁴ Cfr., per tutti, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, 2008, 9 ss.

⁵ F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., 13 s.

⁶ V. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 31 s.

410-413 c.p.), è in qualche misura assimilabile alla *res*, andando soggetto a una serie di atti dispositivi da parte del titolare (es.: a fini scientifici o di trapianto).

Circa il criterio distintivo tra uomo e *concepito*, e conseguentemente tra i delitti contro la vita del titolo XII e i residui delitti di aborto previsti dall'ordinamento vigente, inadeguate appaiono le tesi tradizionali che collocano su base empirica la cesura tra i due stadi di sviluppo dell'essere umano al momento della nascita oppure del distacco dall'utero⁷, in quanto messe in crisi dalle acquisizioni della neonatologia e smentite dallo stesso diritto positivo. In particolare, la risalente tesi che riconosceva la qualità di persona soltanto al nato è sconfessata dall'art. 578 c.p., che, circoscrivendo il trattamento sanzionatorio favorevole rispetto a quello dell'omicidio comune alla madre determinata al fatto da condizioni di abbandono materiale e morale, considera inequivocabilmente "uomo", non soltanto il neonato, ma anche "il feto durante il parto"; mentre la tesi che richiede il distacco dall'utero non si concilia con l'attuale disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza (v. *infra*).

Fondata, in quanto aperta all'evoluzione scientifica e coerente con l'ordinamento vigente, è invece la tesi che rinviene il criterio selettivo nella *capacità di vitalità autonoma*, da intendersi nel senso relativo di *capacità di vita extracorporea*, anche se non necessariamente di autosufficienza, da rapportarsi alle progressive acquisizioni della neonatologia⁸. Decisivo per l'accoglimento della nozione di uomo come essere capace di vitalità autonoma si rivela il riferimento all'art. 7, comma 2, ultimo periodo, l. n. 194/1978, che ricollega alla mera "possibilità di vita autonoma" del feto il duplice effetto: a) di confinare la liceità dell'interruzione volontaria della gravidanza nei limiti delle sole *situazioni necessitanti*, in cui "la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna". Il *divieto* di praticare l'*aborto*, cioè l'interruzione della gravidanza con conseguente morte del feto, qualora questo sia capace di vita autonoma, indica che la legge lo considera come "uomo" e non più soltanto come "concepito", dovendosi pertanto riportare le eventuali violazioni nell'alveo dell'omicidio comune, doloso o colposo, ex artt. 575 o 589 (sarà configurabile, invece, il reato dell'art. 19, l. n. 194/1978, ove al fatto non consegua la morte del feto); b) di gravare il medico che esegue l'intervento interruttivo della gravidanza dell'*obbligo* (di garanzia) di "*adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto*".

La mancata previsione di una specifica sanzione per l'inosservanza dell'obbligo in parola (cfr. art. 19, l. n. 194/1978, che sanziona il fatto di chi cagiona l'interruzione della gravidanza "senza l'osservanza delle modalità"

⁷ V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 12.

⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 28 s.

di cui all'art. 7, cioè con inosservanza delle sole *procedure* ivi previste) conferma ulteriormente l'applicabilità delle incriminazioni comuni poste a tutela della vita e salute umana. Più precisamente, la sussistenza dell'obbligo di protezione della vita del feto, *ex* art. 7, l. n. 194/1978, ne attrae l'eventuale violazione nella sfera operativa dell'art. 591 (nella sua fattispecie base, ove dal fatto non derivino conseguenze lesive, oppure nella fattispecie aggravata, ove ne derivino lesioni o morte non volute), trattandosi di abbandono di persona incapace, di cui il medico "deve avere la cura", e degli artt. 575 ss. e 582 ss. (ove la morte o le lesioni, derivate dal mancato intervento, siano volute).

3. Il "diritto alla vita" e la tutela affievolita della vita prenatale

La distinzione tra *uomo* e *concepito* assume estremo rilievo per il diverso grado di protezione accordato nei due casi dal diritto vigente al bene vita umana.

Nell'ordinamento italiano la vita umana risulta espressamente tutelata "fin dal suo inizio" (v. art. 1, comma 1, l. n. 194/1978) e l'embrione umano è autonomamente tutelato anche prima e a prescindere dall'impianto in utero (cfr. artt. 13 e 14, l. n. 40/2004). Ancor prima, peraltro, pur in assenza di specifiche statuizioni in materia, la tutela della vita del concepito trova fondamento nella Costituzione, come esplicitamente affermato dalla Corte costituzionale (cfr. sentt. n. 27/1975, n. 35/1997), secondo la quale la situazione giuridica del concepito "si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo" riconosciuti e garantiti dall'art. 2, e il suo diritto a nascere, denominato dalla Corte *diritto alla vita*, è da considerarsi oggetto di specifica salvaguardia costituzionale. Come ricorda la stessa Corte, il principio che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio è inoltre oggetto di esteso riconoscimento sul piano internazionale, dovendosi anzitutto richiamare in proposito la "Dichiarazione sui diritti del fanciullo" approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (New York, 1959), nel cui preambolo è scritto che "il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita".

