

LIBERTÉ CHÉRIE.
**SULL'INAMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM IN MATERIA DI OMICIDIO
DEL CONSENZIENTE (COMMENTO A CORTE COST. N. 50/ 2022)**

di
Francesco Diamanti
(Ricercatore in diritto penale, Università di Modena e Reggio Emilia)

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'aiuto al suicidio "non punibile" – 3. L'omicidio del consenziente (verso il referendum) – 4. I perché e il percome dell'inammissibilità – 4.1. Il diritto alla vita impugnato contro sé stesso – 4.2. La breccia che non s'allarga – 4.2.1. (segue) Gli esempi che non reggono – 4.3. Le distinzioni che sfumano – 5. Rimane un dubbio (conclusioni)

1. Temi delicati come quello del fine vita presentano innumerevoli difficoltà, tecniche e umane. Studiando questa materia, all'interno della quale s'inserisce a pieno titolo l'eutanasia volontaria¹, si ha l'impressione che certe pratiche tormentino non meno delle disposizioni che le vietano. Da un lato, servirebbero soluzioni complete ed equilibrate che solo il legislatore può realizzare: sperando che, senza riportarci indietro², eviti di produrre precetti tanto esangui o slabbrati da permettere al lupo di presentarsi vestito da agnello³. Dall'altro lato, la proverbiale inerzia dei politici ha spinto i soggetti interessati a rivolgersi altrove. Li ha indotti a bussare alla porta di coloro che una risposta, anche alle minoranze di scarso peso elettorale (che la politica tende a ignorare)⁴, devono per forza fornirla: i giudici.

Le difficoltà, però, non sono diminuite.

¹ Sulla distinzione tra eutanasia volontaria e non volontaria, l'unica distinzione davvero utile a nostro avviso in questa materia, cfr. per tutti G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino 2020, 552 ss.

² Più che un timore assomiglia a una certezza. D'altro canto, il legislatore sembra riuscire a intervenire solo in due modi: o continuando a disinteressarsene, oppure disciplinando la materia eutanasi ponendo così tante restrizioni da polverizzare, di fatto e di diritto, i timidi passi in avanti già fatti dai giudici. Sul punto, basta leggere il "ddl Trizzino" sul suicidio medicalmente assistito: sulle condizioni imposte da questo sconcertante progetto v. L. Riscato, *Il diritto di morire tra cuore e ragione. riflessioni postume sul quesito referendario*, in *disCrimen*, 28 marzo 2022, 14 ss.

³ Questa raccomandazione (sempre valida, a nostro avviso soprattutto nei rapporti tra il diritto penale e la bioetica) è di M. Gallo, *Postille di un penalista ad una costituzione (fino a quando?) sovrana*, Torino 2019, 77.

⁴ Sottolinea questa logica della minoranza politica ignorata, su di un tema che, paradossalmente, potrebbe interessare tutti M. Donini, *Enea o Zarathustra. Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021.

Assumere decisioni che producono effetti immediati sulla vita delle persone, come s'è più volte trovata a fare la Corte costituzionale, è a dir poco complicato⁵. Le frontiere della vita sono campi minati in cui le certezze più ferme possono rapidamente trasformarsi in dubbi atroci, e viceversa; tant'è che, qui, tutti gli schieramenti in campo credono fermamente di onorare nel modo migliore il *bene*. Sempre che di "schieramenti", ormai, abbia ancora senso parlare: da un certo punto di vista in questo mondo emergono posizioni così eterogenee da impedire qualsiasi *macro*-classificazione scientifica o ideologica. Chi nega la disponibilità della vita non è per forza contrario all'eutanasia c.d. "passiva" in presenza di talune condizioni, così come chi supporta la disponibilità della vita non è per forza convinto della legittimità di tanti altri grandi temi come la fecondazione eterologa, la maternità surrogata, la diagnosi genetica *pre*-impianto, e molto oltre.

Nel nostro tempo, dunque, urgono confronti *specifici* sui vari (*specifici*) temi⁶. Per cogliere i molti riflessi penalistici di tutte queste posizioni, per formarsi un'idea, è possibile appoggiarsi alle numerose riflessioni della dottrina italiana: da Bricola a Canestrari, Padovani, Vallini, Donini, Fiandaca, Pulitanò, Cadoppi, Manna, Stella, Stortoni, Mario Romano, Ronco, Gargani, Eusebi, Seminara, Giunta, Giostra, Risicato, fino a Viganò, Magro, Di Giovine e moltissimi altri; le quali, nel corso del tempo, hanno generato un dibattito ricchissimo⁷.

⁵ Alla Corte costituzionale è stata spesso richiesto il riconoscimento di diritti che il legislatore non ha voluto (o non potuto) riconoscere o che, nella migliore delle ipotesi, riconoscerà solo dopo diverso tempo. La Consulta si è trovata più volte ad affrontare l'inerzia del legislatore su questioni bioetiche anche molto delicate; tra queste, oltre a quella che ci si appresta a commentare (cfr. C. cost. n. 50/2022), si vedano a mero titolo di esempio C. cost. n. 27/1975 (in tema di art. 546 Cp e aborto); C. cost. n. 96/2015 e n. 229/2015 (in materia di procreazione medicalmente assistita). Sulla sentenza qui in commento (C. cost. n. 50/2022), oltre al lavoro già citato di Lucia Risicato, v. R. D'Andrea, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?* in *Sistema Penale*, 1 aprile 2022, 1 ss.

⁶ H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Nuova ed., Milano 1999, 112 ss. Si accorge molto bene del fatto che i c.d. "stranieri morali" possono essere tali anche rimanendo all'interno del loro gruppo di appartenenza: coloro che lottano affinché il malato possa autodeterminarsi e richiedere l'eutanasia attiva hanno spesso opinioni divergenti su altre tematiche bioetiche. Il quadro è (molto) complesso.

⁷ La letteratura è vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza, v. intanto F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1016 ss.; F. Mantovani, voce *Eutanasia*, in *DigDPen*, IV, Torino, 1990, 423 ss.; F. Ramacci, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi Nuvolone*, II, Milano 1991, 201 ss.; Aa.Vv., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L. Stortoni (a cura di), L'Editore, 1992; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *RIDPP*, 1995, 670 ss.; F. Bricola, *Vita, diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Scritti di diritto penale*, S. Canestrari e A. Melchionda (a cura di), II, Milano, 1997, 2805 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in C.M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna 1998, spec. 286 ss.; Id., *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen*, 25 novembre 2019, 1 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001; v. anche Id., *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso "Cappato"*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.5.2019, 1 ss.; Id., *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di protezione positiva nella decisione del Tribunale*

costituzionale tedesco sul § 217 StGB, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2020, 20 ss.; M. Ronco, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 2009; oltre a numerosi lavori dell'A. (impegnatissimo sui rapporti tra diritto penale e bioetica) che citeremo successivamente, v. per ora A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *DPP*, 6/2019, 805 ss.; Id., *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *Biolaw Journal*, 2020, 208 ss.; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, in *IP* 2000, 480 ss.; un altro A. impegnatissimo su questi temi è Stefano Canestrari, il quale, tra le altre cose, è uno dei principali architetti della l. n. 219/2017, nonché membro del Comitato Nazionale per la Bioetica: per ora si v. S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna 2021; Id., *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto*, cit., 213 ss.; A. Manna, *Art. 579-580. L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, in Id., (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 51 ss., 70 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto a morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, 227 ss.; Id., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *RIDPP* 2011, 1383 ss.; S. Canestrari, F. Faenza, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 82 ss.; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008; Id., *La consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione «timida» fuga lo spettro delle chine scivolose*, in www.la legislazione penale.eu, 16.3.2020, 1 ss.; F. Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e l'attivismo giudiziale*, in *RIDPP* 2008, 4, 1594 ss.; D. Tassinari, *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al «testamento biologico»*, in S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Firenze 2009, spec. 412 ss.; Aa.Vv., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di), Bologna, 2009; Aa.Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, A. Cadoppi (a cura di), Milano, 2010, 103 ss.; S. Tordini Cagli, *Le forme dell'eutanasia*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto*, vol. II, S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano 2011, (1819), 1833 ss.; A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; M. Donini, *La necessità dei diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.3.2017, 1 ss.; O. Di Giovine, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *CP* 2019, 5-6, 1839 ss.; già prima cfr. Id., *Un diritto penale empatico?*, Torino 2009; A. Gargani, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 523 ss.; T. Padovani, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, reperibile on-line su <https://referendum.eutanasialegale.it/wp-content/uploads/2021/07/Prof.-Avv.-Tullio-Padovani.-Note-circa-il-referendum-sullart.-579-codice-penale-1.pdf>; F. Consulich, *«Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?»*, in *RIDPP* 2019, 101 ss.; A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in www.la legislazione penale.eu, 23.9.2019, 1 ss.; Aa.Vv., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, G. D'Alessandro, O. Di Giovine (a cura di), Torino 2020; G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, in www.la legislazione penale.eu, 3.2020, 1 ss.; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Sistema penale, Riv. Trim.*, 2/2020, 63 ss.; G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistema Penale*, 11.6.2020, 1 ss.; Id., *La ponderación entre tutela de la vida y tutela de la autodeterminación del individuo y su reflejo en la disciplina penal del auxilio al suicidio*, in J.L. Guzmán Dalbora, A. Zuniga Fajuri, *Delito, naturaleza y libertad*, Valencia 2020, 137 ss.; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in www.la legislazione penale.eu, 16.3.2020, 1 ss.; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *Discrimen*, 2020, 1 ss.; A. Massaro, *Questioni di fine-vita e diritto penale*, Torino 2020; V. Militello, B. Magro, S. Canestrari, *Il fine vita e il legislatore pensante. 1. Il punto di vista dei penalisti*, in *Giustizia insieme*, 2021, 1 ss.; G. Losappio, *Fine vita e «diritto vivente» dal caso Englaro al caso trentini*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, 2021, 242 ss.; D. Falcinelli, *Il delitto senza fattispecie. Contrappunto sul suicidio*, in *AP* 2021, 1 ss. Da ultimo, v. tutti i contributi presenti in Aa.Vv., *La via referendaria al fine vita*.

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

Gli spunti non mancano, sia nella manualistica⁸ che nell'indagine storica⁹.

Comunque la si guardi, purtroppo, questa è una storia triste¹⁰.

Iniziamo dall'ovvio.

Per chi può e vuole infliggerselo da solo con atti più o meno tragicamente violenti, il suicidio in sé, quale fatto atipico per il diritto penale¹¹, non

Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p., G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Ferrara 2022.

⁸ La manualistica italiana è ricchissima di spunti, ma per evidenti ragioni di spazio non la prenderemo in considerazione tutta. Un'indagine di questo tipo, però, sarebbe forse importante per comprendere non tanto le posizioni degli Autori (che a volte emergono meglio in altri generi letterari), quanto *come* questo delicato rapporto tra diritto penale e fine vita viene insegnato nelle Università di Giurisprudenza. Ecco qualche indicazione: per la tesi tradizionale, quella che partiva dall'indisponibilità della vita per l'esistenza di un interesse sociale all'esistenza dei cittadini, imprescindibile il riferimento a F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*⁴, I, L. Conti (a cura di), Milano 2002, 43 ss., si veda anche Id., *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano 1955, 204 ss. Per un'impostazione assai più moderna e laica v. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, Tomo I, "I delitti contro la persona"⁵, Bologna 2020, 2-5, 55-58; per l'esigenza d'intervenire a livello legislativo con una precisa disciplina della pratica eutanasia, G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *I reati contro le persone*, Padova 2018, 86; D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, I "Tutela penale della persona"³, Torino 2019, 25 ss., 63, 69 ss., «La scelta effettuata dal codice Rocco è ragionevolmente discutibile, nel senso letterale del termine: messa in discussione con argomenti a favore e contro. Il divieto di principio dell'uccisione del consenziente (e dell'istigazione e aiuto al suicidio) può essere giustificato con ragioni coerenti con l'idea dell'eguale rispetto e del reciproco riconoscimento di diritti e doveri: è una norma che può ragionevolmente essere scelta da persone razionali nel quadro delle regole costitutive della convivenza. La *tabuizzazione dell'omicidio* (cui ricorre il divieto di uccidere anche chi vi consenta) protegge lo spazio morale delle relazioni fra persone [...] è appunto la rigidità di quel divieto che – al di là delle prese di posizioni ideologiche sul principio paternalistico – costituisce il punto in discussione: il problema dell'eutanasia e del suicidio assistito». Importanti, poi, le riflessioni presenti in A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*⁵, Padova 2016, 333, poi 376 e 377.

⁹ Sulle origini della criminalizzazione del suicidio in Europa, cfr. per tutti G. Garrisson, *Le Suicide dans l'antiquité et dans les temps modernes*, Parigi 1885, 83 ss., 83 « Jusqu'ici nous avons trouvé la loi bienveillante pour le suicide ; la religion et les mœurs toléraient souvent, encourageaient parfois cette sortie de la vie par la porte de derrière Désormais, tout va changer de face ; la religion chrétienne va reprendre la prohibition du Décalogue ; Tu ne tueras point, et le suicide va être, pendant plusieurs siècles, regardé comme le plus coupable des actes, assimilé à l'assassinat. Le premier chrétien qui se prononça ouvertement contre le suicide et qui exposa nettement ses doctrines fut saint Augustin»; A. Wacke, *Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1980, 97, 26 ss., spec. 32 ss.

