

## Sugli effetti penali e politici del referendum parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. in tema di eutanasia legale.

di **Francesca Re**

**Sommario.** **1.** Il quesito referendario. - **2.** L'omicidio del consenziente nelle precedenti codificazioni: dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. - **3.** Rifiuto delle cure, aiuto al suicidio ed eutanasia attiva. - **4.** Autodeterminazione al cospetto del diritto penale. - **5.** Conclusioni: Referendum in materia penale e obiettivi politici.

### **1. Il quesito referendario.**

#### **1.1. La genesi politica.**

Il quesito referendario in oggetto *"vuole abrogare parzialmente la norma penale che impedisce l'introduzione dell'eutanasia legale in Italia"*<sup>1</sup>, ovvero il reato di cui all'art. 579 c.p. che attualmente punisce qualsiasi condotta di omicidio del consenziente. Il proposito del comitato promotore è chiaro, tanto quanto il quesito referendario che, facendo salve le tutele per le categorie vulnerabili, abroga esclusivamente la fattispecie di omicidio del consenziente, introdotta nel 1930 proprio al fine dichiarato – come si legge dalla Relazione introduttiva al Codice penale – di rendere la vita un bene *indisponibile*<sup>2</sup>. La diversa disposizione contenuta al comma 3 dello stesso art. 579 c.p., che invece punisce con le sanzioni previste per il reato di omicidio

---

1 Così sul portale dedicato al "Referendum Eutanasia Legale", dove si legge anche: "Con questo intervento referendario l'eutanasia attiva, previa valutazione del giudice in sede processuale, potrà essere consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul "Caso Cappato", ma rimarrà punita se il fatto è commesso contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni. Dunque, l'esito abrogativo del referendum farebbe venir meno il divieto assoluto dell'eutanasia e la consentirebbe limitatamente alle forme previste dalla legge 219/2017 in materia di consenso informato. Per quanto riguarda, invece, condotte realizzate al di fuori delle forme previste dall'ordinamento sarà applicabile il reato di omicidio doloso (art. 575 cp)". Su <https://referendum.eutanasialeitale.it/il-quesito-referendario/>, ultimo accesso 1 febbraio 2022.

<sup>2</sup> Relazione del Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco in Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit. par. 661, p. 473

doloso (art. 575 c.p.) la condotta di chi cagioni la morte di uno dei soggetti ritenuti vulnerabili o il cui consenso non sia valido, rimane intatta. La genesi politica di questa iniziativa referendaria è nota: nel 2013 l'Associazione Luca Coscioni, principale componente del comitato promotore del referendum *de quo*, ha depositato una proposta di legge di iniziativa popolare in tema di eutanasia<sup>3</sup>, senza che questa sia stata discussa in quasi 10 anni dal deposito, coerentemente al disinteresse che il Parlamento aveva dimostrato sin dal 1984, quando il parlamentare Loris Fortuna depositò la prima proposta di legge in tema di fine vita<sup>4</sup>.

Prendendo atto dell'inerzia legislativa, dunque, lo strumento referendario, in conformità al suo scopo di correzione dell'attività parlamentare<sup>5</sup>, interviene per riallineare l'ordinamento all'assetto costituzionale così come delineato anche tramite gli ultimi interventi della Corte costituzionale in relazione ai diritti fondamentali alla fine della vita. Dunque, nella "paralisi del Parlamento l'intervento diretto del popolo è la soluzione considerata dalla Costituzione"<sup>6</sup>. Invero, nel sistema costituzionale il referendum abrogativo svolge le funzioni di garantire la costante rispondenza della legislazione agli interessi e alle necessità della collettività – fungendo da strumento di controllo sulle disfunzioni legislative del Parlamento e da contrappeso all'arbitrio della maggioranza – e di tutelare il pluralismo delle forze politiche e sociali. Quest'ultima funzione è assolta dal *referendum* offrendosi come «strumento per rimettere in discussione le scelte legislative (o in questo caso l'assenza di scelte), contrastando la cristallizzazione dei rapporti di forza tra i partiti e il formarsi in essi di oligarchie egemonizzanti, e dando ai movimenti di opinione (privi di rappresentanza parlamentare) la possibilità di partecipare

---

<sup>3</sup> Testo della Proposta di legge disponibile su

<http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2.18PDL0001020.pdf>

<sup>4</sup> Con la proposta di legge n. 2405 del 19/12/1984 sulla «tutela della dignità della vita e disciplina dell'eutanasia passiva», a firma dell'On. Fortuna, si voleva affermare il principio di presunzione del consenso del paziente che si trovi in uno stato terminale, e cioè in un incurabile stato patologico, dal quale, secondo le conoscenze mediche, sarebbe inevitabilmente conseguito l'evento morte, la cui sopravvenienza avrebbe potuto essere ritardata solamente dai trattamenti terapeutici. Difatti, si riconosceva al soggetto maggiorenne la possibilità di disporre per il non impiego o l'interruzione delle terapie di sostentamento vitale con disposizione (da rilasciarsi su apposito modulo) sottoscritta dal paziente, alla presenza di due testimoni, diversi dai medici curanti e non legati a lui da vincoli di parentela o affinità, né destinatari dei suoi beni. La sussistenza delle predette condizioni avrebbe dovuto essere valutata da un medico competente delle tecniche di rianimazione e tale accertamento non avrebbe dispensato il medico curante dal dovere di assistere il malato e ad alleviare le sue sofferenze.

<sup>5</sup> Il referendum abrogativo, in Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005.

