

Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile della vittima in Germania

Uwe Murmann,
Georg-August-Universität Göttingen *

I. Principi giusfilosofici

Il diritto inteso come ordinamento fondato sulle libertà protegge il singolo da soprusi altrui. A tal fine, regola i rapporti esteriori tra gli uomini. Risiede dunque al di fuori della legittima sfera di competenza del diritto regolare il rapporto autodeterminato tra l'uomo e i suoi beni¹. Alla base di questo ragionamento si trova la concezione dell'uomo come persona, la quale, grazie alla propria razionalità, si trova a essere sia causa legittimante del diritto nel suo insieme sia fine del diritto stesso. È sensato parlare di autoreponsabilità, non certo quando la responsabilità è riconosciuta all'individuo dall'esterno, ma solo quando trova fondamento nella sua stessa personalità. La responsabilità attribuita dall'esterno è e rimane sempre solo di chi la attribuisce. La concezione a monte dello Stato – il quale trae la propria legittimazione dai suoi cittadini e il cui compito principale è quello di servire questi ultimi (in quanto persone responsabili!) – è altresì alle base della Costituzione².

II. Principi costituzionali

Da un punto di vista costituzionale, il diritto all'autodeterminazione è sancito dalla libertà di agire (*Handlungsfreiheit*) e dal diritto generale al rispetto della personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) (art. 2 comma 2 *Grund-*

* Il contributo è stato tradotto da Alexander Teutsch.

1 Per una riflessione più approfondita si veda MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin/Heidelberg, 2005, p. 159 ss. A ciò si contrappongono le tesi di coloro che intravedono nell'obbligo giuridico di autoconservazione un obbligo "interno" che, se calato nella realtà dei rapporti interpersonali, assurge a un obbligo giuridico coercibile. Cfr. KAHLO, *Festschrift Wolfgang Frisch*, Berlin, 2013, p. 711 (732 ss.).

2 Cfr. art. 1 comma 1 del progetto di *Herrenchiemsee* per un *Grundgesetz* del 1948.

gesetz [in seguito GG] in combinato disposto con l'art. 1 comma 1)³. Nel frattempo anche il legislatore federale tedesco accetta un diritto all'autodeterminazione derivante dal diritto generale al rispetto della personalità, che include anche il diritto di decidere sulla propria morte⁴.

Si è creato un dibattito acceso attorno a una sentenza recente della Corte amministrativa federale, secondo la quale in alcuni casi estremi sarebbe addirittura ravvisabile un obbligo in capo allo Stato, derivante dal diritto di autodeterminazione costituzionalmente protetto (art. 2 comma 1 GG in combinato disposto con l'art. 1 comma. 1 GG), di consentire il suicidio di una persona aprendo l'accesso a un anestetico⁵. In base a ciò, l'obbligo dello Stato di proteggere l'autonomia potrebbe richiedere⁶ che a un paziente, il quale in una situazione di sofferenza intollerabile abbia preso una decisione libera e seria di porre fine alla propria vita, qualora non esista un'alternativa ragionevole⁷ ⁸, sia data la possibilità di ottenere un anestetico che gli consenta di togliersi la vita in modo dignitoso e indolore. L'obbligo e il diritto dello Stato di creare norme per la tutela della vita si vedrebbe co-

-
- 3 Allo stesso tempo, la libertà comune di agire può essere invocata a favore del diritto di includere terzi nella realizzazione di una decisione autodispositiva, mentre il diritto generale al rispetto della personalità derivante dall'articolo 2, comma 2 e dall'articolo 1, comma 1 GG protegge la sfera personale più ristretta della vita da interferenze, comprendendo quindi anche costellazioni di condotte direttamente autolesionistiche; in maniera più dettagliata MURMANN, *Die Selbstverantwortung*, p. 234 ss.
 - 4 Progetto di legge della parlamentare BRAND et al., BT-Drs. 18/5373, p. 10, 13.
 - 5 Corte federale amministrativa, *NJW* 2017, 2215 (2217 ss.); ad esempio SCHÜTZ/SITTE, *NJW* 2017, 2155 ss. In questo modo i diritti derivanti dalla costituzione vanno oltre i diritti precedentemente riconosciuti dalla Corte EDU in riferimento alla CEDU; cfr. WEISSER, *ZStW* 128 (2016), 106, 108.
 - 6 A motivazione dell'obbligo di protezione della libertà di decisione vertente sullo Stato, la Corte federale amministrativa in *NJW* 2017, 2215 (2218) fa riferimento al diritto generale alla personalità di cui all'articolo 1 comma 1 GG.
 - 7 In particolare, ci si riferisce all'interruzione di misure di trattamento di sostegno o di prolungamento della vita con il supporto medico palliativo. Per quanto concerne la ragionevolezza, tuttavia, è necessario che quest'interruzione "probabilmente porterà alla morte in un futuro prevedibile, cioè non solo a un ulteriore deterioramento dello stato di salute per un periodo di tempo indefinito, eventualmente associato a una perdita di capacità decisionale"; BVerwG, *NJW* 2017, 2215 (2219). Per contro, l'assistenza medica al suicidio, a causa dei notevoli rischi legali che comporta per il medico, non è un'alternativa plausibile; BVerwG, *NJW* 2017, 2215 (2219).
 - 8 BVerwG, *NJW* 2017, 2215 (2218 ss.). La Corte federale amministrativa ha invece respinto la pretesa, fondata sulla Costituzione, di un portatore di handicap grave di ricorrere all'eutanasia attiva, in caso di mancanza di alternative, per porre fine alla

stretto a cedere il passo al diritto all'autodeterminazione⁹. Un obbligo di continuare a vivere inciderebbe criticamente sull'autodeterminazione autoresponsabile. "Lo Stato non deve imporre – nemmeno indirettamente – un tale obbligo a persone che sono sì gravemente e incurabilmente malate, ma capaci di autodeterminarsi. A causa della rilevanza dei beni giuridici in questione per la dignità della persona interessata, e in vista della sua incapacità di provvedervi, l'obbligo di protezione dello Stato, previsto dall'articolo 2 comma 1 in combinato disposto con l'articolo 1 comma 1 GG, se ricorrono i presupposti di cui sopra, si estende tanto da permettere alla persona di acquistare il narcotico a scopo di suicidio"¹⁰.