¹⁰ È una storia in cui la negazione delle esequie assume i tratti di un'umiliazione quasi trascurabile se comparata a quelle inflitte coi processi ai cadaveri e con la grottesca esecuzione simbolica delle pene nei loro confronti. È una storia terribile, è una storia di confische, di cadaveri trascinati coi cavalli sino al luogo del supplizio e lì – come raccontato, ad esempio, nel XVI secolo da Joos Damhouder – offerti al popolo sospesi ignominiosamente sul patibolo (cfr. J. Damhouder, *Practica rerum criminalium*, Lugduni 1554, 294 ss., che, in fondo, era la traduzione, con qualche integrazione, di un'opera inedita più risalente, la *Practycke criminele* di Philippe Wielant). Per tutti, v. l'indagine storica di G.P. Massetto, *Il suicidio nella dottrina dell'età di mezzo*, in *Acta Histriae*, 12, 2004, 139 ss.

¹¹ Detto per inciso, un'ovvietà: un "fatto" non previsto dalla legge penale come reato è atipico, e se un penalista si chiede se quel medesimo fatto (*atipico*) sia o meno strutturalmente anti-giuridico o tollerato dallo Stato (per una sintesi di questo ampio dibattito v. G. Fornero, *op. cit.*, 145 ss.), sta andando *off topic*. Se esistono incongruenze nel sistema – e ne esistono eccome – il problema è solo di quelle incongruenze: in altri termini, l'esistenza e la resistenza degli artt. 579 e 580 cp non dice nulla, oggi, sul fatto che il suicidio debba essere "tollerato" o strutturalmente anti-giuridico o altro. Niente di tutto ciò, perché i rapporti tra *fatto tipico* e *illecito* (o, se si preferisce, tra tipicità e anti-giuridicità) sono chiari: la valutazione dell'anti-giuridicità di un fatto atipico è sospetta, perché prepara il campo alla libertà di giudicarlo. Una

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

produce né autori né vittime: ma non bisogna dimenticare che questo piccolo passo c'è costato carissimo, e che per esso s'è dovuto lottare, senza sosta, fino alla fine del XIX secolo¹².

delle lezioni di Beling era proprio questa: il fatto atipico, com'era già all'epoca il suicidio, è atipico e basta; quindi, non ha senso pensare alla sua antigiridicità, cfr. E. Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906, 220 «... der Selbstmord mag rechtswidrig sein oder es nicht sein, strafbar ist er schon deshalb nicht, weil er keine typische Tötungshandlung im Sinne der §§ 211 ff. StGB ist. Es erübrigt sich hier also die Rechtswidrigkeit zu prüfen». Un fatto atipico è oggi un nostro spazio di libertà che non ammette giudizi (*morali*, perché di questo si tratta) di alcun tipo: forse è giunto il momento di ammettere che il suicidio non è un fatto tollerato o sopportato a malincuore, ma semplicemente *atipico*; senza andare oltre. Su tutti questi temi, v. M.B. Magro, *Eutanasia*, cit., 195.

¹² Nel Medioevo, ad esempio, al suicida era imposto il divieto di onoranze funebri e la confisca del patrimonio (cfr. A. Wacke, *Der Selbstmord*, cit., 33 ss.). Si può dire naturalmente qualcosa anche su quel che accadeva in tempi assai più recenti, come ad esempio la disciplina del Codice penale del Regno di Sardegna, nella quale l'art. 585 affermava che «Chiunque volontariamente si darà la morte è considerato dalla legge come vile, ed incorso nella privazione dei diritti civili, ed in conseguenza le disposizioni di ultima volontà che avesse fatte saranno nulle e di niun effetto: sarà inoltre il medesimo privato degli onori funebri di qualunque sorta». Il suicidio, nel corso del tempo, in alcuni Paesi inizia lentamente a passare da delitto a (grave) contravvenzione di polizia contro la sicurezza della vita; questo, ad esempio, avvenne coi §§ 91 e 92 del Codice penale austriaco del 1803 (capo VIII "Delle gravi Trasgressioni di Polizia contro la sicurezza della vita"): il § 90 stabiliva che «... quando qualcuno si fosse ferito, od in qualunque altro modo offeso col disegno di togliersi la vita, ma avesse desistito dal compiere il suicidio, mosso dal proprio pentimento, dev'essere chiamato dinanzi alla magistratura, da cui gli verrà fatta una seria ammonizione sull'enormità del suo attentato, che offende tanti doveri»; il § 92, ad esempio, stabiliva che «Qualora poi fosse avvenuta la morte, il cadavere del suicida accompagnato soltanto dalla guardia viene trasportato in un luogo posto fuori del cimitero, e sotterrato dai fanti di giustizia». In altri casi, invece, il suicidio scompare *tout court* dal Codice penale, come nella Francia del 1791 (cfr. K.A. Geiger, *Der Selbstmord im französischen Recht*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 62, 1889, 397 nota 4). Il pensiero illuminista, ricco di pensatori del calibro di Beccaria, Voltaire, Filangieri e Pilati, (ma già prima con Montagne, cfr. M. de Montaigne, *Essays*, II, 3 - III, 12), si diffonde, piano piano, l'esigenza di depenalizzare il suicidio. Facciamo un altro esempio: il Codice penale sardo del 1859 tacque sul punto, ma i rari casi di uccisione del consenziente, così come le forme di partecipazione al suicidio, furono ricondotte comunque dalla giurisprudenza all'omicidio doloso. In seno a quella multiforme Scuola che fu chiamata "classica", molti (quasi tutti in realtà) erano d'accordo con la rinuncia alla folle punizione del suicidio consumato, ma alcuni continuarono a sostenere imperterriti la punibilità del tentativo, cfr. E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, II, Napoli 1883, 13 ss. Affermava Pessina: «Colui che senza essere in uno stato di demenza si toglie la vita, uccide un uomo, uccidendo sé stesso, e con ciò viola il dettato del Diritto come ogni altro omicida. Noi non neghiamo la natura speciale dell'azione, per cui l'uomo, rivolgendosi contro sé stesso le sue forze esce dalle condizioni normali della Natura, in virtù delle quali ogni essere dotato di sensibilità e di movimento tende alla propria conservazione. Epperò non disconosciamo che egli debba soggiacere ad una pena tutta speciale, in quei limiti in cui potrebbe esser punito, cioè nel conato di suicidio». Queste erano le esatte parole di Enrico Pessina, non Giustiniano, Irnerio o Deciani, ma di un illustre penalista scomparso nel 1916. A ogni modo, i penalisti si resero presto conto del fatto che un prerequisito logico dell'omicidio, sia esso tentato o consumato, fosse inevitabilmente l'altruità della vita neutralizzata (cfr. G.B. Impallomeni, *Delitti contro la persona*, in *Completo Trattato teorico e pratico di Diritto Penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, II, Milano 1889, 107). Sul rapporto sul suicidio e il diritto penale v. anche M.B. Magro, *Eutanasia*, cit., 180 ss.

Il dibattito si spostò sulla punibilità dell'omicidio del consenziente, sull'istigazione e sull'aiuto al suicidio. All'inizio fu più che semplice chiamare in causa l'omicidio doloso per punire quello del consenziente; un poco più complicato, ma non troppo, fu ricondurre all'omicidio doloso anche il mero *aiuto*. Del resto, non è facile essere correi di un innocente, è piuttosto strano concorrere in un fatto atipico (cfr. G. B. Impallomeni, *Delitti*, cit., 110 ss.). Secondo alcuni tra i più importanti esponenti della Scuola c.d. "classica", per punire questi comportamenti, servivano fattispecie *ad hoc*; secondo altri, peraltro assai più scettici rispetto alla cristallizzazione assoluta del dovere di vivere (il riferimento è ai penalisti della Scuola positiva, come Enrico Ferri) credevano che se il suicidio non è reato allora neanche l'omicidio del consenziente e

E chi non vuole, o non può, fare da solo?

Sul punto il codice Rocco è stato molto chiaro.

Regna la cultura dell'indisponibilità della vita; bene, quest'ultimo, che le scelte normative del '30 hanno reso tecnicamente *non negoziabile*¹³. I commentatori più attenti, però, si accorsero subito dell'errore insito in una disciplina come quella dell'art. 579 Cp, perché già nel '28 era chiarissimo che i pochissimi omicidi del consenziente prendessero vita quasi esclusivamente dietro richiesta di malati terminali¹⁴. Tant'è che la giurisprudenza italiana, sotto la vigenza del codice penale del 1889, finiva per commuoversi e per fare ampio uso di attenuanti o, addirittura, dell'assoluzione per difetto d'imputabilità¹⁵.

Le critiche, purtroppo, servirono a ben poco.

Anche per interrompere questa tendenza ermeneutica poco gradita al legislatore fascista, si decise d'inserire la fattispecie simbolo già citata, oltre

l'aiuto al suicidio dovrebbero esserlo, purché l'autore sia mosso da motivi "sociali" (cfr. E. Ferri, *L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*⁴, Torino 1895, 64 e *passim*. Questo è un volume che non esitiamo a definire "fondamentale" per lo studio del pensiero penalistico sull'omicidio del consenziente e sull'aiuto/istigazione al suicidio dell'Italia del XIX secolo).

¹³ Per questa posizione c.d. tradizionale, cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 43 ss. Importanti riflessioni sul punto sono presenti in S. Seminara, *op.cit.*, 670 ss. Ampie critiche al Progetto che poi divenne legge in E. Ferri, *Principi di diritto criminale. Delinquenti e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*, Torino 1928, 402 ss.

¹⁴ Disse Ferri commentando la scelta del Progetto Rocco del 1927: «E questa non è ancora la soluzione razionale e pratica del problema, dacché, per es., l'uccisione del consenziente avviene il più spesso per obbedire alle insistenti richieste di un malato inguaribile e per solo sentimento di pietà» E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, cit., 407 ss. (spec. nota 1).

¹⁵ Così la *Relazione del Guardasigilli alla Comm. parlamentare*, n. 661. Tra gli altri, v. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*², Milano, Napoli, Roma 1922, 20 in cui, parlando dei reati di omicidio, dice «Sono pure indifferenti i motivi dell'azione. Di guisa che, sino a quando la così detta eutanasia non trovi maggior credito nella legislazione, il movente della pietà per le altrui sofferenze, non solo non iscrimina la volontaria uccisione del paziente (consenziente o no), ma neppure diminuisce specificamente la pena», poi, alla nota 3, il Manzini cita però solo alcuni casi che portarono all'assoluzione dell'imputato. U. Conti, *Il Codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. III, Milano 1936, 236. Riprendono brevemente questa evidenza storica anche R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 49 ss. Si v. anche gli spunti presenti nell'importante indagine storica di M. Cavina, *Il "buonismo" delle Corti d'assise. Culture filo-eutanasiche fra XIX e XX secolo*, in *Historia et ius*, 10/2016, paper 27, 1 ss.; A. Visco, *L'omicidio e la lesione personale del consenziente. Saggio di una teoria generale sulla efficacia del consenso del soggetto passivo nel diritto penale*, Milano 1929, *passim* (spec. 50 ss.). Per un caso italiano del 1885 concernente un medico che offrì il veleno a un malato, cfr. E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., 92 ss., dove avverte che la quasi totale assenza di sentenze italiane in materia di aiuto al suicidio e di omicidio (del consenziente) può significare tre cose: 1) o che nessun caso si è verificato nel corso di quasi un secolo; 2) o che le autorità non hanno iniziato alcun processo contro gli autori; 3) o che i processi sono sempre terminati con assoluzioni. «L'esperienza quotidiana – precisa Ferri citando moltissimi casi di cronaca del suo tempo – esclude la prima spiegazione, confermando invece le altre due» (*Ivi*, 93 ss.). Per la giurisprudenza del XIX secolo, v. G. Crivellari, *Dei reati contro la vita e la integrità personale. Trattato teorico-pratico sulla scorta della Dottrina, del Diritto Positivo patrio e straniero, dei lavori sul nuovo Codice penale e della giurisprudenza*, Torino 1885, I, 637. In alcuni casi si fece persino appello allo "stato di necessità", cfr. F. Grispianni, *Il consenso dell'offeso*, Roma 1924, 445.

a una nuova formulazione dell'aiuto al suicidio¹⁶. Ciò nonostante, se è vero che fu la rigidità di questa disciplina a costituire il problema principale già nella prima parte del '900 (tant'è che i giudici erano indotti ad usare la loro discrezionalità *pietatis causa*), a maggior ragione quella stessa rigidità, mai attenuata dal legislatore, costituisce un problema (ancor più serio) nel nuovo millennio: fosse solo per il mutamento delle condizioni del morire. C'è stato un tempo in cui la morte era o prematura o imprevista o breve o improcrastinabile, e avveniva quasi esclusivamente in casa¹⁷. In un mondo in cui più del 70% delle diagnosi era sbagliato, in cui quasi tutti morivano nel loro letto, con agonie piuttosto brevi; in un mondo sprovvisto di tecniche capaci di sostenere per periodi più o meno lunghi un processo vitale già compromesso dalla malattia, l'eutanasia non avrebbe mai potuto divenire un problema di rilevanza centrale¹⁸.

Quella società, però, non c'è più.

Noi, a differenza del codice, siamo cambiati radicalmente¹⁹.

¹⁶ Tra le due fattispecie, quella davvero "nuova" per il nostro Codice è solo l'art. 579 Cp L'omicidio del consenziente, infatti, non esisteva come fattispecie autonoma nel Codice Zanardelli; testo, questo, che aveva peraltro smesso di considerare il suicidio, consumato o tentato, un *crimen horrendum ac detestabile*. E questa, date le preoccupanti tesi di alcuni illustri penalisti della Scuola classica, come Enrico Pessina, fu già un'ottima notizia. L'omicidio del consenziente – sebbene questa scelta fu da subito aspramente criticata – rimase anche sotto la vigenza dello Zanardelli, anche se la scelta, nel silenzio del Codice, era mani della giurisprudenza; la quale, volendo, avrebbe potuto applicare l'omicidio doloso. La determinazione al suicidio e l'aiuto, invece, furono puniti espressamente dall'art. 370 del Codice del 1889 con la reclusione da tre a nove anni. Per un'analisi di questo delitto, cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 62 ss.