<sup>6</sup> V. ZAGREBELSKY, Perché sul fine vita deve decidere il popolo, La Stampa, 27.06.2021

alla vita dello Stato e allo sviluppo delle istituzioni»<sup>7</sup>. In questo contesto si inserisce una battaglia dal basso, che raccoglie l'inerzia e i dinieghi del potere e li trasforma in azione e mobilitazione, che passa per le città e le piazze di tutta Italia, e si declina anche in formato digitale per abbattere le discriminazioni, rendere la democrazia accessibile e a portata di tutti<sup>8</sup>.

Ma non solo, il referendum *de quo* può rappresentare una concreta opportunità per recuperare la funzione costituzionale del diritto penale attraverso uno strumento di democrazia diretta che contribuisca a valorizzare il ruolo pratico ed effettivo di un diritto penale laico e liberale di cui si vedrà *infra*.

### 1.2. La disciplina di risulta<sup>9</sup>.

Premesso che, come ci insegnano i costituzionalisti, parlare di normativa di risulta significa anticipare un giudizio di legittimità sulla disciplina derivante dall'esito referendario, nel caso di specie, in effetti tale aspetto interessa molto anche il mondo penalistico, preoccupato della tenuta della normativa laddove il referendum venisse dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale e superasse la prova elettorale. La questione di fondo, sotto l'aspetto penalistico è proprio quella per cui ci si chiede se la *disciplina* di risulta garantirebbe una tutela c.d. minima della vita. Pur sembrando cristallini gli effetti dell'abrogazione, a seguito delle recenti – e spesso speculative – obiezioni, risulta necessario ripercorrere brevemente, partendo dal dato letterale, in cosa consista *davvero* l'intervento referendario.

L'operazione prevede la soppressione di una delle due disposizioni dell'art. 579 c.p. dunque non introduce un'altra o diversa fattispecie di reato bensì mantiene intatta una previsione già esistente, ovvero quella che – facendo

---

7 G. FILIPPETTA, Referendum abrogativo e riserva di sovranità: una rilettura in *Giur. cost.*, fasc.2, 2011, pag. 2045

8 Questo è il primo referendum al mondo con valore legalmente vincolante ad essere proposto "online". Le firme complessivamente raccolte ammontano a 1,2 milioni, di cui quasi 400.000 mila in formato elettronico [cit. Chiude il referendum eutanasia, oltre 1,2 milioni di firme (quasi 400.000 online) raccolte da più di 13.000 volontari in 6000 tavoli di raccolta in oltre 1000 comuni, in [www.referendum.eutanasialegale.it](http://www.referendum.eutanasialegale.it), 6 ottobre 2021 (ultimo accesso: 19 gennaio 2022)].

9 Il testo derivante dall'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. risulterebbe dunque il seguente:

*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio [575-577] 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 carpito con inganno.*

salvo il terzo comma – tutela le persone vulnerabili, o perché minori di 18 anni o perché incapaci oppure le persone il cui consenso sia stato estorto<sup>10</sup>. Questo significa che l'opera di ritaglio ha come risultato soltanto la «riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo», allo stato «compresa per effetto dell'applicabilità della disposizione oggetto di referendum»<sup>11</sup>.

Infatti, l'art. 579 c.p., in un'unica norma prevede due diverse discipline, a seconda che il soggetto passivo appartenga o meno alle categorie indicate nel terzo comma. L'operazione referendaria non fa altro che abrogare esclusivamente la disposizione c.d. "minorante"<sup>12</sup> rispetto all'omicidio comune il cui elemento "speciale" è costituito dal consenso valido espresso dal soggetto passivo. Rimane integra la disposizione relativa alle ipotesi nelle quali, non essendo considerato valido il consenso prestato da alcune categorie di soggetti, si applica il reato di omicidio doloso previsto dall'art. 575 c.p.

Ne deriva che la volontà, la richiesta dell'avente diritto sarebbe in grado di rendere lecita una condotta di terzi, sempre che la richiesta presenti i requisiti tali per cui si possa escludere con certezza una delle condizioni di cui al comma 3: il richiedente la morte oltre a dover essere maggiorenne non deve trovarsi in nessuna condizione anche transitoria di incapacità, che possa

---

<sup>10</sup> Sulla caratteristica dell'omogeneità del referendum e le sue molteplici sfaccettature ed evoluzioni si veda M. LUCIANI, Art. 75. La formazione delle leggi. Tomo I, 2, Il referendum abrogativo, in Commentario della Costituzione, Bologna-Roma, 2005, p. 403 ss. Sui referendum manipolativi si veda sempre M. LUCIANI, *Ibidem*, p. 623 ss. L'A. definisce il referendum manipolativo come quello che ha ad oggetto non un enunciato normativo compiuto, ma un suo frammento «senza autonomo contenuto normativo [...] in modo tale che, una volta ricomposto dopo l'amputazione, il testo acquisti un contenuto normativo totalmente diverso da quello originario». Il problema dei quesiti a contenuto manipolativo, emerso negli anni Ottanta, è stato inizialmente affrontato dalla Consulta dichiarandone l'inammissibilità, in particolare per le ripercussioni negative sull'omogeneità del quesito. Dagli anni Novanta la giurisprudenza ha ammesso i quesiti manipolativi in alcuni casi, nelle ipotesi di referendum su leggi elettorali. Nel 1997, infine, la Consulta ha sposato il criterio della consequenzialità: il quesito è ammissibile, pur utilizzando la tecnica del ritaglio, se mira all'espansione di un principio normativo già incorporato nella legislazione vigente. L'A. conclude nel senso di ritenere inammissibile il referendum manipolativo, essendo l'oggetto minimo dell'abrogazione la norma e l'oggetto minimo del quesito la disposizione, pur tenendo conto della particolare struttura lessicale in cui è inserita, che, per ragioni di economia redazionale, può fondere quelle che potrebbero essere più disposizioni autonome.

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 27/2017, nn. 15 e 16/2008, nn. 33 e 34/2000 e n. 13/1999.