Nonostante tali riconoscimenti, per il nostro diritto vigente il concepito *non è giuridicamente persona umana* e la sua vita gode soltanto di una protezione *affievolita* rispetto a quella dell'uomo. Tale disparità di tutela appare in qualche misura avallata a livello sovranazionale, sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale non indica il momento iniziale della vita (contrariamente alla Convenzione americana sui diritti dell'uomo, che all'art. 4 impone la tutela della vita fin dal concepimento), sia

dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha di recente sostanzialmente negato il diritto alla vita dell'embrione (v. sent. 7.3.2007, Evans c. Regno Unito).

Più precisamente, la l. n. 194/1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza, consente il sacrificio della vita del concepito a tutela di beni di rango inferiore facenti capo alla donna, essendo l'aborto lecito entro i primi 90 giorni, alla duplice condizione che: a) siano rispettate le procedure di cui alla stessa legge; b) ricorra una situazione di "serio pericolo per la salute fisica o psichica" della donna, in relazione allo stato di salute, alle condizioni economiche, sociali o familiari, o alle circostanze del concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito (v. art. 4). Il requisito del "serio pericolo per la salute fisica o psichica", tra l'altro, viene inteso nella pratica in senso quanto mai ampio, o *tamquam non esset*, bastando, in realtà, la dichiarazione della donna di voler abortire, senza che siano compiuti ulteriori indagini mediche o tentativi di dissuasione, tramite il sostegno concreto alla donna per la rimozione delle cause o la proposizione di soluzioni ai problemi che la inducano a interrompere la gravidanza, pur espressamente imposti dalla legge (art. 5). Dopo i primi 90 giorni, l'aborto è lecito: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6).

Le residue ipotesi di reato in materia di aborto mirano a tutelare direttamente beni diversi dalla vita del concepito, quali la volontà, la vita o l'incolumità della donna (procurato aborto di donna non consenziente, aborto preterintenzionale; art. 18), oppure il rispetto delle procedure indicate dalla legge (art. 19), e solo indirettamente la vita del concepito.

Quanto alla l. n. 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita, fin dalla sua formulazione originaria, essa ammetteva il rischio di morte di taluni embrioni che non riuscissero a impiantarsi, al fine di assicurare "concrete aspettative di gravidanza" (cfr. Corte cost., sent. n. 151/2009). Inoltre, a seguito della parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004 (sent. n. 151/2009), la tutela del concepito subisce oggi un nuovo opinabile ridimensionamento, essendo venuto a cadere il divieto di produzione di ulteriori embrioni soprannumerari (rispetto ai tre previsti dal testo originario della norma), ai fini della eventuale ripetizione dell'intervento di fecondazione medicalmente assistita in caso di insuccesso. Nel testo vigente, pertanto, la protezione della vita dell'embrione si riduce al divieto, penalmente sanzionato, di sperimentazione con finalità diverse dalla tutela della salute e sviluppo dell'embrione stesso (art. 13).

4. L'evento morte

La morte costituisce l'evento tipico dei delitti contro la vita; ancor prima, peraltro, la sua definizione concorre a delimitare il concetto di persona umana, consentendo di differenziare l'"uomo" dal "cadavere". La nozione di morte, pur necessariamente fondata su un sostrato biologico, è "concetto di valore", "un costrutto morale con una base biologica"⁹. In ragione della *natura processuale* della morte biologica, infatti, la scelta relativa all'individuazione del momento della morte poggia su inevitabili parametri assiologici, risultando variabile a seconda di sottostanti concezioni, antropologiche e filosofiche.

Nell'ordinamento vigente, la morte costituisce elemento normativo, potendo essere determinata unicamente attraverso il riferimento alla specifica disciplina dettata per il suo accertamento (cfr. l. n. 578/1993; d.m. n. 582/1994, aggiornato con d.m. 11.7.2008), che la fa coincidere con la *cessazione totale e irreversibile delle funzioni del sistema nervoso centrale*, cioè con la c.d. *morte encefalica*, che peraltro indica non la morte biologica in senso proprio, bensì l'entrata nel processo irreversibile della morte¹⁰.

L'attuale definizione legislativa, basata sui criteri indicati nel Rapporto di Harvard del 5.8.1968 (AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, *Journal of the American medical association*, 1968, CCV, 85-88; cfr. anche il documento sul trapianto di organi della Conferenza dei Ministri europei della sanità, Parigi, 16-17 novembre 1987), accolti dalla maggioranza delle legislazioni (in Europa, Stati Uniti, Australia, Canada, America Latina, gran parte dei paesi asiatici e diversi paesi africani), è di recente contrastata su un duplice fronte da tesi che vorrebbero, alternativamente, posticipare o anticipare la morte in senso giuridico, con evidenti implicazioni sulla risoluzione del duplice problema della determinazione: 1) del momento della *cessazione dell'obbligo di curare*, con conseguente opposto obbligo di sospendere le pratiche rianimatorie, l'uso di apparecchi di sostegno vitale e la nutrizione e idra-

⁹V., rispettivamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 35; J. LACHS, *The element of choice in criteria of death*, in AA.VV., *Death: beyond whole-brain criteria*, a cura di R.M. Zaner, Dordrecht, 1988. Cfr. anche: Corte cost., sent. n. 414/1995, secondo cui al fine di determinare "il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana", il legislatore "è chiamato a ponderare, in una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento".