In sintesi, a seguito della più recente giurisprudenza del BGH, si verificherà sovente che l'interruzione legittima del trattamento sanitario costituisca un'alternativa ragionevole¹¹. Difatti il BGH ha pocanzi deciso che, indipendentemente dal fatto che si parli di condotta attiva od omissiva, tutti i comportamenti legati all'interruzione definitiva di un trattamento debbano essere "ricompresi nel concetto generico di cessazione del trattamento di matrice normativo-valoriale". Questo concetto generico "che, oltre agli elementi oggettivi della condotta, abbraccia anche la finalità soggettiva dell'agente di interrompere del tutto un trattamento sanitario già avviato, ovvero di ridurre la dimensione del trattamento in base alla volontà dell'interessato o del suo tutore, tenuto conto del livello di cure e assistenza indicato"¹². In ogni caso è da considerarsi decisivo il fatto, se il trattamento sia cessato in conformità della volontà del paziente¹³. Per gettare luce sulla volontà presunta del paziente, può essere fatto ricorso al te-

propria vita, BVerwG, NJW 2003, 2326 (2327); per contro, HILLENKAMP, ZMGR 2018, 289 (291 ss.).

9 BVerwG, NJW 2017, 2215 (2218 segg.); sotto questo aspetto sarebbe legittimabile la punibilità dell'omicidio del consenziente ai sensi del Art. 216 StGB (cfr. 579 c.p.) e Art. 5 comma 1 n. 6 BtMG, che dichiara sostanzialmente non lecita l'acquisizione di stupefacenti a scopo di suicidio.

10 BVerwG, NJW 2017, 2215 (2219).

11 Si veda SCHÜTZ/SITTE, NJW 2017, 2155 (2157).

12 BGHSt 55, 191, 203; in merito alla sentenza anche DUTTGE, MedR 2011, 36 ss.; EIDAM, GA 2011, 232 ss.; GAEDE, NJW 2010, 2925 ss.; HAAS, JZ 2016, 714 ss.; HECKER, JuS 2010, 1027 ss.; HIRSCH, JR 2011, 37 ss.; KAHLO, FS Frisch, 2013, p. 728 ss.; KUBICIEL, ZJS 2010, 656 ss.; STRENG, FS Frisch, 2013, p. 743 ss.

13 BGHSt 55, 191, 203 ss. Con riguardo all'accertamento della volontà di paziente malato di demenza si rinvia a MAGNUS, NStZ 2013, 1 ss.

stamento biologico attraverso il quale, in certe situazioni, possono essere a priori rifiutati determinati trattamenti¹⁴.

Limiti per il diritto all'autodeterminazione di matrice costituzionale possono derivare da un lato da interessi sovraindividuali (Art. 2 comma 1 GG: da diritti altrui ovvero dall'ordinamento costituzionale).

Tuttavia, non è possibile definire semplicemente la protezione dell'essere umano da sé stesso come interesse collettivo giuridicamente tutelato, perché in tal modo verrebbe aggirato il diritto all'autodeterminazione¹⁵. Ci si potrebbe continuare a chiedere, però, entro quali limiti i riflessi non voluti di decisioni autodispositive (*selbstverfügende Entscheidungen*) possano legittimare divieti (punibili). Si discute, a questo proposito, in quale misura l'omicidio su richiesta (*Tötung auf Verlangen*, § 216 StGB) possa essere legittimato dall'interesse sociopsicologico di mantenere intatto il tabù in merito all'omicidio di terzi¹⁶.

Ciò nonostante, la discussione più recente non è incentrata sulla (in linea di principio innegabile) restrizione del diritto all'autodeterminazione rispetto a interessi sovraindividuali, ma sull'ampiezza della cornice entro la quale sussiste una decisione autoresponsabile della persona. Questo perché soltanto le decisioni prese autonomamente sono sottratte al controllo dello Stato. Il vero problema nasce dalla constatazione che i processi decisionali umani non soddisfano pressoché mai in modo ideale i requisiti che possono essere posti a una decisione autodeterminata ed è praticamente impossibile fugare i dubbi sulla responsabilità. Ciò poiché i *deficit* decisionali sono onnipresenti¹⁷; non si tiene quasi mai conto di tutti i fattori immaginabili e non è pressoché mai possibile escludere che alcuni aspetti non siano stati considerati o (anche in base ai parametri di colui che prende la decisione) adeguatamente ponderati. Un tale comportamento decisionale è piuttosto

14 Ne parla EIDAM, GA 2011, 236 ss.; KÜHL, *Jura* 2009, 885 seg.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, 30^a edizione, 2019, § 211 ss., nota a marg. 28d s.

15 MURMANN, *Die Selbstverantwortung*, p. 276 s.

16 In dettaglio MURMANN, *Die Selbstverantwortung*, p. 517 ss. Un divieto generale di disposizione non può essere esteso in modo convincente ai casi di *einvernehmliche Fremdgefährdung* (consenso al pericolo altrui) con riferimento agli interessi della collettività; tuttavia la vede così HAUCK, GA 2012, 202 (206 ss.); per contro, giustamente, ROXIN, GA 2018, 250 (253).

17 EIDENMÜLLER, JZ 2011, 816 ss.; GUTWALD, in FATEH-MOGHADAM/SELLMAIER/VOSSENKUHL (a cura di), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, p. 76; VAN AAKEN, in ANDERHEIDEN/BÜRKLI/HEINIG/KIRSTE/SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Recht*, 2006, p. 109 ss.; VOLKMANN, *Darf der Staat seine Bürger erziehen?*, 2012, p. 43 s.

comprensibile per le decisioni di tutti i giorni, perché alleggerisce il carico di ampie riflessioni e consente una certa routine nella vita quotidiana. Pertanto, in questa sede, giustamente non è contestato che dette decisioni, nonostante i deficit (eventualmente) a esse inerenti, siano generalmente da considerarsi autoresponsabili. In questi termini, decisioni (almeno potenzialmente) deficitarie sono considerate come autoresponsabili. Rientra quindi nella responsabilità dei singoli individui evitare di prendere decisioni non sufficientemente ponderate. In questo senso, ad esempio, il legislatore spiega l'intervento del magistero punitivo con riguardo al patrimonio: al di sotto della soglia della truffa, una eventuale negligenza nella gestione dei propri beni patrimoniali rimane a carico del titolare stesso. Nei settori, invece, che da sempre sono al centro del nostro dibattito, ossia i reati contro la vita e contro l'integrità fisica, la situazione è leggermente diversa. Il profilo normativo dei requisiti da porre alla base di una decisione autore-sponsabile della "vittima"¹⁸ domina in quest'ambito sia il dibattito sul trattamento dogmatico delle decisioni autodispositive della vittima (vedi III.) sia la legislazione penale (vedi IV.).