<sup>12</sup> T. PADOVANI, in Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. relazione nell'ambito del seminario giuridico *Amicus Curiae* Nuovi Seminari Preventivi Ferraresi.

dunque inficiare la validità del consenso espresso. La verifica deve vertere anche sulla libertà del consenso ovvero sulla verifica che questo non sia stato estorto con violenza o minaccia.

Esclusi dunque questi casi, il consenso, sì, potrà rendere lecita la condotta di un terzo. Ma non è una novità. Questo già accade nel nostro ordinamento, sotto la disciplina prevista dalla legge 219/2017 che non solo consente già oggi che la persona maggiorenne capace di intendere e di volere ottenga la morte, esprimendo (con le modalità previste dall'art. 1) il rifiuto di iniziare o proseguire un trattamento salvavita, ma lo prevede *indipendentemente* dalla patologia, dalle probabilità di sopravvivenza e dalle ragioni che stanno dietro la scelta. Dunque, quello che dovrebbe essere messo in discussione non è tanto il quesito referendario bensì la tenuta penalistica della legge 219/2017<sup>13</sup>.

Per tutte le categorie menzionate nel comma 3, dunque, continuerà ad applicarsi l'art. 575 c.p. in conformità all'estensione che oggi viene riconosciuta dalla giurisprudenza al concetto di *incapacità* fino a ricomprendere incapacità transitorie o momentanee così come affermato di recente dalla Cassazione penale, sez. I, 19/04/2018, n.747 per la quale «*a viziare il consenso è sufficiente anche una non totale diminuzione della capacità psichica che renda, sia pure momentaneamente, il soggetto non pienamente consapevole delle conseguenze del suo atto*»<sup>14</sup>.

Come prevede la giurisprudenza, dunque, «*la deficienza psichica è da intendersi come una minorata capacità psichica, anche con compromissione del potere di critica e minorazione della sfera volitiva ed intellettuale che agevoli la suggestionabilità della vittima e ne riduca i poteri di difesa contro le altrui insidie*»<sup>15</sup>.

---

13 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 su Sistema Penale, Gennaio 2022

<sup>14</sup> «*Affinché si configuri un'ipotesi di omicidio del consenziente, e non di omicidio volontario, è necessario che il consenso della vittima sia serio, esplicito, non ambiguo e perdurante sino al momento della commissione del fatto, in guisa da esprimere un'evidente volontà della stessa di morire, la cui prova deve essere univoca, chiara e convincente, in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile ad opera di terzi. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che correttamente i giudici di merito avessero qualificato come omicidio doloso, e non come omicidio del consenziente, la condotta dell'imputato che, con un grosso coltello da cucina, aveva inferto plurimi fendenti mortali alla moglie gravemente malata, non risultando che questa, durante la fase di lucidità, riconducibile ad epoca remota della progressione della malattia, avesse espresso una scelta certa di voler essere uccisa per porre fine alle proprie sofferenze)*», così Cassazione penale sez. I, 19/04/2018, n.747

<sup>15</sup> Cass. Pen. II sez. n. 28886/2020. La sentenza in questione è molto interessante nella parte in cui si spiega come la minorata capacità psichica possa rientrare nella nozione

È da escludersi allora che l'esito referendario comporti l'impunità per chi cagioni la morte di una persona depressa, anche transitoriamente, per una delusione amorosa o per una crisi finanziaria<sup>16</sup>. Infatti, ce lo dice la giurisprudenza, la deficienza psichica copre una vasta, potenzialmente indeterminata, gamma di disturbi, di carattere nevrotico o dipendenti da un'infermità fisica, tutti suscettibili di rendere invalido il consenso. Infatti, «il consenso presupposto dell'omicidio del consenziente deve essere serio, esplicito, non equivoco e perdurante sino alla commissione del fatto, ed esprimere una volontà di morire, la cui prova deve essere univoca, chiara e convincente in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile a opera di terzi» (Cfr., da ultimo, Cass. I 19 aprile 2018, n. 747; Cass. I 26 maggio 2017, n. 3392; Cass. I 17 novembre 2010, n. 43954.).

La disciplina di risulta derivante dall'abrogazione referendaria presenta, come si è visto, caratteri di linearità la cui ragionevolezza risiede soprattutto nell'attuale evoluzione normativa (legge 219/2017 in tema di consenso e

---

di "deficienza psichica" ex art. 643 cod. pen. Difatti, dopo essere stato postulato che il delitto di circonvensione di incapace non esige che il soggetto passivo versi in stato di incapacità di intendere e di volere essendo sufficiente anche una minorata capacità psichica con compromissione del potere di critica ed indebolimento di quello volitivo, tale da rendere possibile l'altrui opera di suggestione e pressione, gli Ermellini, richiamando un precedente conforme, affermano che rientra, nella nozione di "deficienza psichica" ex art. 643 cod. pen., la minorata capacità psichica, con compromissione del potere di critica ed indebolimento di quello volitivo, tale da rendere possibile l'altrui opera di suggestione, perché è "deficienza psichica" qualsiasi minorazione della sfera volitiva ed intellettuale che agevoli la suggestionabilità della vittima e ne riduca i poteri di difesa contro le altrui insidie. Di conseguenza, rileva tale minorata capacità nella misura in cui essa sia in grado di agevolare tale influenzabilità del soggetto passivo del reato e ne riduca i suoi poteri nei termini appena esposti. Il giudizio in ordine a quanto statuito in siffatto provvedimento, proprio perché contribuisce a fare chiarezza su tale tematica giuridica, dunque, non può che essere positivo.