L'omicidio del consenziente, pertanto, nasce nel Codice Rocco come ipotesi speciale rispetto al più generico omicidio doloso (575 Cp); ciò nonostante, questa *lex* non trova *mai* applicazione nell'evoluzione giurisprudenziale; in casi simili la dimostrazione concreta di alcuni requisiti obiettivi di validità del consenso (che, se sussistenti, in questo caso provocherebbero non l'impunità ma solo l'operatività di una disposizione diversa dall'art. 575 Cp) è molto difficile, in molte ipotesi diviene pressoché impossibile. A fatto avvenuto, non solo chi ha prestato il consenso è deceduto, ma la natura delittuosa e solitamente piuttosto violenza di chi ha posto fine a quella vita ha senz'altro obbligato l'autore a nascondersi, a utilizzare mezzi rudimentali, a non informare opportunamente il malcapitato sulle conseguenze, e così oltre; sicché, in casi simili, a differenza di quel che potrebbe avvenire relativamente al consenso informato in ambito medico, non possono venire in aiuto nemmeno i giudizi controfattuali per una ricostruzione *ex post* di alcuni requisiti mancanti. E questo dipende dal fatto che il consenso, qui, non scrimina l'omicidio, ma si limita a orientarlo verso una diversa tipicità (art. 579 Cp). Importanti riflessioni su queste due disposizioni sono presenti anche in un recente lavoro (d'importanza fondamentale per la letteratura nazionale) G. Fornero, *op. cit.*, 424 ss.

¹⁷ M. Mori, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze 2013, 336 ss.

¹⁸ M. Mori, *op. cit.*, 338.

¹⁹ L. Risicato, *La consulta e il suicidio assistito*, cit., 11 «La "manipolazione" dell'art. 580 Cp s'inserisce, del resto, nel solco della mancata riforma del codice Rocco: un codice penale anacronistico nelle parti novellate e talora distonico nelle parti novellate, fondata su valori spesso opposti a quelli della nostra Costituzione e tuttavia dotato di sorprendente vitalità». Alfredo Rocco, infatti, *non* ha mai più risolto il problema dell'eutanasia; anzi, per lungo tempo i giuristi credevano addirittura che la malattia stessa potesse invalidare il consenso dell'infermo, obbligando quindi il giudice a condannare l'imputato *ex art.* 575 Cp. Tra gli altri, v. C. Saltelli, E.R. Di Falco, *Commento teorico-pratico del Codice penale (con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco)*³, IV, articoli 499-734, 1956, 262-263 (e nota 1, in cui viene ripreso un

In tempi piuttosto recenti le battaglie di Piergiorgio Welby²⁰, della famiglia Englaro²¹ e di moltissimi altri, hanno (ri)portato il problema sotto i riflettori²²; tuttavia, per comprendere bene l'origine di un così aspro dibattito penalistico – quello che va all'incirca da Welby alla sentenza n. 50/2022²³ – occorre contestualizzare. Bisogna innanzitutto ricordare un'ovvietà, ovvero che fino al 2010 non v'è stata quasi traccia di nulla, nemmeno della legittimità formale delle cure palliative o della c.d. “terapia del dolore”²⁴. Era ignorato o proibito quasi tutto, e senza la «buona legge buona» del 2017²⁵ non avremmo mai ottenuto un bel niente: dal riconoscimento (formale) del *diritto*, per chi lo richiede, alla sedazione palliativa profonda continua²⁶, al

passaggio molto significativo dell'impostazione di Rocco sulla disponibilità della vita in materia eutanasi: «Oltre a tali previsioni e attenuazioni – il Guardasigilli parlava di alcune attenuanti comuni applicabili ai casi di eutanasia – io non credo possa largheggiarsi in maggiori concessioni; precisamente accedersi ai voti di coloro, che vorrebbero riconoscere la legittimità della morte cagionata per troncane un'agonia, ancorché atroce e certamente mortale, non potendo al fallace giudizio degli uomini essere attribuita la facoltà di distruggere, con la vita, l'ultima speranza, che permane fintanto che vi sia un debole segno di esistenza».

²⁰ Tra gli altri, v. M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in CP 2007, 902 ss.; A. Vallini, *A proposito del «caso Welby»*. *Linguaggi e principi tra la legge, la politica e i media*, in *Problemi dell'informazione*, 2007, 25 ss.; G. Losappio, *op.cit.*, 247 ss.

²¹ Anche qui, la letteratura che ha discusso il caso Englaro è molto ricca. Per una ricostruzione di sintesi della vicenda, cfr. L. Riscato, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, 13 ss. Per una riflessione più generale v. Id., *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto penale e processo*, 2008, VIII, 1035 ss. Da ricordare, poi, i dubbi (legittimi) sulla soluzione adottata dalla giurisprudenza nel caso Englaro, comparsi su “Il Foglio” del 17 luglio 2008. Il comunicato (reperibile qui: <https://www.ilfoglio.it/articoli/2008/07/17/news/l-intervento-dei-professori-di-diritto-penale-su-eluana-englaro-72740/>).

²² Tra le letture fondamentali (non solo penalistiche) su questo tema, senza pretesa di completezza, cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano 2009; A. Amato, *Eutanasi. Il diritto di fronte al fine vita*, Torino 2011.

²³ Il dibattito è naturalmente assai più risalente. Già le agonie, tra gli anni '70 e '80, del Generale Franco e del Maresciallo Tito portarono sotto i riflettori le tragedie umane del vitalismo (a ogni costo), su questo tema cfr. M. Mori, *op. cit.*, 341 ss.

²⁴ Ne ha parlato per la prima volta la l. n. 38 del 2010, ma bisogna arrivare alla l. n. 219 del 2018 in materia di testamento biologico per ritrovare un segmento normativo che riconosca la possibilità per il paziente senza speranze di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua.

²⁵ Su questa importante legge, fondamentali i tanti lavori di Stefano Canestrari. Tra questi, e senza nessuna pretesa di completezza, cfr. S. Canestrari, *Una buona legge buona (ddl recante “norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2017, 975 ss.; anche Id., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.la legislazione penale.eu; Id., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *RIDPP* 2018, 55 ss.

²⁶ Lo spiega molto bene sempre Stefano Canestrari in molti suoi recenti studi. Da ultimo, lo ha ribadito anche al convegno “La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.”, la registrazione è reperibile on-line su <https://www.radioradicale.it/scheda/654507/la-via-referendaria-al-fine-vita-ammissibilita-e-normativa-di-risulta-del-quesito>. Sulla necessità della sedazione profonda continua come strumento di umanità v. S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., 39-40; F. Giunta, *L'insostenibile sofferenza del vivere*, cit., 2.

diritto, sempre per chi lo richiede, di rifiutare accanimenti terapeutici disumani, e così oltre.

Rimangono ancora moltissimi sentieri da battere.

Due, però, sono quelli più urgenti.

L'eutanasia c.d. "attiva" e l'aiuto al suicidio.

Su questo fronte i guai non sono pochi, perché non solo non c'è accordo su quali dovrebbero essere le condizioni per liceizzare tali pratiche, ma non c'è sintonia nemmeno sul "luogo normativo" nel quale iniziare questo complesso negoziato. La sensazione è che una parte piuttosto significativa della letteratura penalistica italiana vorrebbe discuterne rimanendo dentro l'ordinamento attuale, quindi senza intervenire con operazioni più ampie sull'indisponibilità della vita. Altri, invece, ritengono che all'ombra di quel vecchio dogma qualsiasi trattativa risulterebbe un po' ipocrita e, comunque, non consentirebbe l'innescò di un dibattito politico abbastanza serio e diffuso da accompagnare l'Italia verso una disciplina organica dell'eutanasia volontaria²⁷.

2. La prima breccia nella rigidità dell'art. 580 Cp è firmata Fabiano Antoniani. Il fatto è noto, anche il processo²⁸.

La legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio viene messa in dubbio alla luce degli artt. 3, 13, co. 2 e 25, co. 3 della Costituzione. Tutto parte dal dubbio in ordine alla costituzionalità della punizione di quegli aiuti al suicidio che non abbiano effettivamente inciso sul percorso deliberativo del soggetto passivo.

La Corte prende tempo e rinvia (con l'ord. n. 207 del 2018).

Il 22 novembre del 2019 la sent. 242/2019 è depositata²⁹.

²⁷ Anche se è piuttosto complicato categorizzare il pensiero di singoli autori su questi delicatissimi e variegati temi, sembrano, ad esempio, condividere questa impostazione generale, oltre alle tesi (da sempre) sostenute da Tullio Padovani, posizioni "forti", anche se tra loro diverse, si rinvengono anche in A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 235 ss.; A. Massaro, *Scelte di fine vita. Uno spazio sempre meno libero dal diritto?*, in Aa.Vv., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, F.S. Marini e C. Cupelli (a cura di), Napoli 2019, 227 ss.; sempre da una prospettiva nettamente antipaternalistica v. L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit., *passim*; e A. Manna, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 15 ss.

²⁸ A. Vallini, *Morire è non essere visto*, cit., 805 ss.; G. Losappio, *op.cit.*, 248 ss.

²⁹ Per tutti, cfr. M. Donini, *Libera nos a malo. i diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in Aa.Vv., *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 205 ss.; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, *ivi*, 265 ss.; A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto. La Consulta, la libertà di suicidarsi, la vulnerabilità del suicida, i limiti del diritto penale*, *ivi*, 447 ss.; L. Riscato, *Le chiavi della prigione. La Corte costituzionale fissa i nuovi confini dell'autodeterminazione responsabile nell'inerzia del legislatore*, *ivi*, 429 ss.; D. Pulitanò, *A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019*, in *Giurisprudenza penale web*, 12, 2019; M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020, 1 ss.; S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*,

La solidità strutturale dell'aiuto al suicidio mostra un primo, piccolo, segno di cedimento: *non è punibile* l'aiuto che non abbia inciso sulla scelta del soggetto passivo, a patto che segua la procedura prevista dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 e che, previo parere del comitato etico territorialmente competente, ottenga una verifica dello stato di salute da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale.

Fin qui sembra un'ottima notizia.

La Corte, però, aggiunge troppi "dettagli".

In altri termini, i giudici pongono moltissime altre *condizioni*: chi vuole incamminarsi lungo il sentiero che porta al termine di un'esistenza insopportabile – fa capire la Consulta – può ricevere aiuto solo se è tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile; e, aggiunge, non una patologia irreversibile qualsiasi, ma ne serve una che sia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il malato reputa intollerabili³⁰.

I problemi sono diversi³¹.

Tra questi, due in particolare.

In primo luogo, c'è un problema di razionalità intrinseca. Gli ostacoli sono così tanti che, a prima vista, nemmeno lo stesso Fabiano Antoniani sembrava riuscire a superarli. Del resto, come è stato ben evidenziato in letteratura, se è corretto discutere della necessaria esistenza di una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psichiche per il malato non tollerabili, il problema più serio è nella pretesa di restringere il campo ai malati tenuti in vita da particolari sostegni vitali; pretendere questo, a nostro avviso, non significa solo pretendere troppo, ma vanificare ogni sforzo finalizzato al riconoscimento di un vero "diritto"³².

E qui si giunge al problema più generale, perché questa sentenza, sebbene importante per lo sviluppo di questa delicata materia, *non ha riconosciuto nessun diritto*; quel che i giudici costituzionali si sono limitati a concedere, com'è stato opportunamente evidenziato, è un'autorizzazione proceduralizzata di un'attività normalmente considerata illecita: non è solo una liberazione *iper-proceduralizzata* da alcuni mali insopportabili, ma,

cit., 36 ss.

³⁰ C. Cupelli, *Il parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 12/2019, 1 ss.

³¹ Li analizza a fondo M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., *passim*.

³² «Chi non beneficia di questo trattamento "di salvataggio immediato", perché il suo sostegno vitale non ha le stesse caratteristiche [...] non dovrebbe essere gravato dell'onere di una interruzione accompagnata da sedazione profonda, che egli può ritenere comunque lesiva della sua dignità e che l'ordinamento non può costringere ad accettare», così M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., 6.

senza ricorrere all'analogia, è una strada chiusa per quasi tutti; è un percorso che si può intraprendere solo se non si ha nessuna *chance* di guarire e se si è in qualche misura tenuti in vita da "trattamenti di sostegno vitale". Quest'ultima condizione, naturalmente, potrà essere estesa in via ermeneutica, si potrà e si dovrà senz'altro estendere questo e gli altri requisiti in via analogica (perché si tratta di operazioni *in bonam partem*), si potrà e si dovrà dunque affermare che la dipendenza da quei trattamenti ricomprende casistiche ulteriori rispetto alla dipendenza da una "macchina", come quelli che potremmo chiamare "farmaci e/o operazioni manuali di sostegno vitale"³³. La verità, però, è che tutto questo essenziale sforzo ermeneutico non basterà: non sarà sufficiente per venire incontro alle disperate richieste di chi, diagnosticata ai suoi danni una malattia terminale, intenderà agire d'anticipo per evitare sofferenze e umiliazioni che lui (e non gli altri, che guardano) giudica insopportabili.

In terzo luogo, potrebbe esserci *anche* un problema teorico.

Con "non punibilità", la Corte, cosa intende?³⁴

Sarà anche una questione dogmatica, per carità³⁵, ma, riflettendo a voce alta, qualche considerazione in più è forse possibile. Iniziamo col dire che è un fatto che la Corte costituzionale abbia "autorizzato" l'aiuto al suicidio in un numero di casi limitatissimo, e che quell'aiuto, in quelle particolarissime situazioni, implichi normalmente un'offesa obiettivamente e subjettivamente già significativa per il diritto penale. Se così è, allora, quella

³³ La giurisprudenza, com'era prevedibile, ha già esteso la portata di alcuni requisiti, cfr. il caso di Davide Trentini in Ass. Massa, 27 luglio 2020, 30 «... la dipendenza da "trattamenti di sostegno vitale" non significa necessariamente ed esclusivamente dipendenza da una macchina». Su questa decisione, v. soprattutto G. Losappio, *op.cit.*, cit., 252 ss.; C. Cupelli, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in *Sistema penale*, 3.8.2020, 1 ss.; A. Massaro, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *GP* 2020, 1 ss.