III. Trattazione dogmatica

1. *La distinzione tra eigenverantwortliche Selbstschädigung/-gefährdung (autoesposizione al danno/pericolo) ed einvernehmliche Fremdschädigung/-gefährdung (consenso al danno/pericolo altrui)*

Per la trattazione dogmatica si distingue tra l'ipotesi della *eigenverantwortliche Selbstschädigung/-gefährdung* (autoesposizione al danno/pericolo) e della *einvernehmliche Fremdschädigung/-gefährdung* (consenso al danno/pericolo altrui)¹⁹. La demarcazione tra queste due categorie fenomenologiche diverse è tanto più problematica quanto più stretta è l'interazione tra vittima e

18 Si noti bene che il termine "vittima" non va qui inteso in senso tecnico (lo stesso vale per il termine "agente"). In questo contesto, "vittima" è semplicemente la persona che patisce il danno. Si tratta di esaminare se a ciò si accompagni anche una violazione di diritti, di modo che vi sia anche una "vittima" (e un "agente") ai sensi del diritto penale.

19 Per uno sguardo d'insieme MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4a ed. 2017, § 23 nota marg. 70 ss. Un'ulteriore questione, in questa sede non ulteriormente approfondita, riguarda la delimitazione del pericolo e del danno; si veda MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 60 ss.; MURMANN, *Selbstverantwortung* (nota 1), p. 379 ss.

terzo. La dottrina maggioritaria ricorre alla teoria del dominio sul fatto (*Tatherrschaftslehre*) – sviluppato per distinguere nell'ambito della disciplina del concorso nel reato tra autoria e partecipazione – per la distinzione in parola: si assume che si tratti di *Selbstschädigung/-gefährdung*, se il fatto è materialmente dominato dalla vittima; si è invece in presenza di una *Fremdschädigung/-gefährdung* se è il terzo a controllare la vicenda²⁰. La delimitazione si avvicina all'arbitrarietà, se le parti coinvolte interagiscono in misura paritaria. Infatti, la giurisprudenza²¹ ha ritenuto che nell'ipotesi di un rapporto sessuale consensuale di una persona infetta da HIV con una persona sana, al corrente dell'infezione e dei suoi rischi, quest'ultima si trovi in una situazione di *Selbstgefährdung*²². In un caso di "car surfing", in cui il "co-pilota" sdraiato sul tetto dell'auto perdeva la presa, ha ritenuto, invece, sussistente una ipotesi di *Fremdgefährdung*²³. Infine è noto il caso del cosiddetto "doppio suicidio fallito unilateralmente" (*einseitig fehlgeschlagener Doppelmord*) in cui una coppia di amanti infelice introduceva del monossido di carbonio all'interno della loro auto, sicché la donna, che stava seduta sul sedile del passeggero, moriva. Il BGH aveva assunto che si trattasse di un caso di omicidio del consenziente causato dall'uomo seduto sul lato del conducente che aveva tenuto schiacciato il pedale dell'acceleratore²⁴.

-
- 20 BGHSt 53, 55; BOCK, *Strafrecht AT*, 1a ed. 2018, p. 144 s.; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht AT*, 6a ed. 2016, § 11 nota marg. 371; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 48a ed. 2018, marginale 278. In maniera approfondita LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, 2017, p. 179 ss. Critico per quanto riguarda i casi di mero pericolo ROXIN, GA 2012, 655 (658 ss.), che a sua volta si concentra su "da chi emana il pericolo che immediatamente sfocia nell'evento" (*von wem die Gefährdung ausgeht, die unmittelbar in den Erfolg einmündet*) e presuppone una *Selbstgefährdung*, se questo pericolo proviene dalla vittima e per ora la causa della *Fremdgefährdung*, se proviene dall'autore del reato. Cfr. anche da ultimo ROXIN, GA 2018, 250 (257 ss.).
- 21 Per un'attenta analisi della giurisprudenza LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, 2017, p. 72 ss.; MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 53 ss.
- 22 BayObLG, NJW 1990, 131 (Istanze precedenti: AG Kempten NJW 1988, 2313; LG Kempten NJW 1989, 2068) JR 1990, 473 note di DÖLLING; ne parla GRÜNEWALD, GA 2012, 370 s.; HELGERTH, NSiZ 1988, 261 ss.; HUGGER, JuS 1990, 972 ss.; H.-W. MAYER, JuS 1990, 784 ss.
- 23 OLG Düsseldorf NSiZ-RR 1997, 325; BEULKE, *Klausurenkurs III*, 5ª ed. 2018, caso 8; PUTZKE, Jura 2009, 631ss. Per un'analisi del consenso al pericolo altrui nelle gare automobilistiche: BGHSt 53, 55; vedi MURMANN, *Festschrift Puppe*, 2011, p. 767 ss.; medesimo autore, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed. 2017, § 25 nota marg. 136 ss.
- 24 BGHSt 19, 135; vedi ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9 ed. 2015, p. 570; KÜHL, Jura 2010, 83; LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, 2017, p. 183 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4. ed. 2017, § 23 nota marg.

All'atto pratico, il criterio della *Tatherrschaft* non è conseguentemente idoneo a tracciare i confini tra le due categorie. Innanzitutto, però, da un punto di vista normativo non appare appropriato applicare un criterio sviluppato per la suddivisione delle responsabilità tra condotte illecite paritarie e concorrenti all'ipotesi della cooperazione di un terzo con il titolare del bene giuridico; infatti, ci si ferma a una considerazione meramente esterna dei contributi apportati. Tuttavia, è corretto affermare che la *Tatherrschaft* non è soltanto dominio strumentale su un fatto, bensì dominio normativo sulla violazione di un rapporto giuridico che, nel caso del titolare del bene giuridico, manca palesemente. Decisivo per la distinzione tra *Selbstschädigung/-gefährdung* e *Fremdschädigung/-gefährdung* deve essere, piuttosto, la consapevolezza che nel solo caso della *Fremdschädigung/-gefährdung*, la cui liceità dipende dall'alterazione del rapporto giuridico da parte del titolare del bene giuridico tramite una sua manifestazione di volontà, esso, acconsentendo, autorizza una condotta altrimenti vietata. La domanda corretta deve, quindi, essere la seguente: la condotta è consentita indipendentemente dal comportamento consenziente della vittima (*eigenverantwortliche Selbstschädigung/-gefährdung*) o può essere autorizzata solo previo consenso (*einvernehmliche Fremdschädigung/-gefährdung*)?²⁵ Ci si accorge presto, allora, che sia nel caso dell'HIV che nell'ipotesi dell'"auto-surfing" ci si trova davanti a casi di *einvernehmliche Fremdgefährdung*: il rapporto sessuale non protetto di un uomo sieropositivo con una donna non consenziente creerebbe rischi di infezione illeciti, e, altresì, il trascinarsi sul tetto di una macchina non sarebbe ammissibile nei confronti di una persona che a ciò si oppone. Nel caso del "doppio suicidio fallito unilateralmente" sarebbe, invero, illecito condurre il gas di scarico all'interno dell'auto contro la volontà di un passeggero. Tuttavia, il giudizio di disapprovazione non si riferirebbe al pericolo di morte (si invece all'integrità fisica e alla libertà morale protetta dal § 240 StGB [violenza privata]) se la vittima, che ha una visione d'insieme della situazione, può abbandonare il luogo del fatto pericoloso in qualsiasi momento (o deve abbandonarlo per salvarsi). La donna, pertanto, rimanendo in macchina, si è auto-inferta una lesione.