<sup>16</sup> L. VIOLANTE, Referendum sull'eutanasia, il limite tra fine vita e diritti su "La Repubblica", 24 agosto 2021: «Il referendum va molto oltre i confini ragionevolmente fissati dalla Corte perché liberalizza ogni forma di omicidio del consenziente, anche se determinato, ad esempio, da una depressione, da un fallimento finanziario, da una delusione sentimentale, da una momentanea fragilità psichica e anche se commesso con mezzi violenti». Diversi detrattori del referendum hanno utilizzato, con più o meno onestà intellettuale l'esempio del ragazzo depresso perché lasciato dalla fidanzata, per incutere il terrore nelle persone di una deriva degli omicidi del consenziente per motivi futili. Non solo i motivi futili sono spesso contestati come aggravanti per l'omicidio doloso ma non si rinviene una sentenza dal 1930 ad oggi che riconduca alla fattispecie di omicidio del consenziente la condotta omicida dell'amico a seguito della richiesta di un fidanzato in preda a pene d'amore. Dunque, gli esempi sono assolutamente fuori luogo.

disposizioni anticipate di trattamento) e giurisprudenziale (Corte costituzionale ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019) che hanno incontrovertibilmente scalfito il dogma dell'indisponibilità della vita umana e che contribuirebbero a delineare una normativa, ovvero una disciplina vivente inserita in un contesto normativo già in parte strutturato. La ragionevolezza della normativa di risulta si rafforza anche con la constatazione che l'art. 579 c.p. non è una legge costituzionalmente vincolante in quanto non rappresenta «*l'unica necessaria disciplina, consentita in sede attuativa della norma costituzionale*»<sup>17</sup> senza la quale ci sarebbe una diretta violazione della Costituzione. Anzi: la vera violazione attuale è rappresentata dal permanere di una norma anacronistica e discriminatoria verso quei malati che necessitano di un aiuto attivo per congedarsi da una vita in condizioni di "malattia irreversibile" e "sofferenze intollerabili".

Rispetto a questo ultimo passaggio, ovvero relativo all'applicazione della normativa di risulta all'interno di un contesto giuridico e costituzionale mutato a seguito di interventi legislativi e sentenze costituzionali, c'è però chi rileva come tale «schema argomentativo non regge, e non ha alcuna possibilità di corrispondenza concreta con il testo dell'art. 579 come verrebbe riformulato a seguito del referendum»<sup>18</sup>. Secondo lo stesso autore «gli stessi promotori sono consapevoli di qualche seria difficoltà legata alla 'sostenibilità' costituzionale della normativa di risulta. Per questo, operano il tentativo di legare il 'nuovo' omicidio del consenziente risultante dall'eventuale successo del referendum ai medesimi presupposti del suicidio assistito elaborati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018 e nella sentenza n. 242/2019», come se l'operazione di calare nel contesto normativo vigente la normativa di risulta sia un'operazione artefatta e manipolativa piuttosto che estremamente naturale visto che ogni norma "vive" non in astratto bensì in relazione ad altre norme e soprattutto, nel rispetto della Costituzione<sup>19</sup>. E quando la normale evoluzione del diritto comporta potenziali e fisiologiche antinomie, è l'ordinamento giuridico stesso a prevedere strumenti in grado di superarle, primo fra tutti l'interpretazione dei giudici che fanno vivere il diritto calando il caso concreto all'interno dell'ordinamento giuridico e laddove individuino antinomie, ricorrono ai principi generali dell'ordinamento per dirimere questioni più

---

<sup>17</sup> così G. Zagrebelsky, Relazione, in *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Roma, 1978, 28. Corte cost., sent. n. 16/1978, p.to 3 cons. in dir.

<sup>18</sup> A. D'ALOIA, *Qualche dubbio sull'ammissibilità del referendum sull'eutanasia legale*, su *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, 1/2022

<sup>19</sup> Sulla riferibilità alla legge 219/2017 Cfr. G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o "diritto"?*, Relazione al XVIII Congresso dell'Associazione Luca Coscioni, 9 ottobre 2021.

complesse attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate. Inoltre, laddove l'antinomia crei delle disuguaglianze non superabili a livello interpretativo è possibile sollevare questioni di legittimità costituzionale per mettere di nuovo in discussione una o più norme. Ultimo il Parlamento che con il suo intervento può modificare ed introdurre norme in qualsiasi momento.

Sorprende come la prospettiva privilegiata di alcuni interpreti sia quella di un diritto totalmente scollato dalla realtà, come se generalità e astrattezza siano gli unici criteri validi in sede di normazione a discapito di valutazioni sulla storia applicativa di una norma e delle istanze di evoluzione provenienti chiaramente dalla collettività<sup>20</sup>.

### **1.3. Quesito referendario e sentenza della Corte costituzionale 242/2019.**

L'intervento abrogativo si iscrive nella stessa *ratio* che ha ispirato la sentenza costituzionale 242/2019 che «*ha annullato solo una frazione dell'area originariamente ricompresa nel perimetro dell'art. 580 c.p. tenendo questa norma in vita nel suo complesso per garantire alle persone fragili una cintura di protezione*»<sup>21</sup>. Ne deriva che lo scopo del quesito, sulla falsariga dell'intervento della Corte costituzionale è quello di aprire un varco al principio di disponibilità della vita umana, facendo salve le tutele per i soggetti fragili ma nello stesso tempo prendendo atto che ci sono persone che patiscono sofferenze intollerabili a cui oggi è negato il diritto a morire

---

<sup>20</sup> Stefano Rodotà affermava come «*il diritto deve seguire ed assecondare la vita non precederla e contrastarla*» così in *La vita e le Regole*, tra diritto e non diritto, Feltrinelli, 2006. Il saggio affronta svariati temi legati al fatto che viviamo in una società satura di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private. Negli ultimi secoli infatti il campo di esercizio del diritto si è via via esteso, inglobando questioni affidate un tempo al governo della religione, dell'etica, del costume, della natura. Le nuove tecnologie della vita – genetiche, riproduttive, di prolungamento artificiale della vita – e di controllo – con la possibilità di accesso da parte di enti privati e istituzioni alla privacy individuale – hanno posto il diritto al centro di una fitta rete di questioni etiche e politiche. La consapevolezza sociale non è sempre adeguata alla complessità di questo fenomeno, che rivela anche asimmetrie e scompensi, con un diritto invadente in molti settori e assente dove più se ne avvertirebbe il bisogno. Il libro di Stefano Rodotà affronta in tutta la sua vastità il tema del diritto in relazione alle scelte etiche, sociali e politiche della società contemporanea, alla pervasività del suo potenziale dominio e, di conseguenza, ai limiti da imporre al suo esercizio.