³⁴ Cfr. C. cost., 25.9.2019, n. 242, nella quale si parla sempre di non punibilità: oltre al dispositivo, v. anche il § 6 «... la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati»; il § 7 «... condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio» e «Riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata...». Il problema è teorico, ma anche piuttosto rilevante nella vita processuale: nel procedimento penale per la morte di DJ Fabo, ad esempio, i giudici hanno assolto Marco Cappato perché "il fatto non sussiste". Per altre considerazioni v. *infra* nel testo e nota 36.

³⁵ Per la morte della dogmatica nel nostro tempo, cfr. Cfr. Mayer-Cordin U., *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübingen 1973, 32 ss.: «Tod der Dogmatik». Una risposta, che noi condividiamo, è presente in Jansen N., *Rechtsdogmatik im Zivilrecht*, cit., §4 n. 22, perché «Ein adäquater Rechtsbegriff muss auch weiterhin die gedankliche Ordnung normativer Zusammenhänge, die in dogmatischen Lehren zum Ausdruck kommen, mit in den Begriff des Rechts einschließen; nur dann lassen sich die relevanten Legitimitätsprobleme überhaupt ansprechen. Derartige Legitimitätsprobleme sind dabei nicht durch einen selbstbeschränkenden Verzicht auf eine innovative, konstruktive Rechtsdogmatik zu bewältigen».

“non punibilità” non sembra poter essere sinonimo di “atipicità”³⁶, ciò in quanto non sembra essere stato attivato un controllo su di un’attività

³⁶ Sembra questa, invece, la posizione presente nell’interessante lavoro di P. Bernardoni, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla “non punibilità” dell’aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 26 febbraio 2020, 1 ss. L’A. afferma che «... se le cause di giustificazione sono da ricondurre alla categoria di teoria generale del conflitto tra norme, e come tali sono strumenti per bilanciare in concreto interessi confliggenti, non è chiaro come tale conflitto si possa verificare dopo che la Corte costituzionale ha espunto dall’ordinamento quel pezzo di norma di cui ha dichiarato l’incostituzionalità [...] se il fondamento della non punibilità delle condotte di aiuto, nei casi individuati dalla Corte, risiede veramente in un preesistente diritto al suicidio del malato, idoneo a scriminare condotte penalmente tipiche in quanto prevalente sul bene giuridico tutelato, non vi è necessità di dichiarare incostituzionale la norma incriminatrice». Questo punto di vista, per quanto di sicuro interesse, a nostro umile avviso mal si concilia con la differenza sostanziale che intercorre tra una scriminante in senso stretto – una scriminante classica, per intenderci – e una scriminante c.d. “procedurale”. Quest’ultima, e qui risiede a nostro avviso il punto centrale, *non* richiede il riconoscimento di un vero e proprio “diritto di morire”: anzi, è un istituto pensato proprio per evitare prese di posizione così nette ed eversive rispetto a quella o a quell’altra posizione bioetica scelta dal codice Rocco; in termini più espliciti, la scriminante c.d. procedurale è pensata per mettere d’accordo veri e propri «stranieri morali» (v. *infra* nota 39). In secondo luogo, l’A. ritiene che esistano alcuni spunti nella sentenza della Corte costituzionale essenziali per comprendere la natura della “non punibilità” di cui si discute. Dice l’A.: «Non è, dunque, la libertà di autodeterminazione a delimitare l’ambito di indisponibilità del diritto alla vita – come sarebbe necessario ritenere per concepire la “non punibilità” dell’aiuto al suicidio in chiave di scriminante – ma l’opposto: l’indisponibilità del diritto alla vita, assicurata dall’incriminazione a tutto tondo di aiuto e istigazione al suicidio e dell’omicidio del consenziente, rappresenta una limitazione dell’autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, che si giustifica solo in quanto sorretta dall’esigenza di tutelare interessi meritevoli di tutela e di rango costituzionale, al pari dell’interesse sacrificato. La logica è quella della legittimazione del ricorso alla pena, e, dunque, quella dell’offensività, più che quella del conflitto in concreto tra diritti che connota l’area dell’antigiuridicità [...] con ciò non si vuole sostenere che l’operazione condotta dalla Corte costituzionale non consista in un bilanciamento tra diritti; tale bilanciamento, però, non è compiuto nell’ottica concreta del giudice – che, in relazione al caso di specie, va alla ricerca dei diritti e delle facoltà potenzialmente rilevanti per verificare se prevalgano o meno sull’incriminazione – ma in quella del legislatore. La Corte, infatti, verifica la ragionevolezza in astratto delle scelte di incriminazione, alla luce degli interessi tutelati, da un lato, e di quelli sacrificati, dall’altro: tale verifica, però, non può che incidere sulla fattispecie penale, riducendone l’area ed incidendo, di conseguenza, sulla tipicità dei fatti riconducibili alle condizioni dalla Corte stessa enucleate». Nella speranza di aver ben compreso il rilievo dell’A., anche qui, forse, può valere il richiamo allo statuto dogmatico delle scriminanti c.d. “procedurali”: d’altro canto, questi sono istituti pensati per sottrarre al giudice una parte significativa della sua discrezionalità, sulla base di un accordo politico; sul presupposto, quindi, di un bilanciamento che prescinde dal caso concreto, entro certi limiti di naturale discrezionalità ermeneutica (questo è il senso della “procedura”). Da ultimo, l’A. aggiunge giustamente alcune considerazioni relative agli effetti giuridici delle due ipotesi: l’atipicità penale di quei casi di aiuto al suicidio *non ha* gli stessi effetti della liceizzazione di quello stesso “fatto”. Se fosse un ritaglio di atipicità, infatti, cambierebbe la formula assolutoria: il “fatto”, in quei casi, non dovrebbe essere previsto dalla legge come reato. «Questa conclusione – prosegue l’A. – influisce, innanzitutto, sugli effetti extrapenalistici del giudicato ai sensi dell’art. 652 c.p.p.: il giudice civile o amministrativo, nei giudizi concernenti il risarcimento del danno, infatti, è vincolato all’accertamento condotto in sede penale circa l’insussistenza del fatto o l’esistenza di una causa che renda il fatto stesso lecito; al contrario, la sua cognizione non subisce vincoli per effetto di una pronuncia che attesti l’atipicità penale del fatto stesso». Su questo non v’è dubbio; tuttavia, è pur sempre l’effetto di una scelta sistematica diversa da quella qui sostenuta. Volendo discutere di “effetti concreti” – cosa, questa, più che giusta – bisognerebbe forse anche ragionare sui pochissimi spazi d’intervento del giudice che deriverebbero dalla condivisione di questa opzione. In altri termini, occorrerebbe capire quali conseguenze produrrebbe un simile inquadramento dogmatico su alcuni essenziali spazi di discrezionalità, anche di natura analogica, *in bonam partem*, e sull’utilizzabilità di correttivi (sempre ermeneutici) nuovi, come la «scriminante ipotetica», qui forse utili per evitare catastrofi umane. Si veda, a questo proposito, quel che è successo nel caso di Davide Trentini, in cui il

normalmente lecita, ma concessa una deroga a condotte di aiuto al suicidio normalmente illecite. In altri termini, la procedura e le condizioni previste sono tutte autorizzazioni-presupposto (di liceità) *esterne* all'offesa.

Certo, c'è autorizzazione e autorizzazione.

Tutti noi percepiamo la differenza che intercorre tra il permesso di coltivare sostanze stupefacenti ad uso terapeutico e quello di edificare un normalissimo appartamento; ebbene, se l'aiuto al suicidio rimane un'attività normalmente illecita – e così è, ancora oggi, ex art. art. 580 Cp – allora l'esistenza di alcuni presupposti specifici (ovvero, di una procedura dettagliata) pare poter fare due cose, anzi tre: 1) può liceizzare quel “fatto” già oggettivamente e soggettivamente tipico; 2) può scusarne l'autore laddove interferisca eventualmente col normale procedimento di formazione del volere; 3) può rendere quest'ultimo (l'autore) altrimenti non punibile per scelte di natura strettamente politica, ma di questa terza possibilità non parleremo per ragioni di spazio.

Ora, benché il dibattito sul punto rimanga giustamente aperto, a noi pare che quella “non punibilità” non sia sinonimo di “scriminante” vera e propria, per ragioni in parte già esposte: la scriminante o è eversiva o non è, perché serve a rivoluzionare, in alcuni casi, una precisa scelta politica di criminalizzazione³⁷. Alla proibizione dell'omicidio doloso (art. 575 Cp) si contrappone, ad esempio, il *diritto* di uccidere un uomo (es. artt. 52 o 54 Cp); qui, da un certo punto di vista, sarebbe forse un po' ipocrita parlare di vero e proprio “diritto a morire”; soprattutto perché, sopravvivendo ancora gli artt. 579 e 580 Cp, almeno così costruiti, la morte non potrà *mai* essere un vero e proprio diritto, a prescindere dalle condizioni del malato: la vita, fino a prova contraria, è rimasta un bene *non negoziabile*.

Potrebbe, allora, trattarsi di una scriminante c.d. “procedurale”³⁸?

Questa è senz'altro l'ipotesi più plausibile.

Nella scriminante procedurale è il procedimento stesso a costituire il “diritto”, perché è uno strumento pensato soprattutto per la conclusione di

giudice ha dovuto fare ricorso a strumenti ermeneutici tipici del mondo delle scriminanti. Il tema, a ogni modo, meriterebbe ben altri approfondimenti qui purtroppo impensabili per evidenti ragioni di spazio.

³⁷ Per la natura di “scriminante”, cfr. Ass. Massa, 27 luglio 2020, 24.

³⁸ Per la natura di scriminante procedurale, cfr. A. Cupelli, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema penale*, 6 febbraio 2020; M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., 21 (nota 25). M. Donini, *Il senso ‘ammissibile’ del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, 4. Sul tema delle scriminanti procedurali, tra i molti, cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Fest. Mahrenholz*, 1994, 733 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 27 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP* 2007, 1269 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 41 ss.

accordi tra stranieri morali (i c.d. *moral strangers* di Engelhardt)³⁹. La “procedura”, che non ha proprio un valore solo dichiarativo dal punto di vista gnoseologico, è dotata di legittimazione *ex ante* e si sostanzia in un insieme coordinato di presupposti di liceità penale esterni all’offesa. Se è vero che il suo scopo primario, tolto l’accordo politico, è quello di sottrarre l’opera di bilanciamento dalle mani del giudicante, è parimenti vero che essa, in fondo, rimane un istituto pensato per autorizzare pratiche che, nella generalità dei casi, si vogliono continuare a considerare illecite, contrarie al diritto, ingiuste. La Corte, com’è stato già ricordato, è infatti partita dall’indisponibilità assoluta della vita umana, limitandosi a espungere dallo spettro di punibilità dell’art. 580 Cp alcuni aiuti proceduralizzati che riflettono sensibilità umane vistosamente impossibili da reprimere con la minaccia della pena.

Che si tratti di una scusante, invece, è un’ipotesi da escludere⁴⁰.

Con un linguaggio particolarmente colto si potrebbe affermare che le scuse, ritagliando spazi d’inesigibilità personalistica, contribuiscano a valorizzare i rapporti tra il *fatto* (qui: l’art. 580 Cp) e il suo *autore*. Da un punto di vista diverso, senz’altro meno colto, si potrebbe dire che le scusanti sono istituti di cui un sistema che si (pre)occupa di pesare le colpe degli esseri umani non potrà mai fare a meno; e non può rinunciarvi perché le colpe, dopo essere state pesate, devono essere espiate col carcere o riparate in altri modi. E qui si apre tutto il vecchissimo tema della “rimproverabilità” (“Vorwerfbarkeit”)⁴¹ come presupposto indefettibile dell’inflizione di ogni

³⁹ H.T. Engelhardt, *op. cit.*, 38-39 «Le società di oggi sono pluralistiche e comprendono comunità caratterizzate da credenze e sentimenti morali diversificati. (...) Stranieri morali sono quegli individui che non hanno in comune premesse morali e norme di dimostrazione e inferenza che consentano loro di risolvere le controversie morali mediante l’argomentazione razionale, e che non possono farlo neppure appellandosi a individui o istituzioni di cui riconoscono l’autorità», e 112 ss. Sostiene invece che le scriminanti procedurali individuino precise scelte in favore di un interesse o di un obiettivo di politica del diritto F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 44.

⁴⁰ Tra gli altri, v. M. Donini, *Il senso ‘ammissibile’ del quesito referendario sull’aiuto a morire*, cit., 4: «Non si può invece parlare di scusante per chi aiuta: non esistono scusanti, ma scriminanti procedurali, perché le scusanti sono situazioni di inesigibilità non disciplinate da regole di condotta: sono solo regole di giudizio. Qui invece stiamo disciplinando la procedura di congedo. La stessa Corte costituzionale ha introdotto una riforma che proceduralizza l’attuazione di un diritto, non la scusa soggettiva per l’intervento di tecnici sanitari, che non hanno nessuna “scusa”, che non sia quella dell’obiezione di coscienza».