¹⁰Cfr. H. JONAS, *Against the stream. Comments on the definition and redefinition of death*, in *Contemporary issues in bioethics*, a cura di T.L. Beauchamp e L. Walters, Belmont, Cal., 1982, 288-293; ID., *Morte cerebrale e banca di organi umani: sulla ridefinizione pragmatica della morte*, in H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, a cura di P. Becchi, Torino, 1992, 167-184; ID., *Morire dopo Harvard*, Brescia, 2009; DANISH COUNCIL OF ETHICS, *Death criteria, a report*, Copenhagen, 1989.

tazione artificiali; 2) del momento in cui diventa *lecito il prelievo degli organi* a fini di trapianto, richiedendo di regola la legge che esso sia effettuato “da cadavere”.

Relativamente marginali al presente sono le critiche che contestano, al contempo, sia l’attendibilità dei criteri di accertamento della morte encefalica, sia l’asserita prospettiva *riduzionista* insita nello stesso concetto di morte encefalica, che, non potendo essere equiparata alla “morte dell’organismo”, cioè biologica, non potrebbe essere considerata a pieno titolo come morte della *persona*¹¹. Se portata alle sue estreme conseguenze, la tesi in parola comporterebbe il duplice effetto: a) di protrarre il dovere di mantenere artificialmente “in vita” corpi che, in realtà, non possono essere più considerati “persona”, in quanto la morte encefalica significa morte naturale di tutte le funzioni vitali; b) di posticipare (o rendere addirittura impraticabile) il prelievo di organi a fini di trapianto.

Tuttavia, su questo ultimo punto, i suoi fautori, almeno in prevalenza, non sembrano auspicare una simile soluzione, allineandosi piuttosto alla proposta del Comitato danese di etica, secondo la quale, poiché la cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali identifica l’inizio irreversibile del processo del morire, essa, previo esplicito consenso del paziente, può essere considerata premessa sufficiente per il prelievo degli organi.

Crescente adesione trovano invece le tesi che propongono sostituire la nozione legale di morte encefalica totale con quelle alternative di: a) *morte tronco-encefalica*, identificata con la cessazione delle funzioni del solo tronco encefalico, cioè limitata alle regioni encefaliche inferiori che presiedono alle attività respiratoria cardiaca e circolatoria, senza considerare l’attività della corteccia cerebrale. Da tempo adottata nell’ambito delle linee guida per l’accertamento della morte seguite nel Regno Unito, in assenza di una definizione legale di morte (cfr., da ultimo, ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A code of practice for the diagnosis and confirmation of death*, 2008), la nozione di morte tronco-encefalica sembra ora condivisa dal Comitato Nazionale di Bioetica, che in un recente documento (*I criteri di accertamento della morte*, cit.) finisce sostanzialmente per negare la differenza tra morte encefalica totale e morte tronco-encefalica, accogliendo sul punto le conclusioni dell’Academy of Medical Royal Colleges e del Centro Nazionale Trapianti, secondo cui la cessazione irreversibile dell’attività del tronco encefalico comporterebbe necessariamente anche quella della corteccia cerebrale; b) *morte corticale*, cioè limitata alle regioni cerebrali superiori (corticale e subcorticale), fondata sulla identi-

¹¹ Cfr. R. BARCARO-P. BECCHI-P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita*, Milano, 2008; L. SCARAFFIA, *Postilla* al Documento del Comitato Nazionale di Bioetica *I criteri di accertamento della morte*, del 24.6.2010.

ficazione della persona con la *coscienza* e sostenuta in base a una prospettiva etica di matrice dichiaratamente utilitaristica¹².

L'eventuale futura recezione legislativa di una delle due tesi da ultimo riferite comporterebbe evidentemente l'anticipazione, sia del momento della cessazione dell'obbligo di curare, sia di quello in cui è lecito il prelievo di organi a fine di trapianto. A sconsigliare l'adozione del criterio della morte tronco encefalica è soprattutto la persistente incertezza scientifica sulla sua reale equivalenza alla morte encefalica. Assolutamente da respingere – e non soltanto *de iure condito* perché in contrasto con la legge vigente, ma anche *de iure condendo* – è invece il criterio della morte corticale, che porterebbe a dichiarare *morte* le persone in stato vegetativo, la cui effettiva irreversibilità, tra l'altro, risulta di accertamento estremamente arduo. Inoltre, particolarmente pericolosa risulta la tendenza all'identificazione della persona umana con la coscienza, presupposto della tesi in parola, e che coerentemente induce i suoi sostenitori a proclamare la liceità della soppressione di qualunque soggetto che ne appaia privo¹³.

5. La questione della “disponibilità” o “indisponibilità” della vita

In base al tradizionale principio della c.d. “indisponibilità” della vita, la tutela penale del bene opererebbe *in ogni caso* anche contro la volontà del titolare, precludendo perciò all'individuo, non soltanto la volontaria distruzione della propria vita, *manu aliena* (cioè prestando il consenso alla propria uccisione da parte di terzi) e *manu propria* (in questa prospettiva, la mancata incriminazione del tentato suicidio risponderebbe a mere ragioni di opportunità e non se ne potrebbe invece desumere la liceità del suicidio; v. Sez. IV, § 4), ma anche la rinuncia volontaria alla vita, cioè il lasciarsi morire (es.: rifiutando cure salvavita). A detta impostazione, si va oggi contrapponendo quella antitetica e sempre più diffusa della “disponibilità” della vita, con conseguente rivendicazione, *de iure condito*, del diritto al rifiuto delle cure salvavita e, *de iure condendo*, della legalizzazione di pratiche eutanasiche e di suicidio assistito, in ossequio allo “spirito del tempo presente”¹⁴.