<sup>21</sup> I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars. construens delle pronunce della Corte costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Capato. Su Libertà fondamentali alla fine della vita: Riflessioni a margine della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, goware, 2020



con dignità secondo il proprio volere. La Corte costituzionale, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non prevedeva che si potesse aiutare una persona a morire anche qualora si trovasse in certe condizioni, giustifica il mantenimento del reato di aiuto al suicidio proprio per tutelare le persone fragili.

Invero, come rilevato da diversi interpreti, la Corte costituzionale, riconvertendo il problema di costituzionalità entro confini più ristretti rispetto all'approccio del giudice remittente<sup>22</sup>, piuttosto privilegia un'ottica di paternalismo moderato, e ritiene che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio lungi dal violare la Costituzione continui a trovare una persistente giustificazione in una preoccupazione politico-criminale anche riconosciuta dalla Corte di Strasburgo come non incompatibile con l'art. 8 CEDU che sancisce il dritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili come le persone depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane ed in solitudine le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida magari per ragioni di personale tornaconto.

Se questa è dunque la motivazione politico-costituzionale per la quale la Corte ha deciso di emettere un giudizio di incostituzionalità rispetto al divieto assoluto di aiutare altri al suicidio, è proprio su questa linea che si innesta l'intervento referendario in oggetto: al fine riconoscere spazi di autodeterminazione oggi negati e contestualmente di apprestare massima tutela ai soggetti vulnerabili che l'art. 579 .p. contempla, riservando loro un regime differente, il comma 3 dell'art. 579 c.p. viene lasciato intatto facendo sopravvivere l'applicazione del reato di omicidio doloso nei casi in cui la condotta sia posta in essere nei confronti delle persone indicate dalla norma. Ma c'è di più: il mantenimento del comma 3 dell'art. 579 c.p. delinea i casi in cui il consenso è da ritenersi invalido determinando l'applicazione del reato di omicidio doloso di cui all'art. 575 c.p. Ne deriva che il consenso valido diventa centrale nel capovolgere il principio di indisponibilità della vita sancito dall'attuale assetto normativo degli artt. 579 e 580 c.p. La norma, infatti, a seguito dell'abrogazione referendaria prescriverebbe che «alla

---

<sup>22</sup> La Corte d'Assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio 2018 aveva sollevato la questione costituzionale muovendo da una prospettiva ideologica più liberale aveva richiesto una incostituzionalità della sotto fattispecie dell'agevolazione al suicidio. L'impostazione propria dei giudici milanesi si fonda principalmente sull'avvenuto riconoscimento con la legge 219/2017 del diritto di ciascuno di autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza. La rimodulazione del bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p. nella libertà di autodeterminazione del soggetto rende ingiustificata, secondo l'ordinanza di rimessione a sanzione penale nel caso in cui e condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente.

morte cagionata col consenso di persona non in grado di prestarlo (per età o condizioni personali) o invalido per modalità di formazione (estorto o carpito) siano applicabili le disposizioni comuni sull'omicidio, sul presupposto implicito, ma univocamente desumibile *a contrario sensu*, che se il consenso è validamente prestato, tali disposizioni comuni non possono essere applicate. L'asse teleologico dell'art. 579 c.p. (e cioè la finalità politico criminale ch'esso è destinato a realizzare) risulterebbe così letteralmente rovesciata: da norma-baluardo dell'indisponibilità del diritto alla vita a norma-riconoscimento della sua disponibilità»<sup>23</sup>.

L'errore prospettico in cui molti incappano nel valutare la relazione fra quesito referendario (art. 579 c.p. parzialmente abrogato) e sentenza costituzionale (art. 580 c.p. come risultante dalla pronuncia) consiste nel valutare l'ammissibilità (o meno) dell'art. 579 c.p. in funzione dell'attuale assetto dell'art. 580 c.p. Il ragionamento pare essere: dal momento che l'art. 580 ad oggi prevede una scriminante solo in determinati casi, l'esito referendario comporterebbe un'abrogazione della norma penale più estesa tale da rendere impunito un fatto e mantenere punito un altro fatto potenzialmente meno grave.

Ma si sa, le norme evolvono, e si spera, verso forme di diritto liberale e laico, che valorizzi l'autodeterminazione e soprattutto la centralità della persona come sancisce la Costituzione. Dunque, un esito referendario positivo determinerebbe almeno due conquiste di libertà: la prima è quella di abbattere una discriminazione oggi in atto, che esclude alcuni malati, sulla base di una certa condizione fisica (art. 3 della Costituzione) dal diritto di accedere alla morte volontaria; la seconda è che nello stesso tempo potrebbe rappresentare il criterio per rimettere in discussione anche l'area del penalmente rilevante afferente all'art. 580 c.p. che, essendo stato riformato nel contesto di un caso particolare porta con sé alcune aporie come quella relativa alla necessità che il malato sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Allora la disciplina di risulta non sarebbe irragionevole se letta con la lente della sentenza sull'art. 580 c.p. bensì, al contrario è l'art. 580 c.p. che prevederebbe limiti troppo ristretti e irragionevoli rispetto all'art. 579 c.p.