⁴¹ «Schuld ist Vorwerfbarkeit [...] Der Ausdruck ist nicht schön, aber ich weiß keinen besseren», diceva R. Frank, *Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Giessener-FS*, 1907, 526 ss. l’A., che comprendeva bene i problemi di questa espressione, si guardò bene dall’individuare l’effettiva tipologia di questo rimprovero o dall’individuare “chi” si sarebbe potuto permettere di elevarlo ai danni dell’autore del reato; si focalizzò unicamente sul contorno, sugli elementi che compongono la colpa («Schuldelemente»). Tant’è che un osservatore attento nota immediatamente che l’idea della colpevolezza-rimprovero, o della rimproverabilità («Vorwerfbarkeit»), non è stata introdotta da Frank; egli, infatti, si limitò “solamente” a ricollegare alla *Schuld* idee che nascevano da molto lontano, modelli vecchi almeno quanto i giudizi

sofferenza. Del resto, in qualsiasi società la pena è accettata anche perché non colpisce tutti, ma solo gli autori colpevoli: coloro che, *nonostante l'illecito*, non si meritano un simile rimprovero da parte dello Stato, devono essere risparmiati.

Ecco il punto, “nonostante l'illecito”.

Non c'è *autore* scusabile senza un *fatto* contrario al diritto.

Qui una procedura che autorizza, e che non può non avere almeno le forme della scriminante procedurale, c'è. E questo, almeno ai nostri fini, è fondamentale per capire che non possiamo trovarci davanti a una scusante: nel sistema non riusciamo a scorgere una *scusante procedurale* capace, in questi casi, di estendersi al medico e di funzionare, per entrambi, da “regola di condotta”⁴²; un po' perché le scuse sono pensate per essere valutate *dopo*, non *prima*, del “fatto” (normalmente, sono quindi “regole di giudizio” al servizio del giudice); un po' perché chi aiuta a morire un malato deve potersi fidare dell'ordinamento, deve poter contare sul fatto che, in presenza di

eticizzanti connotati all'esistenza del libero arbitrio. Sul tema, in lingua italiana, cfr. H. Achenbach, *Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, in *RIDPP*, 1981, fasc. 3, 838 ss. Del resto, l'idea del rimprovero, riflettendo un giudizio già diffusissimo (e di cui non è possibile liberarsi), s'innestò perfettamente e immediatamente all'interno della giurisprudenza: di solito, per dimostrare questo assunto, si richiama una vecchia e molto sincera sentenza tedesca del 1952: «... la punizione presuppone la colpa. La colpa è rimprovero. Con l'indegno verdetto di colpevolezza, il trasgressore è accusato di non essersi comportato legittimamente, di aver deciso in favore dell'illecito penale, sebbene avrebbe potuto comportarsi legittimamente, avrebbe potuto decidersi in favore della legge. La motivazione interna dell'accusa di colpevolezza risiede nel fatto che le persone sono predisposte all'autodeterminazione morale libera e responsabile e sono quindi capaci di decidere a favore del bene e contro il male, di impostare il loro comportamento secondo le norme del lecito e di evitare ciò che è legalmente proibito, non appena hanno raggiunto la maturità morale e finché la disposizione all'autodeterminazione morale libera non è temporaneamente paralizzata o distrutta in modo permanente dai processi patologici [...]. Il prerequisito perché una persona decida in libera, responsabile, autodeterminazione morale a favore del bene e contraria al male è la conoscenza del giusto e dello sbagliato», cfr. BGHSt (GrS) 2, 194 (202).

⁴² Per dovere di completezza occorre però precisare che di recente l'esistenza di una *scusante procedurale* è stata presa in considerazione dalla letteratura penalistica in un importante contributo in materia di scriminanti. Il riferimento è al già citato lavoro di F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 44 ss. in quest'opera l'A. afferma «Procedure in grado di elidere la responsabilità penale non si riscontrano solo sul piano della valutazione di antigiuridicità della condotta tipica, né sono relegate alle tematiche eticamente sensibili: sono state impiegate dal legislatore anche per estromettere dal campo di rilevanza penale condotte in concreto meritevoli di sanzione sulla base di considerazioni attinenti, ad esempio, all'elemento soggettivo dell'agente». L'esempio è l'art. 16 d.lgs 74/2000 (oggi abrogato): secondo l'A. questa disposizione costituiva un istituto posto in protezione della prevedibilità della responsabilità penale, che proceduralizzava una causa di esclusione della colpevolezza (il soggetto attivo avrebbe così potuto far *affidamento* a un parere particolarmente qualificato). «Non pare dubbio – conclude Consulich – che quella in analisi avesse natura di causa di esclusione della colpevolezza di natura procedurale, che mirava a rafforzare il disposto generale dell'art. 5 c.p.» (cfr. *Ivi*, 46, l'inciso è nostro). Per la natura di scriminante del vecchio art. 16 in parola, v. invece D. Terracina, *Riflessi penali dell'evasione fiscale*, Roma 2012, 188, nota 49. Anche se il tema meriterebbe ben altri spazi, a noi (di primo acchito) pare però complicato scorgere nel vecchio art. 16 il riflesso di quell'alterazione del procedimento motivazionale che dovrebbe fondare ogni vera scusante.

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

determinati presupposti e col rispetto di una particolarissima procedura, a nessun sostituto procuratore verrà mai in mente di trascinarlo a processo⁴³.

3. Le magre soddisfazioni ottenute nell'ambito dell'aiuto al suicidio hanno paradossalmente contribuito ad accendere, ancor di più, il dibattito sul fine vita. Ora non solo rimangono ignorate le richieste consapevoli, libere e informate di (moltissimi) malati terminali *non* inquadrabili nella tipologia di "pazienti" pretesa dalla sent. 242/2019, o che non possono/vogliono accedere alla sedazione palliativa profonda continua. Ora è emersa anche la curiosa posizione di chi rientra nelle tragiche condizioni richieste per la non punibilità del fatto di cui all'art. 580 Cp, ma, non potendo fare l'ultima mossa, non può essere *aiutato* se non con una condotta "attiva".

Il che è francamente paradossale.

Questo dipende dalla (r)esistenza dell'art. 579 Cp.

Una disposizione dalla doppia anima.

Un segmento sempre attuale di *paternalismo soft*⁴⁴, e che nessuno si è mai immaginato di eliminare, c'è. Ci si riferisce a quello che vieta l'eutanasia *non volontaria* o non davvero libera, qui intesa come quella: a) di una persona minore degli anni diciotto; b) di una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; c) di una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno. Tuttavia, questa prima anima dell'art. 579 Cp non c'entra nulla con l'omicidio del consenziente; oggi come ieri, questi rimangono omicidi dolosi qualsiasi, tant'è che il codice penale stesso rinvia all'omicidio doloso.

⁴³ Una procedura (oggi) già c'è. Il riferimento è a quella disciplinata dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219. Questa legge, però, non conteneva (e non contiene nemmeno oggi) le modalità esecutive: il caso di Mario, su quest'ultimo punto, ha creato un precedente importante. Mario (il nome è di fantasia), un uomo di quarantatré anni divenuto tetraplegico a seguito di un incidente stradale, non può muoversi autonomamente, non può nutrirsi ed è afflitto da grandi sofferenze. Una volta appreso della sent. 242/2019, si rivolge all'azienda sanitaria competente e al Tribunale per ricorrere al suicidio medicalmente assistito; dopo un primo rifiuto, il collegio accoglie l'istanza e ordina all'Azienda Sanitaria Unica Regionale (ASUR) Marche di procedere alla verifica dei requisiti per l'accesso al suicidio medicalmente assistito, fissati dalla Corte costituzionale. Il comitato etico dell'ASUR delle Marche decide solo il 9 novembre 2021. Tuttavia, pur esistendo procedure per rifiutare o interrompere terapie salva-vita, manca qualsiasi linea-guida per l'assunzione di un farmaco letale. Il problema è serio: nel febbraio del 2022 viene individuato il farmaco e fissato il dosaggio per un uomo adulto: tiopentone sodico, 3-5 grammi; quanto alle modalità, invece, si decide di procedere con l'auto-somministrazione mediante infusione endovenosa. La battaglia di Mario, oggi quarantaquattrenne, è quasi finita. Dopo sedici (per lui lunghissimi) mesi.

⁴⁴ J. Feinberg, *The moral limits of the Criminal Law*, vol. III: *Harm to self*, New York 1986, 12 (questo paternalismo soft di Feinberg, in realtà, non è per l'A., né per noi, una scelta dello Stato etichettabile come "paternalista"). Sul punto, ampiamente, v. M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in Aa.Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 143 ss., spec. 146-147 ss.

Un'altra parte dell'art. 579 Cp, invece, punisce anche l'esecuzione di scelte *libere e consapevoli* di morire: questa seconda anima è racchiusa nel divieto generico di cui al co. 1: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni». All'ombra di questo comma nessuno può praticare l'eutanasia attiva⁴⁵; nessuno, in altri termini, può aiutare *in quel modo* il malato che lo richiede, nemmeno se quest'ultimo si trova nelle tragiche condizioni precisate con dovizia di particolari dalla Corte costituzionale nella sent. 242/2019.

Questo è il punto nevralgico, questa è una parte significativa del problema.

Possiamo liberarcene?

I promotori del referendum hanno risposto di sì⁴⁶.

Il testo del quesito referendario era il seguente: «Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole "la reclusione da 6 a 15 anni"; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"»⁴⁷.

Per semplificare il tutto, ci aiutiamo con la disciplina di risulta⁴⁸.

⁴⁵ Non è così, ad esempio, in altri Paesi. Si pensi alla Spagna, in cui l'eutanasia è stata affermata dal legislatore esplicitamente come un vero "diritto". Per un'analisi della recente legge spagnola, cfr. R. D'Andrea, *I dieci insegnamenti della novella spagnola in tema di eutanasia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.5.2021, 1 ss.; A. Tigrino, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla ley orgánica de regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.4.2021, 1 ss. Per la situazione tedesca, tra gli altri, v. S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., 19 ss.; M.B. Magro, *Il suicidio assistito*, cit., 20 ss.; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita?*, cit., 1 ss.; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., 63 ss.; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei Diritti Umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12.3.2020.

⁴⁶ Per tutti, v. T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 22 ss. Per alcuni rilievi critici, tra gli altri, v. M. Romano, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, in *Sistema penale*, 25.1.2022, 1 ss.; D. Pulitanò, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 19 ottobre 2021, 1 ss.; O. Di Giovine, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sistema penale*, 25 gennaio 2022, 1 ss.

⁴⁷ Sul quesito, tra gli altri e oltre a quelli già citati, v. le osservazioni di R. Bartoli, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, fascicolo 11/21, 5 ss.; M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, 1 ss.; F. Lazzeri, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in *Sistema penale*, 10 gennaio 2022, 1 ss.; G. Gentile, *Il referendum sull'art. 579 c.p. e la tutela costituzionale della vita*, ivi, 123 ss.; G. Balbi, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2022, 1 ss.

⁴⁸ Ben illustrata anche qui: <https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/>.

Art. 579 Cp «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

1. contro una persona minore degli anni diciotto;
2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;
3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpiteo con inganno».

Si tenga a mente, ancora una volta, quel che non sarebbe cambiato.

Il consenso *non* sarebbe comunque mai stato valido se prestato da *minorenni, infermi di mente, soggetti in condizioni di deficienza psichica o affetti da qualsiasi altra infermità o che hanno abusato di sostanze alcoliche/stupefacenti*. A questa (enorme) casistica, bisogna aggiungere i casi in cui il consenso è frutto di *violenze*, di *minacce*, addirittura di *suggestioni* o di *inganni*. È autoevidente che servirebbe uno studio a sé per analizzare l'immensa costellazione di casi che avrebbero potuto rientrare in via ermeneutica nello spettro di punibilità di questa disciplina di risulta. Noi, in questa sede, non possiamo di certo perseguire un simile obiettivo. Tuttavia, tra le altre critiche emerse in letteratura⁴⁹, quel che preoccupa

⁴⁹ Alcune critiche sono intervenute già prima dell'intervento della Consulta che ci si appresta a commentare (C. cost. n. 50/2022). Una parte della dottrina, peraltro non solo penalistica, ha sin da subito cercato di evidenziare alcune incongruenze normative derivanti *anche* (ma non solo) dal rapporto tra la disciplina di risulta e quel che sarebbe rimasto *nel* sistema dopo l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. Per tutti, oltre alle riflessioni già citate (v. *supra* note 46 e 47) e senza alcuna pretesa di completezza, si vedano i lavori di R. Romboli, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria)*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 1 ss., spec. 7 ss. e 9 ss.; L. Sancilio, *Il referendum sull'art. 579 c.p. tra l'intento e l'effetto*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 201 ss., spec. 202 ss.; E. Santoro, *Emersione dell'eutanasia legale vs riconoscimento della totale disponibilità del bene-vita. Profili critici circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 208 ss.; G. Battarino, *L'iniziativa referendaria sull'articolo 579 c.p. del codice penale: gli scenari possibili*, in *Quest. giust.*, 1.9.2021, 1 ss.; si v. anche le condivisibili riflessioni di A. Tigrino, *En attendant Godot, una coraggiosa e improcrastinabile iniziativa referendaria*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 220 ss.; fondamentali soprattutto i lavori di T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum*, cit., 20 ss. e di M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario*, cit., 1 ss.

Quei noti problemi generano dubbi legittimi: dalla possibilità di estendere all'eutanasia attiva la "procedura" individuata da C. cost. n. 242/2019 in materia di aiuto al suicidio, fino alle difficoltà sistematiche derivanti, secondo alcuni, dal confronto tra il "nuovo" art. 579 Cp e il "vecchio" art. 580 Cp così come interpretato dalla Consulta, alla possibile abrogazione tacita di quest'ultima disposizione e così molto oltre. Ora, quel che possiamo aggiungere in questa sede senza divenire oltremodo ripetitivi rispetto allo stato dell'arte è che, a nostro umile avviso, si tratta *soprattutto* di una questione di prospettiva. In materia di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente (o, meglio, di eutanasia "volontaria") le problematiche tecnico-normative, anche laddove effettivamente esistenti, non sono isolabili dal loro substrato politico. Più chiaro: alcuni problemi tecnici "insuperabili", siano essi di natura sistematica e/o ermeneutica, a volerli valorizzare si trovano sempre. Il punto, allora, è comprenderne l'effettiva gravità,

molti, compresi diversi pensatori laici, è che tra le ipotesi punite come omicidi e l'“aiuto” attivo ai malati terminali potrebbe esserci una casistica “scoperta”. Se così fosse, allora, la vita di alcuni soggetti vulnerabili rimarrebbe inevitabilmente priva di protezione penale.