La tesi dell'indisponibilità ricerca il suo fondamento positivo in tre dati essenziali: 1) l'asserito atteggiarsi del bene vita quale interesse non solo individuale, ma altresì *collettivo*, come si evincerebbe dall'art. 32 Cost., nella parte in cui definisce la salute (e pertanto, secondo questa imposta-

¹² V., per tutti, P. SINGER, *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in *Bioetica*, 1, 2000, 31-49.

¹³ Cfr. P. SINGER, *Giustificare l'infanticidio*, in *Scritti su una vita etica*, Milano, 2004, 205-212.

¹⁴ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *I delitti contro la persona*, cit., 3.

zione, *a fortiori* la vita) “diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività”; 2) la presunta portata di principio generale dell’ordinamento della disposizione dell’art. 5 c.c., che, vietando gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, *a fortiori* sottintenderebbe il divieto di disporre della vita; 3) l’incriminazione, *ex* artt. 579 e 580 c.p., dell’omicidio del consenziente e dell’aiuto al suicidio, che attesterebbe l’appartenenza della vita al novero dei beni assolutamente indisponibili, ai sensi dell’art. 50 c.p.

A detti argomenti, i fautori della disponibilità oppongono: 1) la pertinenza esclusiva alla sfera individuale dell’interesse alla vita, di cui il singolo sarebbe unico titolare in base al diritto alla c.d. *autodeterminazione*, costituzionalmente fondato sulla inviolabilità della libertà personale, *ex* art. 13, nonché sul divieto di trattamenti sanitari obbligatori, *ex* art. 32, e ulteriormente confermato a livello di legge ordinaria dalla disciplina del consenso informato al trattamento medico; 2) la ridotta portata operativa del dettato dell’art. 5, che lungi dal rappresentare un principio generale dell’ordinamento, sarebbe destinato a spiegare la sua efficacia esclusivamente nell’ambito dei rapporti di diritto privato, quale espressione del principio di *extrapatrimonialità* del corpo umano, sancito a livello internazionale (Convenzione di Oviedo; Carta di Nizza)¹⁵; 3) la necessità di rinvenire le indicazioni idonee a risolvere il problema della disponibilità o indisponibilità della vita nella Costituzione e non nelle norme ordinarie degli artt. 579 e 580 c.p., la cui conciliabilità, totale o parziale, con il vigente quadro costituzionale, dovrebbe, anzi, essere attentamente vagliata.

Va preliminarmente osservato che le nozioni di matrice privatistica di “disponibilità” e “indisponibilità”, riferite al bene vita, appaiono in certa misura improprie, in quanto la disponibilità in senso stretto appare correttamente attribuibile soltanto ai diritti *trasferibili*, aventi come oggetto ultimo cose, e segnatamente beni patrimoniali (cfr. artt. 832, 1357, 2581 c.c.). I diritti personali, invece, sono *per loro natura* “indisponibili”, essendo impossibile la cessione e trasferimento a terzi da parte del titolare, sia sotto il profilo naturalistico (essendo, salvo in certa misura l’integrità fisica, privi di un sostrato materiale separabile dalla persona), sia giuridico (tra i diritti personali, è dalla legge dichiarato trasferibile il solo diritto allo sfruttamento dell’immagine, v. art. 10 c.c.), con conseguente inammissibilità che si crei su di essi una pretesa altrui. La questione è solo in apparenza unicamente nominalistica, poiché l’impiego della terminologia di derivazione privatistica induce a traslare in ambito penale schemi e

¹⁵ In questo senso si sostiene che l’interpretazione dell’art. 5 quale principio generale che sancisce l’indisponibilità di vita e integrità fisica ne comporterebbe l’incostituzionalità, v. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 80; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008, 234.

principi originariamente concepiti in relazione alla sfera patrimoniale, portando a conclusioni discutibili entrambe le tesi surriferite.

Ciò premesso, la soluzione del problema, coinvolge i tre essenziali profili: 1) della titolarità, esclusivamente individuale oppure anche collettiva, del bene vita; 2) della portata e valenza ermeneutica del divieto dell'art. 5 c.c.; 3) della valenza interpretativa degli artt. 579 e 580 c.p.

1. La qualifica di "*bene indisponibile*" ne sottintende la *titolarità non piena* in capo al soggetto ed è pertanto connaturata agli interessi pubblici, istituzionali e a titolarità collettiva o diffusa e parzialmente indisponibili sono i diritti su beni privati sui quali grava un interesse della collettività (es.: proprietà di un edificio di interesse storico o artistico) o di altri soggetti privati (es.: condominio). Poiché in questi casi il (con-)titolare gode di un diritto che non esaurisce la sfera degli interessi ricadenti sul bene, le sue facoltà possono subire limitazioni e su di lui possono incombere obblighi di salvaguardia del bene stesso nell'interesse altrui.