Procedere alla problematica distinzione tra *Selbstschädigung/-gefährdung* e *Fremdschädigung/-gefährdung* non sarebbe neanche necessario! Infatti, sot-

91 ss. Secondo Roxin nel caso di pericolo (GA 2012, 659) è fondamentale capire "da chi proviene il pericolo che sfocia direttamente nell'evento" (*von wem die Gefährdung ausgeht, die unmittelbar in den Erfolg einmündet*).

25 In questo senso anche MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 89 ss. Critico sul punto, invece, LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, 2017, p. 182 s.

to il profilo dell'autoresponsabilità, di primo acchito si tratta di una questione piuttosto tecnica stabilire se la vittima abbia attuato la propria decisione autonomamente (*Selbstschädigung/-gefährdung*) o se si è avvalsa dell'aiuto di un terzo estraneo (*Fremdschädigung/-gefährdung*). Questa distinzione è imposta soprattutto dal § 216 StGB che sancisce la punibilità dell'omicidio su richiesta anche nel caso in cui sia stato commesso su seria richiesta della persona uccisa (mentre il concorso nel suicidio rimane, in linea di principio, esente da pena)²⁶. Autorevole dottrina minoritaria vuole limitare la distinzione all'ambito del dolo e propone il trattamento dogmatico paritario della casistica riguardante l'*eigenverantwortliche Selbstgefährdung* e l'*einvernehmliche Fremdgefährdung* (almeno per determinate situazioni fenomenologiche) sul piano dell'imputazione oggettiva²⁷. Ciò, però, da un lato non è persuasivo perché sul versante oggettivo l'illiceità del fatto doloso non si distingue da quella del fatto colposo²⁸ e, pertanto, non appare plausibile che il comportamento consenziente della vittima, in caso di violazioni di norme di condotta identiche, debba rilevare una volta sul piano del fatto tipico e, in seguito, sul piano dell'antigiuridicità. Inoltre, non renderebbe giustizia alla funzione tipizzante del fatto escludere dal campo di applicazione dei fatti lesivi, sulla base di un consenso, condotte che sono *fremdgefährdend*. Se l'estraneo inietta la droga alla vittima, compie l'atto conforme alla fattispecie penale, indipendentemente dal fatto che, attenendosi all'accordo, inietti del veleno letale o dello stupefacente pericoloso. La decisione se il comportamento debba essere classificato come illecito non viene di certo pregiudicata con riferimento alla situazione di pericolo. Sovente l'illiceità del fatto dovrà essere negata, a prescindere dalla classifica-

26 La medesima distinzione sta alla base dei §§ 217, 228 StGB.

27 Per un'equiparazione tra *eigenverantwortlicher Selbstgefährdung* e *einverständlicher Fremdgefährdung*: CANCIO MELIÀ, ZStW 111 (1999), 357 (366 ss.). Si occupa nel dettaglio del dibattito sulla rinuncia alla distinzione tra *eigenverantwortliche Selbstgefährdung* ed *einverständliche Fremdgefährdung* (e, giustamente, è contrario) JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 99 ss.; MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 71 ss., 108 ss. Critico anche ROXIN, GA 2018, 250 (251 ss.), che a suo volta (ibid., p. 254 ss.) perora l'equiparazione dell'*einverständliche Fremdgefährdung* e dell'*eigenverantwortliche Selbstgefährdung* qualora o "la situazione pericolosa è sorta su iniziativa della persona a rischio che ha soverchiato l'esitazione della persona da cui proviene il pericolo" ovvero: "quando è possibile constatare che le persone coinvolte abbiano contribuito assieme e con contributi di pari importanza alla creazione della situazione pericolosa". (ibid., p. 254).

Per contro già MURMANN, FS Puppe, 2011, p. 767 (768 nota 89).

28 Vedi anche nota n. 58.

zione della situazione come *Selbstgefährdung* o *Fremdgefährdung*; laddove, in via eccezionale, ciò sia diverso, occorrerà una legittimazione legata proprio alla specifica forma di creazione del pericolo. (vedi anche *infra* IV.).

Per quanto riguarda l'*eigenverantwortliche Selbstschädigung* e *Selbstgefährdung*, giurisprudenza e dottrina concordano, in linea di principio, sulla non configurabilità di una responsabilità penale in capo a chi si limita a parteciparvi. Tuttavia, le opinioni divergono per quanto riguarda le motivazioni. La giurisprudenza cerca la soluzione sul piano delle norme sanzionatorie: poiché il suicidio non è punibile, anche la partecipazione a esso non dovrebbe essere punito. Il BGH ha esteso quest'argomentazione, inizialmente sviluppata per la partecipazione alla *Selbstschädigung*²⁹, ai casi di *Selbstgefährdung*³⁰. La dottrina, invece, prevalentemente si muove sul piano delle norme di condotta, sostenendo quindi non (soltanto) la non punibilità di ipotesi di agevolazione della *Selbstschädigung* ovvero *Selbstgefährdung*, bensì la loro liceità giuridica. Con il suo apporto, il terzo non crea un pericolo giuridicamente deplorabile con riguardo a una condotta autooffensiva altrui; manca la tipicità della condotta ovvero l'imputazione oggettiva³¹.

Per quanto riguarda l'*einvernehmliche Fremdschädigung/gefährdung*, si presume prevalentemente che non incida sulla realizzazione del fatto tipico e che debba essere trattata sul piano delle cause di giustificazione come consenso. Ciò è alquanto controverso per la *einvernehmliche Fremdgefährdung*, ma, giustamente, vige anche in questo caso³². Certo, presupporre che la vittima accetti altresì la realizzazione dell'evento, sarebbe una *fictio* che giudi-

29 BGHSt 24, 342; cfr. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4^a ed. 2017, § 23 nota marg. 72 ss.

30 BGHSt 32, 262; cfr. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4^a ed. 2017, § 23 nota marg. 81 ss.

Per una critica articolata vedi MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 26 ss.