## **2. La storia e la portata del reato di omicidio del consenziente: dal Codice Zanardelli al Codice Rocco.**

Il reato di omicidio del consenziente è espressione del «diritto penale simbolico»<sup>24</sup>. Questo perché è un delitto privo di contenuti applicativi tanto da far pensare che ci si trovi di fronte ad una vera e propria *consuetudine*

<sup>23</sup> T. PADOVANI, Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione, in *Giurisprudenza Penale* 2021, 7-8

<sup>24</sup> Così T. PADOVANI, relazione durante il seminario "*Amicus Curiae*: Nuovi Seminari Preventivi Ferraresi", 26 novembre 2021.

*abrogatrice* (o desuetudine)<sup>25</sup>, che però, in assenza di un formale atto abrogativo fa sì che la norma penale conservi la sua efficacia formale. Nel caso che ci riguarda, in particolare, la norma in oggetto esplica la sola ed unica funzione di impedire qualsiasi forma di eutanasia<sup>26</sup>. Infatti, il nostro attuale ordinamento giuridico vieta ogni pratica eutanasi che a seconda delle modalità e delle condizioni nella quale è praticata, integra alternativamente il reato di omicidio doloso (art. 575 c.p.), omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) oppure istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Sono proprio queste ultime due norme che escludendo l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 50 c.p., relativa al consenso dell'avente diritto, sanciscono – a livello codicistico – il principio di *indisponibilità* della vita. Il bene vita non può essere oggetto di un consenso tale per cui l'avente diritto possa validamente disporre della *sua* vita, fino al punto di acconsentire alla propria uccisione. Invero, pur non facendo i due articoli espressamente

---

<sup>25</sup> «E' possibile infatti che una norma penale resti di fatto inapplicata per lunghissimo tempo in quanto non più conformi alle nuove concezioni dominanti. Ma si tratta di una disapplicazione fattuale che esaurisce la sua valenza su di un piano sociologico nel senso che funge semmai da indice rivelatore dell'esigenza di un esplicito intervento abrogativo da parte del legislatore: perché la norma in questione cessa di avere formale efficacia è dunque necessaria l'emanazione di una successiva legge che espressamente la abroghi». G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, V edizione, Zanichelli, 2011.

<sup>26</sup> Questo referendum ci aiuta a recuperare l'idea che il diritto penale non ha per scopo la realizzazione di un ideale di giustizia astratto ma persegue un obiettivo pratico e socialmente utile: proteggere quei beni o interessi dalla cui tutela dipenda la garanzia di una convivenza pacifica, circoscrivendo l'intervento penale ai limiti della stretta necessità.

Un diritto penale laico, "minimo" ed effettivo richiede anche che le tecniche di tutela adottate dal legislatore siano conformi ai principi costituzionali, ed in riferimento a questo principio sono diverse le categorie di reati che presentano profili di problematicità, pensiamo ai reati di sospetto che puniscono una condotta solo perché presumibilmente potrebbe portare ad un'altra condotta, o i reati ostativi che anticipano l'intervento penale prima che la condotta stessa risulti offensiva (il possesso di sostanze stupefacenti), i reati di pericolo presunto e poi i reati c.d. simbolici, ovvero quelle fattispecie che risultano di scarsa o nulla applicazione e che dunque hanno la mera funzione di promuovere un certo valore, affermare un certo principio, contraddicendo la funzione stessa del diritto penale che appunto dovrebbe avere lo scopo minimo di tutelare la convivenza pacifica dei consociati.

Il reato di omicidio del consenziente, per la sua scarsa o nulla applicazione giurisprudenziale oggi è una chiara espressione del diritto penale simbolico, posto a presidio di un principio - quello dell'indisponibilità della propria vita - e non certo di un bene giuridico concreto. La totale assenza di offensività, nel senso normativo, della condotta posta in essere dal terzo che presta l'aiuto materiale attraverso la somministrazione di un farmaco letale, proprio per il contesto attuale in cui si inserisce, è tale da rendere la condotta non punibile.

riferimento al concetto giuridico di *indisponibilità*<sup>27</sup>, basta leggere le relazioni introduttive al Codice penale del 1930 per comprendere le ragioni effettive che avevano ispirato ed informato tale scelta di politica criminale. La permanenza di queste previsioni nel nostro ordinamento non rende meno colpevole il legislatore attuale che, non essendo intervenuto mai su tali norme, ratifica di fatto la *ratio* di queste incriminazioni. Sembra allora doveroso ricostruire brevemente la genesi di queste disposizioni, anche al fine di chiarire la portata ed eventualmente le aporie che oggi creano con l'assetto costituzionale ed i valori condivisi dalla collettività.

Nello specifico, in relazione all'art. 579 c.p. il consenso non è una causa di esclusione del reato in quanto «*concerne un bene indisponibile*»<sup>28</sup>, con la precisazione che questo avviene proprio «*per quel bene giuridico che concerne l'esistenza fisica delle persone, la cui conservazione rappresenta un prevalente interesse sociale*»<sup>29</sup>. Poiché, dunque «all'individuo non si riconosce la libera disponibilità della propria vita»<sup>30</sup> resta escluso che il consenso del soggetto passivo possa scriminare il reato di omicidio. Ne deriva che «la previsione di cui all'art. 579 c.p. è stata concepita dal legislatore del 1930 per affermare il principio di indisponibilità della vita a prescindere dalla volontà del titolare del bene»<sup>31</sup>. In fondo, ci fanno notare diversi autori come tale impostazione sia assolutamente in linea con la sistematica del codice, nel quale «prevalgono i beni dello Stato rispetto a quelli dell'individuo nel senso della precedenza accordata ai primi rispetto ai secondi per cui è chiaro che anche nella tutela di questi ultimi prevalgono gli interessi meta-individuali rispetto alla dimensione privata del bene»<sup>32</sup>.