Con riferimento ai *beni individuali*, la qualifica di bene disponibile o indisponibile dipende dalle diverse concezioni accolte in merito al rapporto tra stato e individuo. Secondo lo schema di pensiero "panpubblicistico" sotteso all'impianto originario del codice Rocco, la persona non godrebbe mai della titolarità piena di alcun bene giuridico, che sarebbe invece costantemente condivisa con lo stato. In questa prospettiva, il singolo dovrebbe reputarsi, per così dire, soltanto "custode" dei propri beni¹⁶ e conseguentemente su di lui graverebbe, in linea di principio, un generico dovere di preservarli nell'interesse comune. Tale visione sta alla radice della figura del consenso dell'avente diritto concepita come scriminante, anziché come fattore di esclusione della tipicità, anche in relazione ai beni c.d. disponibili: in base al paradigma della assenza di antigiuridicità, infatti, l'ordinamento "permette" che il privato rinunci alla tutela del proprio bene, invece di prendere semplicemente atto della sua libera manifestazione di volontà in un'area di ordinarie relazioni a cui il diritto penale rimanga, semplicemente, estraneo.

Il ruolo dell'interesse statale è ovviamente destinato a crescere in proporzione al rango del bene: di qui l'assunto dell'indisponibilità *assoluta* della vita, con correlativo obbligo di ciascuno di salvaguardarla, al fine di adempiere i doveri verso lo stato e la famiglia, con la conseguenza, ad es., che la scriminante dello stato di necessità potrebbe porsi a fondamento giustificativo dell'intervento terapeutico salvavita, operato nonostante il dissenso del paziente.

La concezione riferita, al contempo di impronta autoritaria e di ispirazione utilitaristica (che si tenta oggi di recuperare in chiave solidaristica),

¹⁶ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I*, Milano, 2004, 528.

appare perfettamente coerente con la matrice politico-culturale sia del codice civile del '42 (risultando sottesa, nella visione dei compilatori, alla disciplina dell'art. 5)¹⁷, sia del codice penale del '30, armonizzandosi col dogma della natura pubblicistica della tutela penale, sotto il profilo del suo carattere obiettivo.

Tuttavia, il diverso rapporto stato-cittadino emergente dalla Costituzione repubblicana, primario punto di riferimento ermeneutico per la soluzione del problema, preclude l'accoglimento di una simile prospettiva: l'innegabile sussistenza di un generico interesse superindividuale alla conservazione dei beni giuridici, funzionale alla convivenza civile, non implica che l'intervento penale, nel tutelare i beni del singolo, si ponga costantemente a presidio anche di un interesse *proprio* dello Stato¹⁸. L'esistenza di un tale interesse generale non è infatti prerogativa del diritto penale: l'intero ordinamento ne è permeato, come risulta da una molteplicità di norme (es.: art. 2028 c.c.), ma ciò non appare in alcun modo decisivo per determinare i limiti di esercizio dei diritti individuali.

Inoltre, il personalismo costituzionale, pur nella varietà di accezioni attribuitegli, impedisce che il complesso dei beni facenti capo alla persona umana sia concepito come subalterno e funzionale all'interesse statale o collettivo, e che pertanto l'eventuale conflitto tra diritto individuale all'autodeterminazione e interesse statale alla conservazione del bene debba essere risolto a favore di quest'ultimo, dovendosi al contrario ritenere che lo Stato sia gravato dell'obbligo di agire in funzione della persona.

A tutti i beni giuridici individuali è dunque connessa soltanto la *facoltà*, mai un obbligo di autotutela, come risulta, con riferimento alla vita e salute, dall'art. 32 Cost. e come conferma anche la legge ordinaria, non soltanto mediante le norme che prevedono la necessità del consenso al trattamento medico, ma anche attraverso gli artt. 52 e 54 c.p., che danno semplicemente *facoltà* di autotutela, ma certo non la impongono.

2. Anche l'effettiva estensione dell'area operativa dell'art. 5 c.c. deve essere valutata in base a una lettura costituzionalmente orientata, nonché ai dati desumibili dalla stessa disposizione e dalla sua collocazione codicistica.

Anzitutto, sulla base del principio della libertà personale, o se si prefe-

¹⁷ Cfr. *Relazione del ministro guardasigilli sul codice civile*, Roma, 1936, n. 26: "vietando gli atti di disposizione del corpo che producono una diminuzione permanente nella integrità fisica si fa in sostanza una applicazione particolare della norma che vieta l'abuso del diritto, in quanto si considera che l'integrità fisica è condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia". Cfr. anche la massima tratta da Cass. pen., 18.11.1954, n. 1954, in *Riv. pen.*, 1955, 258: "La società organizzata giuridicamente nello Stato, nel punire l'omicidio, tutela un diritto suo proprio, oltre a quello dell'individuo".

¹⁸ Cfr. S. CANESTRARI, *I delitti contro la vita*, cit., 273.

risce di autodeterminazione, la norma non può essere intesa quale divieto generale e assoluto di disporre del proprio corpo, dilatandone la portata fino a ricomprendersi gli atti dispositivi operati *manu propria*, mediante un'azione positiva del titolare o la sua rinuncia alla tutela della vita o integrità fisica (es.: attraverso il rifiuto delle cure, legittimandosi, conseguentemente, l'intervento medico posto in essere nonostante il dissenso del paziente). Ne deriva l'inammissibilità di quella interpretazione dell'art. 32 Cost., che, sostanzialmente elidendo il divieto di trattamenti sanitari obbligatori in base al riferimento all'interesse della collettività, finisce per elevare i diritti alla vita e salute a doveri del singolo.