31 MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 63 ss.; MURMANN, *Selbstverantwortung* (nota n. 1), p. 397 ss. Cfr. per la teoria della tipicità della condotta (*Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten*) l'opera fondamentale di FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und objektive Zurechnung des Erfolgs*, 1988. In definitiva, tuttavia, la discussione sulla localizzazione del problema nell'area del fatto costitutivo o dell'imputazione oggettiva non cambia nulla in merito alla valutazione della questione.

32 Ad esempio, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 29a edizione, 2018, § 228 nota marg. 2s. Della la controversia in merito alla questione se la *Fremdgefährdung* (come la *eigenverantwortliche Selbstgefährdung*) riguardi la tematica dell'imputazione oggettiva si occupa nel dettaglio MENRATH, *Die Einwilligung in das Risiko*, 2013, p. 108 ss. Si veda già supra alla nota 27.

ca erroneamente l'effettivo stato d'animo³³. Se, tuttavia, il consenso rende già lecita l'azione pericolosa, viene meno anche il disvalore delittuale dell'evento. Alla base di ciò vi è la cognizione, tipica della teoria dell'imputazione oggettiva, che il disvalore d'evento non è altro che il disvalore d'azione realizzato³⁴.

Indipendentemente dal fatto se la decisione della vittima escluda o giustifichi la realizzazione del fatto, si presuppone sempre che si tratti di una decisione autoresponsabile. Per quanto riguarda il consenso, viene tradizionalmente richiesta la capacità della vittima di prestare il proprio consenso e una decisione priva di vizi. La vittima deve essersi resa conto della portata (con riferimento al bene giuridico) della sua decisione³⁵. Continua ad essere controverso in dottrina se questo parametro³⁶ possa essere applicato all'*eigenverantwortliche Selbstschädigung/Selbstgefährdung* o se l'autoresponsabilità venga meno solo nel momento in cui la vittima si trovi in uno stato corrispondente all'incapacità di intendere e di volere (§ 20 StGB) o in una situazione di conflittualità corrispondente allo stato di necessità scusante (§ 35 StGB)³⁷.

Per quanto riguarda la questione della responsabilità del terzo, la controversia sui presupposti dell'*Eigenverantwortlichkeit* della vittima può essere collocata all'interno della teoria dell'imputazione o (in caso di condotta

-
- 33 Ne parla approfonditamente JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 122 ss. Si discosta BEULKE, *FS Otto*, 2007, p. 215, con la considerazione che la persona che approva il pericolo ne approvi anche la realizzazione, perché altrimenti la persona che presta il consenso sarebbe "accusata di una sorta di venire *contra factum proprium*" (in termini simili PUPPE, *ZIS* 2007, 251); è critico STEFANOPOULOU, *ZStW* 124 (2012), 696 ss.
- 34 MURMANN, *Selbstverantwortung* (nota 1), p. 430 ss.; *IBID.*, *Grundkurs Strafrecht*, 4a ed. 2017, § 25 nota marg. 139; *IBID.*, *FS Puppe*, 2011, p. 767 (776 s.); anche RENZI-KOWSKI, *HRRS* 2009, 353. Critico invece HAUCK, *GA* 2012, 202 (212, con non intelligibile riferimento alla mia concezione); JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 140; STEFANOPOULOU, *ZStW* 124 (2012), 695 s. Chi richiede l'accettazione dell'evento per la giustificazione anche nei casi di *einverständliche Fremdgefährdung*, ripiegherà, nei casi non considerati punibili, sulla negazione dell'imputazione oggettiva, cfr. ROXIN, *GA* 2018, 250 (258 s.).
- 35 Cfr. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4a ed. 2017, § 25 nota marg. 125 ss.
- 36 È conforme, in parte, comprese le novelle, il § 216 StGB in caso di messa in pericolo del bene vita; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 48a ed. 2018 nota marg. 277.
- 37 Sul dibattito MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4a ed. 2017, § 23 nota marg. 78 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 48a 2018 nota marg. 275 ss.; in maniera approfondita MURMANN, *Selbstverantwortung* (nota n. 1), p. 463 ss. Per un parametro a sé stante della *Eigenverantwortlichkeit* in caso di *Selbstgefährdung*, JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 30 s.

dolosa dell'estraneo) di quella del concorso nel reato (*Täterlehre*): se ricorre un deficit decisionale che esclude l'autoresponsabilità, questo può comportare che la condotta della vittima sia imputata al terzo in base ai principi fondamentali della teoria generale dell'imputazione o della teoria dell'autoria mediata (*mittelbare Täterschaft*; § 25 comma 1, 2 StGB) (a condizione che i loro principi siano applicabili all'ipotesi in cui la vittima stessa sia l'esecutore materiale del fatto).

La giurisprudenza non si è attestata su nessuna delle posizioni di cui sopra in merito alla determinazione dell'autoresponsabilità³⁸. In parte essa ritiene che sia altresì decisivo accertare se l'estraneo abbia conosciuto il rischio in maniera più nitida della vittima³⁹. Quest'ultima posizione non risulta convincente, poiché la superiorità dell'estraneo è da un lato sì importante per l'accertamento dell'autoria mediata (*mittelbare Täterschaft*), tuttavia, non ha alcuna rilevanza per la precedente questione dell'autoresponsabilità della vittima⁴⁰. Sembra invece corretto orientarsi ai parametri del consenso, in quanto si tratta sempre di attuare decisioni autodispositive, a prescindere dal tipo di realizzazione esterna⁴¹.

Dalle osservazioni precedenti emerge con chiarezza che la distinzione tra *Selbstschädigung/-gefährdung* e *Fremdschädigung/-gefährdung* assume notevole rilievo:

Sul versante sistematico del reato, essa condiziona la collocazione della decisione autodispositiva sul piano del fatto tipico ovvero dell'antigiuridicità.

Da un punto di vista materiale, decide sulla portata dei limiti al consenso (in particolare i §§ 216, 228 StGB) (e quindi spesso anche sulla punibilità).

E, infine, (a seconda dell'opinione cui si aderisce, vedi sopra) può essere rilevante per stabilire quale parametro di valutazione è da applicare all'autoresponsabilità.

38 Questione lasciata espressamente aperta BGHSt 32, 262 (265). Per una pronuncia orientata verso la soluzione del consenso BGH NStZ 1986, 266 (267). Sembra orientarsi verso la soluzione della colpevolezza BGHSt 24, 324.