Vedremo fra pochi istanti la fondatezza, o meno, di queste preoccupazioni (v. *infra* §§ 4.2. e ss.); prima analizziamo, in sintesi, i passaggi fondamentali della risposta la Consulta.

4. La Consulta, con la sent. 50/2022, decide per l'inammissibilità del quesito sulla base di un principio-guida: il “diritto alla vita”. Dando voce ai giudici costituzionali, un primo passaggio è per noi assai importante: «Se è ben vero [...] che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice di cui all'art. 579 cod. pen., intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile anche in funzione dell'interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini, non è però affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela della norma ‘alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi’ [...] non può non essere ribadito il ‘cardinale rilievo del valore della vita’ [...]. Vietando ai terzi di farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse, l'incriminazione dell'omicidio del consenziente assolve, in effetti, come quella dell'aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018), allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita».

Questo ragionamento sembra convincere tutti; del resto, impostata così la questione, qualsiasi opinione contraria suonerebbe inevitabilmente come una presa di posizione “forte” *contro* l'esistenza, *contro* il diritto alla vita.

Ma che cos'è il “diritto alla vita”?

4.1. A nostro avviso, il “diritto alla vita” o è una libertà o non è.

occorre pensarli più che contarli; perché lo scontro, *questo* scontro, non può essere solo tecnico (v. *infra* § 5). Anche l'approfondimento che segue (v. *infra* §§ 4.2.1. ss.), in realtà, non vuole essere un'attestazione radicale dell'assenza di tutte quelle comprensibili preoccupazioni, ma una verifica della loro tenuta effettiva, un controllo razionale sulla loro (in)capacità di fondare un rigetto così delicato. Un ultimo rilievo: le posizioni laiche ma in varia misura scettiche in ordine agli effetti normativi del referendum avrebbero comunque trovato un solido appoggio nella conclusione di Massimo Donini; il quale, come noto, ha promosso una scelta “forte” anche se tecnicamente imperfetta, in *Il senso “ammissibile” del quesito referendario*, cit., 5 ss. Per usare le esatte parole dell'A. «Ci sono momenti drammatici nella storia dei diritti negati. Ritengo che la Consulta abbia una chiara alternativa: anziché assumersi indebitamente il compito di impedire il riconoscimento di alcuni di tali diritti che il Parlamento ha dimostrato ampiamente di non saper proteggere e sui quali l'elettore vuole decidere, può invece, ammettendo il referendum, rimettere al Parlamento la tutela di altri diritti resi insicuri dall'abrogazione, e che invece la politica non avrà nessuna difficoltà a salvaguardare tempestivamente».

E come espressione di una libertà deve necessariamente contemplare anche l'altra faccia della medaglia, il diritto di non vivere⁵⁰. Ora, per non confondere troppo un tema già di per sé complicato, sarà bene arrivarci per gradi e partire dal nesso tra «possibilità» e «libertà»⁵¹.

Il possibile è la libertà⁵².

Servono almeno due strade per sentirci liberi, e questa è un'esperienza che viviamo ogni giorno: quando scegliamo quale *personal computer* acquistare, quando dobbiamo regalare una cravatta o quando dobbiamo decidere dove andare a cena. Il "possibile", quello vero, implica inoltre due strade effettivamente percorribili: quando il sentiero è unico vuol dire che non siamo liberi di scegliere dove andare, vuol dire che qualcosa non va e che quell'unica strada, in realtà, è un'esigenza. L'idea di "possibilità" *non coincide* con quella di "necessità": il penalista sa che esistono molte ipotesi di diritti imposti dalla necessità, dalla legittima difesa all'uso legittimo delle armi, fino allo stato di necessità scriminante, e così oltre. Ebbene, tutti questi sono diritti che prendono vita in contesti che non lasciano all'autore una vera libertà di manovra: quando lo Stato ci accorda il *diritto di uccidere* un aggressore lo fa perché capisce che non abbiamo scelta; e non a caso la verifica delle scriminanti precede e prescinde dagli eventuali elementi che potrebbero escludere la colpevolezza (a chi interessa la rimproverabilità di chi ha esercitato un diritto, peraltro imposto dalla necessità?).

Il possibile, dunque, non coincide col necessario.

La libertà insita nel "possibile" è poi quella che svolge un ruolo centrale in tutta la sistematica dello *ius poenale*: la possibilità di agire diversamente, ad esempio, è una delle condizioni essenziali per l'inflizione di una qualsiasi pena. Non è forse vero che questa *possibilità* di avere almeno due sentieri percorribili, quindi esigibili, è alla base di tutto il profilo personalistico del reato? Non è forse la libertà la sorgente del rimprovero così come lo conosciamo? Sembra tutto connesso, dunque: *non c'è libertà senza possibilità, non c'è colpa senza libertà e non c'è pena senza colpa*.

Ma arriviamo al punto.

Se "il possibile" implica almeno due strade percorribili, allora non può essere unicamente *possibilità-che-sì*, ma anche *possibilità-che-non*⁵³. L'unico modo per pensare alla vita come "diritto", e non come dovere, è quello di

⁵⁰ H. Jonas, *Il diritto di morire*, Genova 1991, 50. Per l'esistenza di un vero e proprio *diritto a morire*, benché con diverse motivazioni, tra gli altri, v. le acute riflessioni di L. Stortoni, *Riflessioni*, cit., 480 ss.; A. Manna, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 15 ss.

⁵¹ G. Fornero, *op. cit.*, 347 ss.

⁵² N. Abbagnano, *Possibilità e libertà*, Torino 1956, 18.

⁵³ G. Fornero, *op. cit.*, 347 ss.

non considerarlo espressione di una necessità, ma di *una* possibilità. Il diritto così inteso implica l'attribuzione al suo titolare della *possibilità* di autodeterminarsi nell'agire e nell'omettere, in positivo e in negativo; il "diritto alla vita" contiene quella *possibilità* di scelta che, nei casi che qui ci occupano, si esprime nell'affiancare al diritto di vivere anche quello di non vivere. Solo così si capisce fino in fondo che il diritto di morire *non* è l'antitesi del diritto alla vita, ma il suo naturale completamento.

Si può scegliere il dovere di vivere, è chiaro.

Ma in tal caso occorre ammetterlo senza troppi giri di parole e astenersi dall'impugnare il diritto alla vita contro sé stesso. Perché quest'ultimo, così come la sua incontestabile tutela, non c'entra nulla con la non negoziabilità dell'esistenza degli esseri umani. Al netto del fatto che esistono moltissimi esempi di beni giuridici (assai ben) tutelati ma "disponibili", rimane che se la vita non è disponibile allora il "diritto alla vita" è un cieco dovere, non un fondamentale diritto.

4.2. Il quesito referendario – ricorda correttamente la Corte – adottando la c.d. "tecnica del ritaglio", dunque abrogando frammenti lessicali e saldando i brani linguistici rimasti, chiede agli elettori di esprimersi su un'abrogazione parziale dell'art. 579 Cp. Il testo che risulterebbe (v. *supra* § 3), però, produrrebbe l'effetto specifico di «... rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione. Eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consenziente e limitando l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso dianzi indicate, il testo risultante dall'approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, a contrario sensu, la rilevanza penale dell'omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo». Insomma, aggiunge l'estensore: «L'effetto di liceizzazione dell'omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili».

Qui risiede un altro punto centrale della motivazione.

Stando così le cose, è naturale preoccuparsi per coloro che potrebbero voler abbandonare questo mondo anche senza essere in condizioni estremamente disgraziate da un punto di vista medico. Il dubbio più serio relativo all'abrogazione parziale dell'art. 579 Cp, si dice, concerne il fatto che, una volta presa questa decisione, il consenso libero e consapevole di un qualsiasi adulto capace d'intendere e volere sarebbe sufficiente per rendere non punibile l'assassino, non trovando quest'ultimo ostacoli normativi nemmeno nelle eccezioni non abrogate della disposizione⁵⁴. La scelta di porre fine alla propria vita, precisano i giudici, potrebbe così derivare anche da mere situazioni di disagio affettivo, familiare, sociale, economico e via dicendo; financo dal mero *taedium vitae*.

Ma le cose stanno davvero così?

4.2.1. La puntualizzazione della Consulta, in fondo, concerne una critica arcinota in letteratura. È il pericolo dei c.d. *passi successivi*, con ciò intendendo «... il timore di elevate probabilità di abusi ed errori nella prassi, inevitabilmente connesso all'applicazione quotidiana, e di progressive teoriche estensioni di legittimazione a casi diversi da quelli inizialmente presi in considerazione»⁵⁵.

In fin dei conti, è l'argomento del «*dove andremo a finire?*»⁵⁶.

Vediamolo più da vicino, con un primo esempio.

S'immagini che Tizio, padre di una famiglia numerosa e in serissime difficoltà economiche, si precipiti a casa di Caio e Sempronio, due fratelli imprenditori, entrambi ricchi, sadici e molto annoiati, offrendo la sua vita in cambio di una somma di denaro sufficiente per coprire tutti i debiti. S'ipotizzi poi che i due imprenditori, assai incuriositi dall'esperienza (mai fatta prima) di uccidere un uomo, decidano di accettare l'offerta.

Innanzitutto, una considerazione generale.

Dalla Consulta non si può certo pretendere l'ammissibilità di un quesito referendario sulla base della possibilità (piuttosto remota, peraltro) che un

⁵⁴ Questa preoccupazione era anche emersa nel pensiero di alcuni autorevoli studiosi. Per tutti, e senza pretesa di completezza, cfr. M. Romano, *Eutanasia legale e referendum*, cit., 3-4 «Con la cancellazione dell'omicidio del consenziente, infatti, tecnicamente "parziale", ma riferita a ogni adulto sano di mente, sino a che non intervenga un'apposita disciplina legislativa, non solo sarebbero possibili abusi nei confronti di persone fragili (la norma ordinaria sull'omicidio volontario, che pur resterebbe, è illogica e inadatta in tale specifico contesto: si ricordino gli abusi temuti che avevano indotto la Corte ad adottare l'ordinanza interlocutoria 207/2018), ma si creerebbe una situazione identica a quella che ai nostri giorni comprensibilmente si lamenta a proposito del suicidio assistito che, sebbene già oggi ammesso nei limiti esplicitati dalla sent. 242, non trova tuttora applicazione in assenza di una normativa che li renda concretamente operanti».

⁵⁵ Sul tema, ampiamente M. B. Magro, *Eutanasia*, cit., 230 ss., cit. a 231.

⁵⁶ Il vecchio argomento della c.d. "china scivolosa", v. P. Borsellino, *op. cit.*, 326 ss.

legislatore futuro intervenga ad aggiustare le cose; nondimeno, che la Consulta non ragioni su una disciplina di risulta *in vitro*, però, lo si può e lo si deve pretendere. Occorreva forse una riflessione più ampia, comprensiva di come l'art. 579 Cp ha vissuto, e vive, nell'interpretazione giurisprudenziale.

Non si può usare la *lex* e ignorare lo *ius*.

In questo senso, la Corte avrebbe dovuto valorizzare l'evidenza che i casi in cui la giurisprudenza, negli ultimi novant'anni, ha ritenuto applicabile nel caso specifico l'art. 579 Cp sono pochissimi, per non dire inesistenti. Caio e Sempronio – per rimanere nell'esempio proposto – sarebbero a dir poco degli sprovveduti se accettassero quell'offerta nella speranza di poter usufruire davvero della non punibilità di cui si discute: un po' perché si tratterebbe di un fatto socialmente non accettato, un po' perché la prova dell'esistenza di un consenso valido in casi simili, anche volendo, sarebbe complicatissima. L'esito (quasi) certo di quella triste vicenda sarebbe stata la loro condanna ai sensi dell'art. 575 Cp: senza nemmeno fare troppa fatica, perché la presenza di debiti⁵⁷, di un grosso fallimento aziendale, di un'irrimediabile crisi coniugale, ecc., sono senz'altro evidenze capaci di compromettere il potere di critica delle vittime⁵⁸. Non genererebbero forse una minorazione della loro sfera volitiva? Non sarebbero capaci di suggestionarle? Perché se così fosse – e così inevitabilmente sarebbe – difetterebbe platealmente un consenso valido, con conseguente applicazione dell'omicidio doloso⁵⁹.

Beninteso: un Caio o un Sempronio, purtroppo, ci sono stati, ci sono e ci saranno sempre in futuro, ma questo *non* è il punto; perché quel di cui si discute è l'assenza o la presenza, alla luce della disciplina di risulta, di un'arma di difesa contro questi soggetti potenzialmente pericolosi. Ebbene,

⁵⁷ La ricerca in ambito psicologico, ad esempio, ha trovato già da moltissimo tempo ampi nessi tra la difficoltà economica e l'insorgenza di disordini mentali gravi e lievi; non solo, perché negli ultimi decenni è stata *approfondito e dimostrato* anche il (fondamentale) ruolo dei debiti e delle difficoltà finanziarie che li accompagnano. Per tutti, cfr. R. Jenkins *et al*, *Debt, income and mental disorder in the general population*, in *Psychological Medicine*, Cambridge University Press, 2008, 1485 ss. <https://www.cambridge.org/core/journals/psychological-medicine/article/abs/debt-income-and-mental-disorder-in-the-general-population/0381273CC880382EE1ABFF728FAAE10E>.