Secondariamente, in ragione della sua ubicazione nell'ambito del codice civile e della scelta semantica della locuzione, di stampo squisitamente privatistico, "atti di disposizione", scopo dell'art. 5, in cui si concreta la sua autonoma valenza normativa, sembra essere quello, circoscritto, di sancire l'*inalienabilità a terzi* dell'integrità fisica, che – contrariamente a quanto avviene con riferimento agli altri beni personali, inscindibili dalla persona del titolare e, pertanto, non cedibili a terzi (es.: vita, libertà personale) –, potrebbe essere materialmente violato, in questo senso parificando il diritto su di essa ricadente agli altri diritti inerenti alla persona. Più precisamente, oggetto della disciplina dell'art. 5 è il divieto di stipulazione di negozi, mediante i quali il contraente *si obblighi* a cedere parti del suo corpo non ancora separate, ove ciò cagioni una diminuzione permanente dell'integrità fisica (diverso è il regime relativo alle parti staccate del corpo umano, ormai degradate a mera *res*)¹⁹. In queste ipotesi, la volontà eventualmente manifestata risulta sempre *a priori* inefficace e l'accordo in tal senso può integrare gli estremi di contratto penalmente illecito. E ciò a prescindere dall'eventuale gratuità della cessione di una parte del proprio corpo, come comprova l'art. 1, l. n. 45/1967, sul trapianto di rene tra persone viventi, secondo cui "In deroga al divieto di cui all'art. 5 del Codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi" (la formula è ripetuta in modo sostanzialmente identico dall'art. 1, l. n. 482/1999, sul trapianto parziale di fegato). Peraltro, riguardando pur sempre la deroga suddetta la *cessione a favore di terzi* di una parte del proprio corpo, da tale disposizione neppure può desumersi, come taluno suggerisce, la portata generale del principio dell'art. 5²⁰; e infatti, nella l. n. 164/1982 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), che disciplina un "atto di disposizione" del proprio corpo implicante una diminuzione permanente dell'integrità fisica realizzato *a van-*

¹⁹ Sulla disciplina relativa alle parti staccate del corpo umano, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 82 s.

²⁰ In questo senso, invece, A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 31 ss.

taggio esclusivo del titolare (al contrario dei casi previsti dalle l. n. 45/1967 e n. 482/1999), non compare alcun richiamo all'art. 5. La *ratio* della previsione dell'art. 5 è pertanto da ravvisarsi nelle peculiarità del bene integrità fisica, trattandosi dell'unica ipotesi, nell'ambito dei diritti personali, in cui il diritto è provvisto di un *sostrato materiale*, potenziale oggetto di veri e propri "atti dispositivi", in quanto naturalisticamente *separabile* dal titolare e, pertanto, *reificabile* e *cedibile*; il che lo accomunerebbe, sotto questo limitato profilo, ai diritti sui beni patrimoniali. Il legislatore dunque, con l'introduzione dell'art. 5, tra l'altro storicamente occasionata da un episodio di cessione contrattuale di una ghiandola sessuale, considerata valida dalla Corte di cassazione²¹ (v. Cass. pen., 31.1.1934), prende atto di un dato empirico, mirando in primo luogo ad evitare il ripetersi di simili eventualità, fisicamente impraticabili rispetto agli altri diritti personali.

L'analisi condotta sull'art. 5 sembra confermare la scarsa utilità della dicotomia di matrice privatistica disponibilità/indisponibilità (nonostante il richiamo a dette nozioni nell'art. 50 c.p., probabilmente dovuto alla derivazione civilistica della figura del consenso dell'avente diritto), al fine di stabilire i limiti della liceità penale degli atti lesivi dei propri beni altamente personali. Dalla disciplina privatistica possono infatti desumersi soltanto i principi: a) dell'*incoercibilità delle prestazioni personali*, pur costituenti oggetto di obbligazione validamente contratta, ivi comprese quelle che comportano una diminuzione non permanente dell'integrità fisica, ex art. 5 c.c., non potendo costituire direttamente oggetto di un'altrui pretesa, come attesta la disciplina in materia di esecuzione forzata in forma specifica (titolo IV, sezione II, c.c., artt. 2930 ss.), dalla quale si evince con chiarezza che soltanto sulle "cose, mobili o immobili" altrui, cioè sui beni patrimoniali, l'altro contraente può vantare un diritto (cfr. art. 2930, esecuzione forzata per consegna o rilascio; art. 2933, comma 1, esecuzione forzata degli obblighi di non fare), mentre, in caso di prestazione consistente in un fare (o subire), il creditore può soltanto ottenere che essa sia eseguita a spese dell'obbligato (cfr. art. 2931, esecuzione forzata degli obblighi di fare), ove si tratti di obbligazione fungibile; ove, invece, si tratti di obbligazione infungibile, è dovuto unicamente il risarcimento del danno; b) della costante *revocabilità* del consenso prestato alla limitazione di un proprio diritto personale; c) dell'*inalienabilità* a terzi dell'integrità fisica oltre i confini stabiliti dall'art. 5.