39 Cfr. BGHSt 32, 262 (265); 36, 1 (17); BGH NStZ 1986, 266 (267).

40 Per esempio KINDHÄUSER, *LPK-StGB*, 7^a ed. 2017, *supra* § 13 nota marg. 126; JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 39 ss.; MENRATH, *Die Einwilligung in das Risiko*, 2013, p. 154 ss.

41 KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht AT*, 6^a ed. 2016, § 11 nota marg. 363; RENGIER, *Strafrecht AT*, 10^a ed. 2018, § 13 nota marg. 80.

2. *Responsabilità per omissione in seguito a una precedente Selbstgefährdung o Fremdgefährdung?*

Se la condotta dell'estraneo non è punibile a causa di una *eigenverantwortliche Selbstgefährdung* della vittima o di consenso valido a una *Fremdgefährdung*, sorge, in situazioni in cui il rischio si sta per realizzare, la domanda supplementare se l'estraneo, nonostante la decisione autoresponsabile della vittima, funga da garante per il non verificarsi dell'evento. Il BGH ha risposto a questa domanda in una serie di recenti decisioni nel senso che, sebbene la vittima si assuma la (auto-)responsabilità del pericolo da lei stessa creato, facendo ciò, tuttavia, non esprime il desiderio di essere da sola responsabile della sua realizzazione⁴². L'estraneo, pertanto, continuerebbe a essere garante⁴³. A titolo di esempio⁴⁴: se qualcuno lasciasse una sostanza da banco, che venisse utilizzata anche come droga ed è altamente pericolosa in caso di overdose, incustodita in casa sua e questa sostanza venisse consumata da un ospite, consapevole della sua pericolosità sotto forma di overdose letale, sarebbe esclusa la punibilità del padrone di casa per omicidio colposo a causa della *eigenverantwortlichen Selbstgefährdung*. Tuttavia, se il padrone di casa si rendesse conto della situazione di pericolo di vita e non intervenisse, anche se la vittima potesse ancora essere salvata, risponderebbe – a seconda del suo *animus* – per omicidio omissivo doloso o colposo.

Con riguardo a questo orientamento giurisprudenziale, la dottrina giustamente assume una posizione critica: chi autoresponsabilmente si assume un pericolo, si assume anche il rischio della sua realizzazione⁴⁵.

42 BGHSt 61, 21, 27; affini BGH, NStZ 2017, 219, 221 s. (in questo caso l'obbligo di garanzia del marito verso la moglie origina dal fatto che la donna, affetta da un disturbo alimentare, non aveva [pienamente] riconosciuto il rischio di mettere in pericolo la sua vita; sul punto JÄGER, NStZ 2017, 222).

43 BGH, NStZ 2012, 319 con nota di MURMANN, NStZ 2012, 387 ss. = ZIS 2013, 45 con nota di PUPPE; vedi anche BRÜNING, ZJS 2012, 691 ss.; KUDLICH, JA 2012, 470 ss.; RENGIER, FS Kühl, 2014, p. 383 ss.; BGHSt 61, 21, JR 2016, 545 con nota di HERBERTZ, medstra 2016, 165 con nota di KRETSCHMER, StV 2016, 426; con nota di ROXIN, NJW 2016, 176 con nota di SCHIEMANN; vedi anche BOSCH, Jura (JK) 2016, 450; EISELE, JuS 2016, 276; JÄGER, JA 2016, 392 ss.

44 Cfr. BGH, NStZ 2012, 319; BGHSt 61, 21.

45 EISELE, JuS 2016, 278; FAHL, GA 2018, 418 (432); HERBERTZ, JR 2016, 551; JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, 2015, p. 54 ss.; MURMANN, NStZ 2012, 388 s.; PUPPE, ZIS 2013, 48 s.; ROXIN, StV 2016, 428 s.; SCHIEMANN, NJW 2016, 178.

3. Riepilogo

Riassumendo, si può affermare che l'*Eigenverantwortlichkeit* della vittima è generalmente riconosciuta come ipotesi in presenza della quale la responsabilità di un terzo coinvolto nella concretizzazione della decisione autodispositiva della vittima è esclusa. A livello dogmatico si opera una sottile distinzione, da un lato, sulla base dei requisiti necessari della *Eigenverantwortlichkeit*, e dall'altro lato, considerando se si tratti di condotte autolesive o consensuali al danno ovvero al pericolo altrui. Infine si discute se dal concorso in pericoli autoresponsabili possa scaturire un obbligo di garanzia in merito all'impedimento dell'evento quale realizzazione del pericolo.

IV. Previsioni normative

Lo StGB non contiene alcuna norma positiva in merito al principio di autoresponsabilità della vittima. Tuttavia, il legislatore, sulla base di disposizioni normative che limitano la rilevanza del consenso, almeno con riferimento alla *Fremdschädigung* ha dimostrato di riconoscere, in linea di principio, l'istituto del consenso⁴⁶.

Risulta alquanto difficile motivare le restrizioni al potere di disporre dei beni giuridici individuali di cui ai §§ 216, 228 StGB in relazione ai beni giuridici "vita" e "integrità fisica"⁴⁷. Lo stesso discorso vale anche per il § 217 StGB, inserito nel codice penale alla fine del 2015, che rende punibile l'agevolazione commerciale del suicidio altrui („*Geschäftsmäßige Beteiligung am Suizid*“).

Al fine di legittimare tali restrizioni, sta acquistando importanza in dottrina un'impostazione tesa a fornire una motivazione, recentemente adottata anche dal legislatore, secondo cui le suddette disposizioni potrebbero contemplare dei casi in cui manca una decisione autoresponsabile da parte

46 Alla luce della giustificazione costituzionale della tutela di decisioni autodispositive prese in maniera autonoma, tale riconoscimento ha ovviamente carattere meramente dichiarativo. Anche al di fuori dello StGB si trovano disposizioni sul consenso rilevanti (anche) per il diritto penale, come la legge sulla donazione, rimozione e trapianto di organi e tessuti (*Transplantationsgesetz TPG*).

47 Problemi simili sorgono nel TPG dove, ad esempio, al § 8 primo comma capo secondo del TPG si dichiara inammissibile la donazione di organi provenienti da persona viva, salvo che si tratti di certi legami personali. Ne parla, nel dettaglio e con tono critico, FATEH-MOGHADAM, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*, 2008, p. 259 ss.

del consenziente o, quantomeno, quest'ultima ipotesi non può essere esclusa⁴⁸.