Per comprendere a fondo tale scelta e – perché no – provare a capire cosa succederebbe espungendo il reato di omicidio del consenziente dal codice penale, è utile fare un passo indietro, e “riaffacciarsi” sulla codificazione precedente al Codice Rocco, ovvero analizzare la sistematica del Codice Zanardelli del 1899 che – al pari di quello sardo del 1859 – non prevedeva la fattispecie di omicidio del consenziente. In questo codice invero, l'omicidio del consenziente era considerato una forma di omicidio volontario. Se non che, tale equiparazione suscitava difficoltà nella prassi giudiziaria che non

---

<sup>27</sup> P. FLORES D'ARCAIS, *Questione di vita o di morte*, Einaudi, 2019

<sup>28</sup> Relazione del Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco in Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit. par. 661, p. 473

<sup>29</sup> *Ibidem*

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile* in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, cit. pp. 21-235

<sup>32</sup> A. MANNA, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit. p. 41

riusciva ad adattarsi all'idea che al consenso del soggetto passivo<sup>33</sup> non si desse alcuna rilevanza e dunque nel tempo si era cercato, a vario titolo, di trovare attenuazioni fino al punto di assolvere gli imputati in presenza di condotte di omicidio del consenziente<sup>34</sup>. Ed è proprio qui che si innesta la genesi del reato di cui all'art. 579 c.p. che, tipizzando attraverso una fattispecie dedicata, condotte non previste nello specifico dal legislatore precedente, non lascia più margini interpretativi al giudice che si trova dunque costretto a punire ogni condotta di omicidio avvenuto in presenza di un consenso valido che ricade nelle maglie, appunto, dell'art. 579 c.p.. Sono gli stessi lavori preparatori del codice penale a motivare tale scelta in quanto «*il minore grado del dolo e la minore pericolosità del delinquente erano stati così consentiti nella pratica che per superare la inconciliabilità tra le rigide disposizioni del codice vigente e le esigenze della realtà i giudici spesso erano tratti ad inesatte interpretazioni, estensive o analogiche della norma regolatrice del delitto di istigazione o aiuto al suicidio ovvero assoluzioni ispirate al senso di pietà*»<sup>35</sup>.

L'intervento dell'art. 579 c.p. dunque ha la chiara funzione di impedire ogni soluzione assolutoria nei confronti di condotte di omicidio del consenziente a cui la prassi giudiziaria ricorreva per ovviare alla percepita diseguaglianza di trattamento e soprattutto all'assenza di un reale disvalore giuridico della condotta.

Ma proprio in sede di lavori preparatori, nel 1929 si rilevava come «la sfera di operatività dell'art. 579 c.p. risulta assai ridotta dato il complesso dei requisiti necessari all'integrazione della fattispecie in particolare in riferimento alla valutazione in termini di validità del consenso»<sup>36</sup>. E per questo, al fine di discernere tale punto già nel 1929 si erano proposte due diverse soluzioni: ovvero menzionare esplicitamente l'eutanasia nell'art 579 c.p. oppure introdurre un'apposita fattispecie<sup>37</sup>. Alla fine nessuna delle due

---

<sup>33</sup> Il riferimento al "soggetto passivo" rispetto a questa fattispecie di reato stride con il ruolo necessariamente attivo della persona che presta il consenso alla propria uccisione. Infatti, il riferimento alla "passività" è semanticamente connesso all'assenza di consenso della persona che appunto subisce la lesione o la messa in pericolo di un bene giuridico di cui è titolare. In questa fattispecie di reato il consenso deve – secondo giurisprudenza consolidata – tradursi in una richiesta esplicita, libera ed informata che presuppone un ruolo attivo del richiedente.

<sup>34</sup> G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet, 2021

<sup>35</sup> Relazione del Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco in Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit. par. 661, p. 473

<sup>36</sup> Atti della Commissione Parlamentare per il Nuovo Codice penale, 1929, 331

<sup>37</sup> IADECOLA, Eutanasia e sue problematiche giuridiche, in *Giust. pen.*, 1985, I, 189-190

opzioni venne accolta ma la conseguenza di queste scelte fu proprio quella per la quale oggi, a distanza di quasi un secolo dall'emanazione di questa norma, la prassi applicativa risulta quasi inesistente o comunque di scarsissima applicazione pratica, rendendo il reato in oggetto espressione di una tecnica di strutturazione della fattispecie incriminatrice che solleva importanti problemi di costituzionalità in quanto rientra a pieno titolo fra quelle fattispecie per le quali risulta difficile individuare il danno o il pericolo che la condotta arrecherebbe al bene giuridico tutelato<sup>38</sup> in violazione del principio di offensività che dovrebbe caratterizzare un diritto penale laico e liberale.

La storia dell'art. 579 c.p. ci offre dunque il fianco per rispondere agevolmente alle osservazioni sollevate senza che sia necessario fornire particolari interpretazioni o fare previsioni su quello che sarà lo scenario post-referendario: infatti la scarsissima applicazione della norma rivela la necessità di una riforma che favorisca il dominio della persona sul proprio corpo in conformità alla nostra Costituzione, successiva al Codice Rocco.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Un diritto penale laico, "minimo" ed effettivo richiede anche che le tecniche di tutela adottate dal legislatore siano conformi ai principi costituzionali, ed in riferimento a questo principio sono diverse le categorie di reati che presentano profili di problematicità, pensiamo ai reati di sospetto che puniscono una condotta solo perché presumibilmente potrebbe portare ad un'altra condotta, o i reati ostativi che anticipano l'intervento penale prima che la condotta stessa risulti offensiva (il possesso di sostanze stupefacenti), i reati di pericolo presunto e poi i reati c.d. simbolici, ovvero quelle fattispecie che risultano di scarsa o nulla applicazione e che dunque hanno la mera funzione di promuovere un certo valore, affermare un certo principio, contraddicendo la funzione stessa del diritto penale che appunto dovrebbe avere lo scopo minimo di tutelare la convivenza pacifica dei consociati.