Nessuna indicazione, invece, può trarsi sugli eventuali limiti della facoltà di ledere o consentire alla lesione di un proprio diritto personale (nell'interesse proprio). Parimenti, proprio per la stretta attinenza delle nozioni di disponibilità e indisponibilità al diritto privato, dalle mancate indicazioni privatistiche è impossibile desumere, come qualcuno vorreb-

²¹ In *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.

be, l'opposto principio generale della c.d. assoluta disponibilità dei beni altamente personali. In conclusione, il problema deve essere affrontato e risolto in via autonoma rispetto all'art. 5, sulla base delle indicazioni costituzionali e della disciplina penalistica.

Va infine sottolineato che, se l'art. 5 non è destinato a regolare l'intero campo degli accordi intersoggettivi relativi ad atti incidenti sull'integrità corporea di uno dei contraenti, ma soltanto quelli, in base ai quali uno dei contraenti si obblighi alla cessione di una porzione della propria integrità fisica, dalla sfera applicativa della norma esula *a priori* la *relazione terapeutica*²², nella quale il paziente semplicemente *consente*, salvo la costante possibilità di revoca della volontà manifestata, a sottoporsi all'intervento, che può comportare anche una menomazione permanente della sua integrità fisica, ma *non si obbliga* affatto a subirlo, cedendo a terzi parti del suo corpo. Si ha qui infatti un'ipotesi, non già di consenso negoziale, ma puramente *abdicativo*²³, consistente in un *permesso*, un mero atto giuridico avente a oggetto la rinuncia alla tutela di un proprio diritto, in vista della realizzazione di un interesse superiore; quindi il tipo di consenso oggetto della disciplina dell'art. 50 c.p. D'altra parte, l'estraneità della relazione terapeutica ai limiti dell'art. 5 è già desumibile dalla consacrazione legislativa del principio del consenso all'attività terapeutica, che sarebbe vanificato dal divieto assoluto di consentire a manomissioni del proprio corpo implicanti una diminuzione permanente dell'integrità fisica: per il principio di non contraddizione, l'ordinamento non può, al contempo, espressamente autorizzare e vietare al soggetto di assumere decisioni in merito all'intervento terapeutico. In questo senso, le norme che regolano l'attività medico-chirurgica si pongono, rispetto all'art. 5 c.c., non in un rapporto di eccezionalità, permettendo ciò che risulterebbe in via di principio vietato dalla norma privatistica, bensì di *eterogeneità* essendo destinate a regolare una materia del tutto diversa.

3. Il problema della liceità per il singolo di arrecare lesione alla propria vita deve essere risolto in modo autonomo dagli artt. 579 e 580 c.p., in quanto disposizioni di legge ordinaria e come tali eventualmente destinate a soccombere in caso di conflitto con il dettato costituzionale (per una più puntuale analisi sul punto, v. Sez. IV, §§ 4 e 5).

²² Per l'esclusione dell'operatività dell'art. 5 c.c. in materia di trattamento medico, nonostante la sua considerazione quale principio generale dell'ordinamento, v., tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 50; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, 376; A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 28 ss.; Corte cost., sent. n. 161/1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2162, secondo cui "gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti".

²³ Cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, 304.

6. L'intangibilità della vita umana

Se la tesi tradizionale che apoditticamente afferma l'indisponibilità assoluta della vita umana appare improponibile alla luce dell'attuale quadro costituzionale, quella opposta dell'assoluta disponibilità non appare affatto derivarne inevitabilmente come i suoi fautori pretendono. La Costituzione affida allo Stato la tutela dei beni della persona, secondo la gerarchia dettata dal principio personalistico. In base agli artt. 2 e 3 Cost., la Repubblica da un lato, "riconosce" (così identificandone la dimensione pregiuridica) i diritti inviolabili dell'uomo, nella loro qualità di *valori oggettivi*; dall'altro, si assume il compito di "garantirli", con ciò ammettendo che non si tratta di puri dati di natura costantemente in atto, ma anche di obiettivi da raggiungere in funzione del pieno sviluppo della persona, in armonia con il traguardo costituzionale dell'eguaglianza sostanziale. È pertanto del tutto legittimo che l'ordinamento predisponga diversi gradi di tutela a seconda del rango del bene giuridico, proprio secondo la scala di valori disegnata nel progetto costituzionale. In questa prospettiva va inquadrato anche il diritto alla c.d. autodeterminazione, espressione primaria della libertà personale e base imprescindibile dell'esercizio di ogni diritto: obbligo dello Stato è non solo preservare la porzione di libertà di cui ciascuno già gode, ma fornire gli strumenti perché tale diritto acquisti pienezza²⁴.

Pertanto, con l'innalzarsi del rango del bene, cresce anche il bisogno di *tutela della libertà di autodeterminarsi* a esso connesso, e del tutto coerente che la sua protezione si rafforzi, anche ricorrendo allo strumento penale²⁵, al fine di garantire un'autodeterminazione, per quanto umanamente possibile, libera e autentica del soggetto in relazione ai suoi beni fondamentali, assicurando che il processo di formazione della sua volontà sia esente da influenze esterne, che possano favorire la sua scelta di rinunciare a tali beni.