⁵⁸ A volerli valorizzare, esisterebbero già oggi moltissimi studi sull'influsso dei *condizionamenti* sociali, economici e ambientali, sui disturbi mentali (ansia, depressione, schizofrenia, dipendenza dall'alcool, bipolarità, ecc.). Per tutti, cfr. l'ampia analisi presente in https://www.dors.it/documentazione/testo/201707/DeterminantiSociali_072017.pdf.

⁵⁹ Cfr. Cass. 1.1.2019, n. 747. Tra i rarissimi precedenti conclusi con l'esclusione dell'art. 579 Cp si veda anche Aa.Vv., *Esposizione di giurisprudenza sul Codice penale dal 1964*, A. Brancaccio-Giuseppe Lattanzi (diretta da), Libro Secondo e Libro Terzo, L. Carinci et al. (a cura di), Milano 1972, 234. Questa argomentazione (non adeguatamente valorizzata nelle motivazioni della sentenza 50/2022) era stata ben presentata all'attenzione della Corte costituzionale, ed è ripresa anche nella prima parte della statuizione in analisi.

la pretesa che la dichiarazione d'inammissibilità del referendum possa fondarsi *anche* su evenienze così remote e penalisticamente risolvibili genera agli occhi di chi osserva (leciti) dubbi sulla tenuta complessiva dell'intero ragionamento.

Ma c'è un'altra parte di casistica da analizzare.

Ci riferiamo a quella che concerne la possibilità che, una volta eliminato il dogma dell'indisponibilità della vita rappresentato nell'art 579 co. 1 Cp, imprenditori spregiudicati possano concludere coi lavoratori contratti nei quali, dietro ingenti somme di denaro, rinuncino alle cautele e alla sicurezza esponendosi a un rischio-morte anche molto significativo.

Questo passaggio è un po' più complesso.

Posto che nessuno, né in letteratura né nel dibattito pubblico, ha mai auspicato un simile esito – tutti sappiamo che, se così fosse, si aprirebbero scenari distopici – occorre fare particolare attenzione alla formulazione della domanda: il punto, il giusto quesito che occorre porsi, è se tale costellazione di casi *regga o meno* per giustificare l'inammissibilità del referendum.

Più chiaro: saremmo davvero caduti così in basso?

Non lo si può escludere.

Ma cos'è, in questo mondo, che può essere radicalmente escluso?

Ma vi è di più, guardiamoci attorno.

In primo luogo, questi (rari) casi sarebbero potuti rientrare piuttosto bene, e anche qui senza troppa fatica, nella parte dell'art. 579 Cp., che punisce con le pene di cui all'art. 575 Cp la presenza di un *consenso invalido*. È assai difficile immaginare che un bisogno economico così intenso da produrre una rinuncia alle cautele sul luogo di lavoro non sia il frutto di una forte compromissione del potere di critica, di vere e proprie "minacce" del datore o di qualsiasi altra situazione capace di suggestionare il soggetto passivo. Quanti casi come quello ipotizzato sarebbero ragionevolmente stati esclusi dalla disciplina di risulta (v. *supra* § 3)?

In secondo luogo, rimane un'incoerenza di sistema (discutibile, ma) piuttosto evidente: come noto, alcuni sportivi e/o lavoratori si espongono già oggi, ogni giorno, a un elevatissimo rischio-morte. Tant'è che i giuristi riflettono da molto tempo sugli strumenti giuridici più idonei per legittimare e riconoscere quei rapporti lavorativi. Anche se non c'è accordo sullo strumento giuridico – consenso? diritto? scriminante atipica? rischio consentito? – occorre prendere buona nota del fatto che queste ipotesi, anche le più estreme, sono già perfettamente accettate (in alcuni campi) dalla nostra società contemporanea.

A nessuno verrebbe mai in mente di proibire all'alpinista di concludere un ricchissimo contratto di sponsorizzazione con una nota azienda italiana che produce abbigliamento tecnico; e questo indipendentemente dal rischio-morte della spedizione. La verità è che nessuno direbbe niente, in nessun caso, nemmeno sapendo che la parte forte ha chiesto all'alpinista di riprendersi con la fotocamera mentre apre una nuova via su una parete che mai nessuno prima è riuscito a scalare senza morire; nemmeno conoscendo le forti preoccupazioni espresse da tutta la comunità alpinistica internazionale; nemmeno sapendo che il maestro stesso dell'alpinista gli ha sconsigliato di procedere, definendo pubblicamente quella spedizione "un gesto suicida".

Ancora.

Si pensi ad Alex Honnold, un *climber* professionista che ha affrontato il muro giallo *El Capitan* (California) senza nessuna protezione: impresa, questa, documentata in ogni passaggio in un *docu-film* di successo planetario: "Free solo"⁶⁰. A ogni modo, il punto è che contratti di questo tipo, nei quali il lavoratore si espone dietro compenso a rischi altissimi di morte sono sottoscritti ogni giorno, in ogni parte del mondo: l'Annapurna 1, per intenderci, è una vetta che "vanta" un indice di mortalità del 35%: vale a dire che su cento alpinisti che s'incamminano su quella cima, circa trentacinque purtroppo muoiono e gli altri tornano a casa (non sempre illesi).

E statistiche simili sono tipiche anche di altre attività lavorative, non solo sportive. Mettendo da parte tutto il complesso tema dell'invio dei militari in zone di guerra, si pensi all'*heliskiing*, alla boxe, alle tradizioni circensi, alle Arti Marziali Miste (c.d. MMA), fino alla Moto GP, ai piloti di Formula 1, al *base-jumper*, al football americano, al rugby e molto oltre fino a mestieri diversi come quello dello *stuntman*. Ma ancora non è tutto, perché anche qualsiasi altra attività, più "normale" o più "diffusa", può essere svolta (e sponsorizzata) con modalità caratterizzate da un rischio-morte vertiginoso: si pensi a Ueli Steck, celebre alpinista professionista che passò alla storia per essere riuscito a scalare una vetta come il Cervino in un'ora e cinquantasei minuti, oppure la ben più complessa vetta dell'Annapurna in appena ventiquattro ore, e molto oltre.

Qualcuno, però, potrebbe arricciare il naso.

⁶⁰ La delicatezza del tema la si può notare osservando che, diversi anni fa, alcuni sponsor come *Clif Bar & Company* – pochissimi, naturalmente – hanno improvvisamente deciso di non finanziare più esseri umani che si espongono a un rischio-morte così alti, cfr. <https://www.nationalgeographic.com/adventure/article/rethinking-risk-after-clif-bar>. Per leggere il comunicato con il quale l'azienda ha risposto alle critiche, cfr. <https://gripped.com/profiles/clif-bars-response-firing-climbers/>.

Tutte queste, da un certo punto di vista, non sembrano casistiche utilizzabili per motivare la disponibilità della vita e l'ammissibilità del referendum, perché non sono né particolarmente diffuse, né dotate di riflessi sociali significativi. Ora, ammesso e non concesso di comprendere quali siano i mestieri "normali" o "diffusi" e chi lo possa determinare con precisione, la critica non convincerebbe comunque fino in fondo. Da un lato, esistono Paesi dove la vita è già oggi un bene disponibile e non v'è notizia, almeno in nostro possesso, di un tracollo sociale paragonabile a quello che spaventa la Consulta⁶¹; dall'altro lato, le attività lavorative caratterizzate dall'esposizione volontaria e consensuale del lavoratore a rischi altissimi, financo mortali, oltre ad essere coperte da moltissime altre disposizioni (penali), sono in diversi campi assai più frequenti di quanto sembra: e questo, come si diceva poc'anzi, è un *fatto*. Ci sono in tutti i Paesi del mondo e l'Italia non fa eccezione; anzi, il nostro Stato ha dato i natali ai più grandi motociclisti di tutti i tempi, ad alcuni dei più noti e importanti alpinisti della storia, e così oltre fino ai piloti di Formula 1, all'MMA, ecc.

Qual è, dunque, il punto su cui ragionare?

Siamo tutti d'accordo con l'ovvio, ovvero col fatto che si debba evitare di precipitare in una realtà distopica in cui un essere umano può pretendere di essere aiutato a morire per un motivo sciocco o in cui i lavoratori, per pagare debiti piuttosto che per ottenere posti di lavoro, possano scegliere di rinunciare alle cautele in materia di sicurezza⁶². Il punto è che tutte queste

⁶¹ Si prenda il caso dell'Olanda: il rapporto del 2019 (cfr. <https://english.euthanasiecommissie.nl/the-committees/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>) non fa emergere particolari preoccupazioni; anzi, leggendolo si registra un calo delle istanze rispetto all'anno 2017, e una prevalenza pressoché assoluta di malati (anziani) di tumori incurabili o di patologie neurologiche come il Parkinson, la SLA, e così oltre.

⁶² C'è un'idea, peraltro piuttosto diffusa tra gli studiosi laici della bioetica, che Gladio Gemma, instancabile studioso e appassionato docente di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (purtroppo recentemente scomparso) ha saputo esprimere in un modo assai chiaro e lineare: «È ragionevole dedurre che chi propugni il principio dell'autodeterminazione con riferimento a situazioni di grave sofferenza non intenda legittimare qualsiasi suicidio od omicidio del consenziente, con conseguente dovere dello Stato di consentire tutti i comportamenti di tale tipo [...] Chi scrive non è un fautore dell'ottimismo, soprattutto se questo viene inteso come fiducia nelle tendenze naturali degli individui e del corpo sociale. Una serie di esperienze deludenti, sul piano politico ed istituzionale, impone una visione disincantata della società, nonché del concetto di progresso. Aggiungiamo che, a parere dello scrivente, ogni volta in cui si introducono innovazioni, ivi compresa anche l'introduzione di nuovi spazi di libertà, sarebbe bene antivedere i rischi e cercare di prevenire effetti indesiderati ed è stato fonte di inconvenienti il mancato atteggiamento in questa direzione. Ciò detto, sussiste una differenza radicale fra il "pessimismo antropocentrico" dei conservatori illiberali e il pessimismo prudente degli innovatori liberali. Per i primi il pessimismo è il motivo del rifiuto delle soluzioni liberali e della visione dell'autoritarismo quale argine al "pendio pericoloso". Per gli innovatori il timore circa futuri effetti indesiderati è fonte di precauzione, di apprestamento di possibili rimedi, ma senza in alcun modo rinunciare alle libertà e quindi all'ottimismo inteso come fiducia nella possibilità che si possa progredire verso il meglio, anche con la realizzazione delle istanze liberali», cfr. G. Gemma, *Libertà costituzionale di porre fine alla propria esistenza e resistenza al suo riconoscimento*, in *Anuario de Facultade de Dereito de Universidad da Coruña (Revista jurídica*

casistiche: 1) non sono accettate socialmente; 2) sono già coperte da moltissime altre disposizioni penali; 3) sarebbero comunque anch'esse potute rientrare (in via ermeneutica, e peraltro con poco sforzo) nell'art. 579 Cp così come modificato dal referendum⁶³.

4.3. Tra tutte le solide distinzioni tipiche dello studio del diritto penale, quella che non siamo mai riusciti a comprendere a fondo, laddove applicata in materia di eutanasia volontaria, è quella tra agire e omettere⁶⁴. Qui la divergenza fra “uccidere” e “lasciar morire” sfuma inevitabilmente, diventando «... sempre più simile alla situazione di un bicchiere riempito a metà, di cui si può dire che è “mezzo pieno” o “mezzo vuoto” a seconda dei punti di vista (e delle aspettative avute)»⁶⁵. Del resto, come abbiamo già sostenuto in altra sede⁶⁶, quando la realizzazione di un “fatto tipico” avviene in un “contesto di liceità”⁶⁷, le regole che governano l'analisi del reato (in parte) mutano; e ciò accade perché l'autore non agisce in una situazione di normalità per il diritto penale, ma in un contesto diverso all'interno del quale possono prendere vita i suoi diritti⁶⁸.

Quando sono i diritti che contano, e non le proibizioni, è la logica della libertà che orienta il giudizio, non quella della cruda e brutale repressione; se si osserva con attenzione il campo dell'eutanasia volontaria ci si accorge che la distinzione fenomenologica tra agire e omettere non riesce più a esprimere quel diverso disvalore che invece presenta nei casi in cui il fatto tipico è *anche* illecito⁶⁹. Se esercitiamo un diritto, l'aiuto a morire è un aiuto e basta: si *aiuta* sospendendo il trattamento vitale, così come si *aiuta* dando in mano al malato un particolare intruglio che berrà da solo o iniettandogli una sostanza endovena. In questi casi di aiuto (“proceduralizzato”), distinguere tra chi *aiuta a morire* e chi *uccide il consenziente* è a dir poco incomprensibile. Che senso può mai avere distinguere tra chi *agisce* e chi *omette*? Sono differenze così banali e fumose, almeno in questo delicato ambito, che anche penalisti del calibro di Enrico Ferri finivano per non

interdisciplinar internacional), 13, 2009, 287 e 293.

⁶³ Serve dunque di più per fondare, oggi, il divieto di pratiche eutanasiche che hanno fatto parte della storia dell'Europa dall'antichità a oggi (cfr. M. Cavina, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna 2015, 9).

⁶⁴ P. Singer, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milano 1996, 89.

⁶⁵ M. Mori, *op. cit.*, 351.

⁶⁶ Sia consentito il rinvio al nostro *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo a uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino 2019, 117 ss. (spec. nota 75).

⁶⁷ Cfr. ancora il nostro *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, cit., 77 ss.

⁶⁸ Si v. ancora il nostro, *op. cit.*, 81 ss., 115 ss.; poi il nostro *Eccesso colposo*, in *ED*, I Tematici, Reato colposo, Milano 2021, 439 ss., spec. 444 ss.

⁶⁹ Si v. anche le precisazioni di O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, cit., 106 ss.

riuscire a comprenderle⁷⁰: il «profeta italiano della disponibilità della vita e del diritto di morire»⁷¹ non si dava pace davanti a sottili distinzioni «divelte dal mondo reale»⁷².