Certo, nelle disposizioni che escludono la configurabilità di una giustificazione, non si trova disciplinato il requisito dell'esistenza di deficit decisionali. Siffatte carenze ovvero dubbi al riguardo devono pertanto essere ricollegati alle circostanze oggettive dell'esecuzione del reato. Alla base di ciò vi è l'assunto che possibilmente persino la richiesta seria di uccisione espressa dalla vittima (§ 216 StGB) si fonda su un deficit nel processo decisionale. Questa ipotesi è stata recentemente corroborata in modo più dettagliato dal legislatore per l'agevolazione commerciale del suicidio altrui (*Geschäftsmäßige Beteiligung am Suizid*, § 217 StGB)⁴⁹. In base a ciò, in particolare le persone anziane e malate si troverebbero spesso in una condizione psicologica in cui tendono a fare propri i desideri reali o presunti dell'ambiente che li circonda. Per queste persone i desideri di morte deriverebbero spesso da una situazione di cura e attenzione percepita come inadeguata o dalla supposizione di essere un peso per gli altri e dalla sensazione che chi sta loro attorno si aspetti che prendano una decisione nel senso di porre fine alla loro vita.

Il riconoscimento di tali carenze nel processo decisionale come lacune decisionali giuridicamente rilevanti presuppone, ovviamente, la definizione normativa dei requisiti per l'autoresponsabilità del titolare del bene giuridico di cui *supra* (II.). Questo perché nel caso in parola bisogna tener conto dei deficit nella motivazione che non rimetterebbero in discussione l'autoresponsabilità nelle decisioni di minor peso (ad esempio, quando si tratta del proprio patrimonio). Ciò che legittima un siffatto paternalismo *soft*⁵⁰, che intravede nella mera eventualità di decisioni lievemente deficitarie un motivo per la loro irrilevanza giuridica, è l'assunto che nel caso di beni giuridici di rango particolarmente elevato (soprattutto quando il loro deterioramento è irreversibile) l'interesse della persona interessata alla protezione contro le conseguenze di una decisione (eventualmente) deficitaria superi l'interesse al riconoscimento giuridico della decisione (eventualmente non deficitaria).

48 MURMANN, *Selbstverantwortung* (nota 1), p. 493 ss; *IBID.*, *FS Yamanaka*, 2017, p. 295 ss; inoltre GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, p. 299 ss; LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, 2017, p. 59, 189, 259; cfr. anche KUBICIEL, *JA* 2011, 90s.; *IBID.*, *ZIS* 2016, 398 s.; *IBID.*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 194 ss.

49 BT-Drs. 18/5373, p. 11 s.

50 Per un approfondimento sul tema "*Paternalismus und defizitäre Opferentscheidungen*" vedi MURMANN, *FS Yamanaka*, 2017, p. 289 ss.

Mentre nel caso del paternalismo forte lo Stato si arroga di essere in grado di prendere decisioni migliori per il benessere dell'individuo rispetto all'individuo stesso (ragione per cui il paternalismo forte ignora i principi dell'ordinamento giuridico liberale descritti supra I. e II.)⁵¹, un paternalismo debole accampa la pretesa di valorizzare la "vera" volontà del cittadino in quanto persona ragionevole che in una situazione concreta ha preso una decisione (eventualmente) su basi deficitarie⁵². Anche se l'argomento non viene praticamente mai affrontato in maniera esplicita, anche i limiti del consenso classico si fondano sul paternalismo debole: il fatto che un difetto decisionale porti all'invalidità del consenso consegue a una decisione valoriale volta a dare maggiore importanza alla tutela del soggetto nei confronti delle conseguenze di una sua decisione deficitaria piuttosto che al rispetto di tale sua decisione (e ciò anche quando l'aberrazione decisionale sia da ricondursi alla sua sfera di responsabilità e non sia quindi da imputarsi all'estraneo). È ammissibile ignorare l'esplicita manifestazione di volontà perché si presume che in questo modo si tenga conto dei reali interessi del dichiarante. Ciò non costituisce un controllo eteronomo proprio perché si può legittimamente presupporre che il consenziente stesso (quindi in base ai propri parametri) avrebbe accettato che la propria dichiarazione venisse usata contro di lui solo se non avesse compiutamente conosciuto gli aspetti essenziali della sua decisione. L'inefficacia di tali dichiarazioni è quindi del tutto giustificabile in un ordinamento giuridico che ha il suo perno nella libertà individuale. Il problema non è, quindi, se l'efficacia di una manifestazione di volontà autodispositiva possa essere negata perché la decisione di fondo è deficitaria, bensì il problema cruciale è la determinazione dei limiti di un paternalismo debole⁵³.

Nella linea di pensiero adottata per i §§ 216, 217 StGB può inserirsi anche il § 228 StGB. Ai sensi di questa disposizione, il consenso della vittima è irrilevante se il fatto, nonostante tale consenso, è contrario al buon costu-

51 Vedi MURMANN, *FS Yamanaka*, 2017, p. 289 (291 ss.).

52 ROXIN in GA 2018, 250 (262) solleva due obiezioni ingiustificate a questa tesi. Primo: il fatto che questa "vera" volontà possa essere mancata, se alla decisione viene negata l'efficacia, non è contrario a questo concetto. È piuttosto immanente alla stessa decisione di bilanciamento. Secondo: se per determinare questa vera volontà si considera, per così dire, come "domanda di prova" se la vittima "rimpiangerà la sua decisione", il risultato della condotta pericolosa, che è l'evento lesivo, visto dalla pertinente prospettiva *ex ante*, ovviamente in tale valutazione non deve trovare alcuna considerazione; deve rimanere al di fuori di essa.

53 Per un'analisi più approfondita di questo confine, MURMANN, *FS Yamanaka*, 2017, p. 289 (297 ss.). Cfr. altresì FATEH-MOGHADAM, in: MURMANN/SELLMAIER/VOSSEN-KUHL (a cura di), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, p. 22 (36 ss.).

me. La giurisprudenza più recente rifiuta implicazioni morali concettualmente evidenti e, per rispondere alla questione dell'immoralità, si orienta sulla gravità della violazione e sulla pericolosità della condotta consentita, cosicché, soprattutto le condotte che mettono concretamente in pericolo la vita, non possano essere, in linea di principio, efficacemente approvate⁵⁴. A questo proposito si può sostenere che le decisioni inefficaci sono tendenzialmente quelle in cui la vittima rischia di subire una lesione considerevole dei propri beni giuridici e sussiste una certa probabilità che tali decisioni (anche al di sotto della soglia dei vizi di volontà che altrimenti escluderebbe il consenso) siano deficitarie⁵⁵.