Dal riconoscimento costituzionale della piena titolarità dei beni privati in capo al singolo deriva dunque semplicemente il principio della loro disponibilità *manu propria*, per una scelta *spontanea* del titolare. Da stabilire sono, invece, i limiti entro i quali se ne possa disporre *manu aliena*, dovendosi coniugare la piena appartenenza del bene individuale al soggetto con l'obbligo elementare dell'ordinamento di tutelarlo dall'eteroaggressione, che può concretarsi, non soltanto in un'azione materiale, cioè di aggressione unilaterale, ma anche in un'opera di condizionamento morale,

²⁴ Cfr. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci, I, Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 283 ss.

²⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 148 s.

cioè di aggressione con la cooperazione della vittima, che induca il titolare a rinunciare o rafforzi un suo proposito già esistente.

Proprio per garantire la libera autodeterminazione del titolare del bene in caso di aggressioni operate con il suo apparente consenso, l'ordinamento predispone diversi livelli di protezione, a seconda del rango e della natura dell'interesse in gioco.

In proposito, il tradizionale dualismo disponibilità/indisponibilità, concettualmente e semanticamente associato all'idea della possibile contitolarità con lo Stato, poco si presta a identificare le diverse categorie di beni, dovendosi invece operare, nell'ambito dei beni individuali, una triplice distinzione, tra: a) *beni-mezzo*, strumentali rispetto ai beni personali, e di natura essenzialmente fungibile (es.: patrimoniali), che possono costituire oggetto di libera negoziazione tra le parti. Stante il rango non primario di tali beni, la libertà di autodeterminarsi ad essi connessa trova sufficiente protezione nei rimedi offerti dal diritto privato in tema di vizi della volontà o, nei casi più gravi, dalle fattispecie sui delitti con la cooperazione della vittima offensive di tali beni (es.: truffa, estorsione), che tutelano altresì la libertà negoziale, sempre, però, in corrispondenza con il modello privatistico delle ragioni di invalidità del contratto, che di volta in volta si identificano con la modalità illecita della condotta criminosa. In questi casi, l'ordinamento interviene soltanto di fronte alla *patologia* della volontà e non di qualunque influenza esterna sul suo processo di formazione; b) *beni-fine personali*, comprimibili ma indistruttibili, o comunque, la cui eventuale diminuzione presenta effetti reversibili, che sono volontariamente rinunciabili dal titolare proprio in quanto la rinuncia è, per la stessa natura del bene, soltanto temporanea o parziale (es.: singoli diritti di libertà, integrità fisica nei limiti segnati dall'art. 5 c.c.). Pur potendone talora il "supporto materiale" costituire oggetto di negoziazione privata (es.: contratto per il taglio dei capelli), tali beni non possono formare oggetto di diritti da parte di terzi, con esclusione, pertanto, della possibilità di un'esecuzione forzata della prestazione (cfr. art. 2930 c.c.). In questi casi, dunque, la protezione della libertà di autodeterminarsi non si arresta alla patologia della volontà, ma si estende alla previsione del potere di revoca, anche immotivata, del consenso, secondo il paradigma del consenso dell'avente diritto, ex art. 50 c.p.; c) *beni-presupposto*, la cui sussistenza costituisce la premessa ineludibile del godimento di ogni altro diritto, che sono disponibili dal titolare *manu propria*, ma assolutamente *intangibili* dai terzi. In questa categoria rientrano la vita, l'integrità psicofisica oltre i limiti dell'art. 5 c.c. e lo *status libertatis*. In relazione a detti beni, il livello di protezione più elevato, espresso dal divieto assoluto di lesione da parte di terzi, è legittimato, non soltanto dal rango oggettivo del singolo bene, ma anche dalla loro peculiare natura, stante il carattere di *irreversibilità* della eventuale perdita, per legge di natura (della vita e della integrità psicofisi-

ca) o per l'impossibilità di un recupero attraverso un atto volontario del titolare (dello *status libertatis*). Rispetto a tali beni, pertanto, non può operare il meccanismo del consenso dell'avente diritto, in quanto esso reca in sé la necessità che il titolare, mutato proposito, possa ottenere la reintegrazione del proprio bene nella sua interezza (come avviene soltanto per i beni personali diversi dai beni presupposto: per vie naturali, ad es., ricrescita dei capelli; mediante la revoca del consenso prestato, ad es., alla temporanea limitazione di un singolo diritto di libertà), con la conseguenza che essi restano esclusi dalla sfera operativa dell'art. 50. La protezione della libertà di autodeterminarsi connessa a tali beni è dunque massima, richiedendosi non soltanto la volontarietà, ma l'assoluta *spontaneità* della rinuncia al bene²⁶ e coprendo pertanto la loro tutela qualsiasi possibile modalità di interferenza esterna sulla decisione del titolare.

La tutela assoluta dei beni presupposto dall'eteroaggressione risulta perciò funzionale alla garanzia della piena autodeterminazione, quale espressione di un *obbligo* dell'ordinamento verso la persona e non, come a qualcuno appare, di un suo *potere* sull'individuo.

²⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 61, che fa riferimento al requisito della spontaneità in relazione agli interventi medici "ad esclusivo vantaggio di interessi estranei alla salute del soggetto" (e la "spontaneità" è infatti espressamente richiesta per la donazione di rene dall'art. 2, l. n. 458/1967).