Non a caso la nuova legge spagnola sull'eutanasia – che l'ha riconosciuta come un vero e proprio “diritto” – ha inteso l'*aiuto* come somministrazione diretta al paziente di una sostanza da parte dell'operatore sanitario competente e la prescrizione oppure come erogazione al paziente da parte dell'operatore sanitario di una sostanza, in modo che questi se la possa auto-somministrare⁷³.

Noi, invece, manteniamo in vita gli artt. 579 e 580 Cp, così come disciplinati nel '30. Ma al giudice interessa forse qualcosa se l'autore che aziona il suo diritto di legittima difesa lo fa eliminando l'aggressore con una condotta attiva o con un'omissione? O quel che conta, qui, è trovarsi in un contesto in cui può prendere vita un *diritto* e, nel caso, azionarlo? C'è di più, perché a ben guardare la natura attiva od omissiva della condotta, al giudice, non interessa nemmeno se la tipicità obiettiva e subiettiva realizzata in un “contesto di liceità” rimane effettivamente illecita per mancanza di uno o più elementi costitutivi della scriminante; si pensi, a questo proposito, a ciò che

⁷⁰ E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., 51-52 «... dal contemplare le azioni umane in sé e per sé, divelte dal mondo reale, in cui avvengono, che un giurista può lasciarsi condurre ad una tale astrazione, che poi nella pratica, per la diversità delle pene nei due casi, può riuscire ad una vera enormità».

⁷¹ G. Fornero, *op cit.*, 362.

⁷² Secondo alcuni queste distinzioni teoriche sfumano anche in casi diversi da quelli eutanasi in senso stretto, ovvero come li intendiamo noi oggi. Due esempi aiuteranno a comprendere meglio: (1) Due giovani amanti affetti da una patologia terminale, volendo porre fine alle loro sofferenze, si armano e, dopo essersi puntati l'un l'altro la rivoltella alla tempia, fanno fuoco. S'ipotizzi che l'uomo riesca nel suo intento, mentre la donna, per un soffio, no. Sicché il giovane, rimasto solo in vita e senza nessuna intenzione di rivolgere l'arma contro sé stesso, diverrebbe punibile ai sensi dell'art. 579 Cp (ammesso e non concesso di riuscire a dimostrare il consenso valido e di non essere punito ai sensi dell'art. 575 Cp); (2) Due anziani coniugi parimenti molto malati decidono di usare un metodo diverso: s'immagini che la donna, da anni costretta su una sedia a rotelle, chieda al marito di entrare in garage e di tappare ogni fonte d'ossigeno posta in punti troppo alti per lei (senza chiudere a chiave la porta, per consentire ai due di cambiare idea sino all'ultimo momento). Fatto ciò, s'immagini che la moglie accenda l'automobile e che, dopo pochi minuti, deceda; mentre l'anziano marito, più resistente, venga salvato dai vicini di casa. Il giovane risulterebbe colpevole di omicidio del consenziente, l'anziano di aiuto al suicidio. Il primo gesto, se caratterizzato da un consenso valido, è davvero diverso dal secondo? Riflettendo su due casi molto simili, peraltro esposti per la prima volta nel celebre *Programma* di Francesco Carrara, Ferri affermò che a tali esiti giuridici si può giungere unicamente contemplando azioni «divelte dal mondo reale in cui avvengono [...]». Io ammiro questa potenza logica di analisi – diceva Enrico Ferri – ma mi domando quale accoglienza potranno trovare nel sentimento comune, e quale pratica utilità e quale giustizia positiva possano racchiudere queste sottili distinzioni legali, a cui possono corrispondere così gravi differenze di penalità» E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., 51 ss., l'inciso è nostro. Altre considerazioni in Id., *Principi di diritto criminale*, cit., 402 ss. Si v. anche le considerazioni di G. Crivellari, G. Suman, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, 7, “Delitti contro l'ordine pubblico. Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. Delitti contro la persona”, Art. 364 cp, Torino 1896, 745 ss.

⁷³ R. D'Andrea, *I dieci insegnamenti*, cit., 8.

accade per l'eccesso colposo (art. 55 co. 1 Cp) o per la scriminante putativa colpevole (art. 59 co. 4 Cp).

5. Da alcune testimonianze di Enrico Ferri sappiamo che durante i suoi anni d'insegnamento in un liceo mantovano, Roberto Ardigò, il «titano del pensiero positivista»⁷⁴, capì che il miglior modo per accompagnare i discenti sulla via della crescita intellettuale era di spiegare tramite sensazioni e percezioni visive. Un giorno, racconta Ferri, tirò addirittura fuori dalla tasca un occhio di bue, ancora sanguinolento: le cose imparate in quella lezione non furono mai più dimenticate dagli studenti. «*Vedere!* Ecco la rivoluzione introdotta nell'insegnamento e nella scienza col metodo positivo»⁷⁵. E non c'è dubbio che tematiche umanamente delicate come il carcere⁷⁶ o come i rapporti tra la bioetica e il diritto penale, coinvolgano problemi sociali e individuali che devono essere *visti* almeno una volta per essere compresi; altrimenti, stando alle convinzioni di Ardigò, e c'è da credergli, il rischio è di non riuscire a tenere in debito conto l'essenza delle cose e perdersi nel cielo dei concetti.

Vedere! non significa sposare per forza quella o quell'altra posizione ideologica, naturalmente. *Vedere!* significa capire che non è possibile generalizzare, perché la sofferenza anche di un singolo malato conta. *Vedere!* significa capire che esistono malati che non intendono rimanere con noi anche se dispongono di tutto l'affetto umano necessario e di un significativo appoggio economico. A volte è proprio una questione *personalissima* d'insostenibilità di una prospettiva, o di un'attuale sofferenza: una scelta indipendente da carenze più o meno profonde di natura assistenziale⁷⁷. *Vedere!* significa comprendere che la sedazione palliativa profonda, senz'altro utile, *non* è la soluzione a tutti i mali; fosse solo per il fatto che di sedazione non si muore, sicché la causa è necessariamente un'altra. *Vedere!*

⁷⁴ B. Franchi, *Enrico Ferri. Il noto, il mal noto e l'ignorato*, Torino 1908, 79.

⁷⁵ B. Franchi, *op. cit.*, cit., 40, 41.

⁷⁶ Lo si ricorda raramente, ma Enrico Ferri fu il primo professore di diritto penale ad accompagnare i propri studenti in "gite scientifiche", vale a dire a visitare il riformatorio, il carcere, i manicomi criminali, fino alle miniere di Montecatini, e in ogni altro luogo di sofferenza in cui lo *ius terribile* imponeva ai rei di rimanere per un certo tempo della loro vita, cfr. B. Franchi, *op. cit.*, 43 ss.

⁷⁷ Esistono in letteratura posizioni differenti, non solo autorevoli ma anche fondate su preoccupazioni umane più che comprensibili. Per tutti v. le riflessioni di L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, 163 ss., spec. 212 «... la dichiarazione di voler morire da parte del malato, ben lungi dal rappresentare una manifestazione di libertà, cela quasi sempre un contesto di abbandono terapeutico e rappresenta un appello [...] alla presa in carico della sua situazione esistenziale attraverso la vicinanza umana e gli interventi di sostegno palliativo, anche quando non sia ormai possibile contrastare l'evolversi di una data patologia». Per un approccio diverso e più simile a quello qui condiviso, v. M. B. Magro, *Eutanasia*, cit., 11; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 57.

significa che nessuno, tantomeno lo Stato, può dirci *come morire*, perché è proprio questo che ci preoccupa moltissimo, non la morte in sé.

Tutto ciò non è frutto solo dello spirito di beneficenza – col quale si può fare tutto, anche del male –, ma dell'autonomia; è questa che fonda, e spiega, l'eutanasia volontaria⁷⁸. Perché la libertà di scelta o è di tutti o non è⁷⁹: quando è il malato a scegliere, e non lo Stato, la decisione è frutto di ragionamenti esistenzialmente e intellettualmente motivati o motivabili⁸⁰. A dirla proprio tutta, a noi pare che le più grandi tragedie umane, in questo ambito, siano state il prodotto proprio di quell'eutanasia *involontaria* che cresce in contesti ordinamentali dove la vita dei singoli appartiene allo Stato; il quale, nei momenti più bui della nostra storia, ha deciso quando, come e perché interromperla. L'autodeterminazione, invece, si guarda bene dall'imporre la morte a chi vuole continuare a vivere nonostante la grave malattia⁸¹. Chi parte solo dalla beneficenza può arrivare ovunque, fino a garantire l'imposizione di una sua scelta agli altri col diritto penale; ma una forzatura di questo genere, peraltro, si risolve in una "decisione" svuotata di qualsiasi significato etico. Questo è il paradosso: la *libertà*, notava Engelhardt, «non è semplicemente un valore tra gli altri, ma la fonte dell'autorità morale che si esprime nella scelta [...] sul terreno della collaborazione tra stranieri morali, essa è l'origine dell'autorità morale»⁸². Al contrario, nella sent. 50/2022 si è deciso di non lasciare scelta: anzi, il *diritto alla vita* è stato addirittura impugnato contro sé stesso⁸³.

⁷⁸ D. Neri, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari 1995, 118; G. Fornero, *op. cit.*, 510. Sul (piuttosto semplice) superamento delle critiche all'idea della libertà di morire – aiuto al suicidio e omicidio del consenziente – come autonomia, cfr. G. Fornero, *op. cit.*, 377 ss. Molti detrattori dell'eutanasia e della disponibilità della vita arrivano a mettere in dubbio, in ogni caso, la solidità e la libertà della volontà espressa dagli esseri umani che intendono morire, su questo tema coglie, sebbene in sintesi, il cuore del problema P. Borsellino, *op. cit.*, 325 ss.

⁷⁹ *Contra* l'acuto studio di L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2020, 59 ss.

⁸⁰ G. Fornero, *op. cit.*, 377. Ed è naturale che «... autodeterminazione non significa assenza di condizionamenti. Ogni atto di volontà è frutto di una deliberazione che tiene conto di molte contrastanti spinte, della più varia natura», cfr. V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio*, cit., 11 (l'autore intende così soffermare l'attenzione sulla necessità, comprensibilissima e sperata, di una proceduralizzazione dettagliata, comprensiva di un serio intervento di esperienze scientifiche e sociali eterogenee).

⁸¹ «Chi desidera e riceve il calore di uno sguardo mentre lotta e non cede mai fino all'attimo finale, lo avrà sempre; basta che non lo imponga agli altri che forse neppure ce l'hanno», cfr. M. Donini, *Il senso 'ammissibile' del quesito referendario*, cit., 4.

⁸² H.T. Engelhardt, *op. cit.*, 417.

⁸³ Cfr. *supra* § 4.1. Allora, se così stanno le cose, ci pare assai più franca la (legittima e umanamente comprensibile) posizione di chi dichiara di vedere nella disponibilità della vita non solo pericoli di abuso, ma anche un ostacolo alla promozione di un'etica pubblica che dovrebbe tradursi in solidarietà morale verso il malato e la sua famiglia; una solidarietà che dovrebbe quindi impedire «... di sollevare il terzo dal dovere di non uccidere» M. Romano, *Danno a sé stessi*, cit., 165-166.

Ecco perché occorre rovesciare l'asse teleologico dell'art. 579 Cp⁸⁴.

Nel piatto c'era il primo vero passo verso il riconoscimento a ogni membro della nostra comunità del potere, entro determinati limiti (la cui disciplina sarebbe divenuta una priorità per il Parlamento), di determinare il proprio destino secondo i propri valori⁸⁵. Oggi ci rimane il rifiuto delle cure e, ammesso di trovare ospedali organizzati a tal fine, qualche importante cura palliativa come la sedazione profonda continua. In alcuni casi davvero disperati possiamo anche ricevere un piccolo aiuto, a patto di rientrare tra i pochissimi malati "autorizzati" e di riuscire a muovere le braccia fino alla fine, o quantomeno a mordere. E c'è da sperare che la situazione non si complichino ancor di più col prossimo (e tanto sperato) intervento della politica⁸⁶.

Come accadde sotto la vigenza dello Zanardelli, nessuno rimarrà fermo a guardare: perché, com'è stato più volte notato in letteratura, si tratta di uno scontro culturale prima che giuridico. In questo quadro, allora, va ribadito ancora una volta l'ovvio: nell'attesa di riuscire a sottoporre l'art. 579 Cp alla Consulta, si dispone già di un ricco strumentario ermeneutico per espandere gli spazi di libertà dei cittadini. La chiave è la discrezionalità: dall'analogia in *bonam partem* fino alla ultravalorizzazione del dubbio ex art. 530, co. 3 Cpp e molto oltre fino ad alcuni nuovi correttivi ermeneutici.

Servirebbe più tempo, naturalmente.

La vita è un bene che prima o poi diverrà disponibile, ma questa transizione richiederà una normativa completa, dettagliata e multilivello; servirà forse un vero e proprio *codice di settore* per disinnescare timori ancora oggi molto diffusi. Il referendum era pensato anche per favorire un simile dibattito, ma davanti a quest'ultima grande sconfitta non è più possibile rimanere inerti, perché mentre aspettiamo la politica e discutiamo di diritto seduti sulle nuvole, sulla terra imperversano sofferenze umanamente inaccettabili.

Rimane un dubbio.

«Se la mia vita non è mia, di chi è?».

⁸⁴ L'espressione (più che efficace) è di T. Padovani, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., 2.

⁸⁵ G. Duttge, *Die "geschäftsmäßige Suizidassistentz" (§ 217 StGB): Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!*, in *ZStW*, 2017, 448 « ... ein jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft für sich in Anspruch nehmen darf, das eigene Lebensschicksal nach eigenen Wertmaßstäben selbst bestimmen zu dürfen, soweit und solange dadurch nicht andere – in gleicher Weise Berechtigte – zu Schaden kommen».

⁸⁶ Cfr. *supra* nota 2.