Questa argomentazione può essere fatta valere per i reati colposi, in particolare per l'omicidio colposo (§ 222 StGB)⁵⁶. Questo però non è scontato perché il § 228 StGB si applica, in base alla sua formulazione e collocazione sistematica, solo alle lesioni personali dolose⁵⁷. Ne consegue, tuttavia, che l'oggetto del consenso è la condotta pericolosa e che sul versante oggettivo

54 BGHSt 49, 166: Solo eccezionalmente va considerato il movente; è il caso degli interventi sanitari dove, in determinate circostanze, possono essere giustificati anche interventi che mettono in pericolo la vita.

55 In questo senso, in maniera approfondita – anche per quanto riguarda la classificazione dogmatica – MURMANN, *Selbstverantwortung* (nota 1), p. 501 ss. Similmente, FRISCH, *FS Hirsch*, 1999, p. 485, 491ss; FATEH-MOGHADAM, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*, 2008, p. 134; JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 158 e seguenti; SCHROTH, *FS Volk*, 2009, p. 485, 491 e seguenti. 719, 728; critico (rispetto alla formulazione del § 228 StGB) LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 29ª edizione 2018, § 228 nota marg. 10. Discussione critica e dettagliata dei diversi tentativi di legittimazione, MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, p. 176 ss.

56 BGHSt 53, 55 (63); BOCK, *Strafrecht AT*, 1ª ed. 2018, p. 343; BRÜNING, *ZJS* 2009, 194 (195); FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 65ª ed. 2018, § 228 nota marg. 4; HEINRICH, *Strafrecht AT*, 5ª ed. 2016, nota marg. 473; JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht AT*, 8ª ed. 2017, nota marg. 145b; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed. 2017, § 25 nota marg. 141; RENGIER, *Strafrecht BT II*, 19ª ed. 2018, § 20 nota marg. 34. D'altra parte, il concetto giuridico del § 216 StGB concepito proprio per i colpi di grazia non può comunque essere adottato per il § 222 StGB nel senso di escludere fin dal principio il consenso alla situazione di pericolo di vita. In quest'ultimo senso, tuttavia, BGHSt 4, 88 (93); HAUCK, *GA* 2012, 202 (206 ss.); MOMSEN, *SSW-StGB*, 4ª ed. 2019, § 222 nota marg. 26; BGHSt 53, 55 (62 s.); RENGIER, *Strafrecht BT II*, 19ª ed. 2018, § 20 nota marg. 32; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, 30ª ed. 2019, Vor §§ 32 ss. Naturalmente, l'assunzione di un alto rischio di morte può rappresentare un elemento a favore dell'esistenza di un deficit decisionale.

57 Contrario BEULKE, *FS Otto*, 2007, p. 216; DUTTGE, *NStZ* 2009, 691; ROXIN, *GA* 2018, 250 (260); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, 30ª ed. 2019, Vor §§ 32 ss., nota marg. 104 a, § 228 nota marg. 20.

non vi è alcuna differenza tra reati dolosi e colposi (nonostante le diverse tradizionali definizioni dell'oggettivo disvalore d'azione come creazione di un pericolo giuridicamente disapprovato ovvero come violazione oggettiva di doveri)⁵⁸. Se si accettasse l'applicazione (sostanziale) del § 228 StGB alla lesione colposa (§ 229 StGB), allora si dovrebbe trarre una conclusione *a fortiori* per la sua applicazione all'omicidio colposo (§ 222 StGB)⁵⁹.

Giova, infine, richiamare l'attenzione su un limite immanente – e sostanzialmente appropriato – a quest'approccio teso a legittimare divieti penali per condotte lesive o pericolose acconsentite: sono infatti ipotizzabili costellazioni in cui né la tipologia della decisione autodispositiva, né il peso dell'intervento acconsentito possono far sorgere seri dubbi sul fatto che la decisione sia priva di vizi. Questa considerazione permette di spiegare, ad esempio, l'impunità dell'eutanasia indiretta, incontestata nei suoi effetti, ma problematica sul piano della sua motivazione. Sebbene sia difficile negare che una terapia antidolorifica che prevedibilmente porterà ad un accorciamento della vita (ad es. in caso di somministrazione per via endovenosa) costituisca un'uccisione attiva e dolosa e, quindi, sembra essere escluso un consenso ai sensi del § 216 StGB, la *ratio* di quest'ultima disposizione non si applica al caso in esame. Questo perché la decisione del paziente è del tutto adeguata alla situazione e in quanto tale comprensibile; nessuno spazio è riservato alla supposizione che la decisione a favore della terapia antidolorifica con accorciamento della vita possa essere deficitaria⁶⁰. Si ritiene che in questo caso in capo allo Stato e alla società non esista alcun diritto di esigere dalla persona gravemente malata di dover sopportare le proprie sofferenze.

V. Conclusione

Riassumendo, si può affermare quanto segue:

La rilevanza giuridica della autoresponsabilità della vittima è sempre presupposta in un ordinamento giuridico che si fonda sulla libertà della persona ed è teso a salvaguardare tale libertà.

Il diritto all'autodeterminazione è radicato nella Costituzione.

58 HARDTUNG/PUTZKE, *Examinatorium Strafrecht AT*, 1. Aufl. 2016, nota marg. 255 s.; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 7^a ed. 2017, § 15, nota marg. 41; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4^a 2017, § 30 nota marg. 8 s.; contrario, HIRSCH, *FS Lenckner*, 1998, p. 119 (139 s.).

59 BOCK, *Strafrecht AT*, 1^a ed. 2018, p. 343.

60 Riassumendo MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4^a ed. 2017, § 21, nota a marg. 78.

Da un punto di vista dogmatico, il diritto all'autodeterminazione è contemplato, a seconda della costellazione dei casi (*eigenverantwortliche Selbstschädigung/-gefährdung; einvernehmliche Fremdschädigung/-gefährdung*), nell'ambito della dottrina della tipicità della condotta o della teoria dell'imputazione oggettiva e in caso di consenso.

La responsabilità da posizione di garanzia in capo a chi mette in pericolo un'altra persona con il consenso di essa o contribuisce alla sua *Selbstgefährdung*, come sostenuto dalla giurisprudenza, non convince.

La leva per limitare la portata dell'autoresponsabilità è da individuare nella sua determinazione normativa.

Le disposizioni di legge, che limitano la rilevanza del consenso, possono essere ricondotte al fatto che, nel caso di beni giuridici di rango particolarmente elevato, già la possibile sussistenza di deficit decisionali deboli, da prendere sul serio in base alle circostanze oggettive, può far sorgere dubbi giuridicamente rilevanti sull'esistenza di una decisione autoresponsabile.