Il reato di omicidio del consenziente, per la sua scarsa o nulla applicazione giurisprudenziale oggi è una chiara espressione del diritto penale simbolico, posto a presidio di un principio - quello dell'indisponibilità della propria vita - e non certo di un bene giuridico concreto. La totale assenza di offensività, nel senso normativo, della condotta posta in essere dal terzo che presta l'aiuto materiale attraverso la somministrazione di un farmaco letale, proprio per il contesto attuale in cui si inserisce, è tale da rendere la condotta non punibile.

<sup>39</sup> S. FLORE, in *"Perché non bisogna avere paura degli effetti del referendum e perché l'art. 579, comma 1, c.p. non ha contenuto costituzionalmente vincolato. Analisi alla luce della giurisprudenza penale, costituzionale e della l. 219/2017"* su *Giurisprudenza Penale*, ricostruisce le pochissime vicende che negli ultimi anni hanno visto l'applicazione dell'art. 579 c.p. «Quella di Angelo Billo, marito devoto all'assistenza della propria coniuge, affetta da una malattia incurabile e perennemente costretta a letto, il quale, dando corso alle volontà della stessa e straziato dal vederla continuamente sofferente, la uccide con un colpo di pistola e tenta poi di togliersi la vita, sparandosi a sua volta, perdendo la mandibola, un occhio e il palato. È stato condannato a quattro anni di reclusione ex art. 579 c.p. Lo stesso metodo cruento, il colpo di arma da fuoco, viene utilizzato da Luciano Papini per uccidere suo nipote

L'art. 579 c.p. dunque rappresenta una novità nella nostra tradizione giuridica, non ravvisandosi una previsione analoga né nel codice Zanardelli né nei codici preunitari. Gli effetti sull'ordinamento giuridico dell'art. 579 c.p. sono palesemente restrittivi e non certo di apertura verso qualsiasi forma di

---

appena diciottenne, figlio di suo fratello ma che è per lui come un figlio adottivo, suo unico convivente da anni, affetto da idrocefalo congenito; viene condannato a quattro anni e due mesi di reclusione, da scontare fuori dal carcere. Ancora, per lo stesso delitto viene condannata, a soli tre anni di reclusione, Adriana Longo, colpevole di aver strozzato l'anziana madre, malata di Alzheimer e di tumore all'anca, cieca da un occhio e incontinente, avendo poi tentato il suicidio tagliandosi le vene. Vi sono però situazioni parimenti drammatiche nelle quali il trattamento di favore dell'art. 579 c.p. non è stato riconosciuto per mancanza della prova del consenso.

Il vaglio sulla validità del consenso è infatti estremamente severo: deve essere espresso, univoco e attuale e riguardare non solo la volontà del decesso, ma anche le modalità con le quali l'evento si verifica. È così che una madre che ha accoltellato la figlia, affetta da una grave e rarissima malattia autoimmune che l'avrebbe condotta a breve alla morte con sofferenze sempre maggiori, è stata condannata a 6 anni e 5 mesi per omicidio volontario.

Ma vi è di più. Oltre alla validità del consenso la giurisprudenza sembra richiedere un ulteriore elemento, assente nella formulazione dell'art. 579 c.p.: l'omicidio deve cioè avvenire solo o prevalentemente per motivi di pietà, per motivi altruistici. È vero che spesso, nel caso del colpevole caregiver l'intento egoistico sembra risiedere, di per sé, nel fatto che egli non dovrà più badare al proprio caro, né assistere alle sue sofferenze. Tuttavia, se pure il colpevole consideri queste circostanze, le stesse non debbono determinarlo all'azione; la giurisprudenza, cioè, si richiama nuovamente, stante l'assenza delle "altre ipotesi" di cui riferiva il Guardasigilli, all'omicidio eutanasi, che avviene al solo scopo di alleviare le sofferenze del malato, su richiesta di quest'ultimo.

È così che viene condannato a 9 anni e 4 mesi di reclusione, con le riduzioni del rito abbreviato, il marito che uccide la moglie gravemente malata. Sebbene egli fosse stato descritto da colleghi e vicini come un uomo amorevole ed estremamente devoto alla moglie, non viene raggiunta la prova del consenso di quest'ultima, e viene dato rilievo alla sussistenza di "un parallelo intento [...] di non essere più obbligato ad apprestare l'assistenza continua al coniuge». Alla stessa pena è stato condannato un ottantunenne che ha accoltellato la moglie, non essendosi raggiunta la prova del consenso di lei ed essendo emerso anche un suo intento egoistico, avendo dichiarato di aver agito anche «per disperazione e sfinimento».

In conclusione, dall'analisi della giurisprudenza emergono con estrema drammaticità le conseguenze a cui porta la solitudine nella quale vengono lasciate queste famiglie; inoltre, la situazione di malessere del malato, impossibilitato a morire dignitosamente, si ripercuote non solo sulla sua salute mentale, ma altresì su quella del familiare che, giorno dopo giorno, lo accudisce, il quale, se non ha la fermezza di concordare col primo le modalità del decesso, rischia di incorrere nella condanna per omicidio volontario, nonostante abbia utilizzato metodi indolore. Si riscontra, infine, una giurisprudenza altalenante nelle condanne, talvolta apparentemente influenzata dalle vicende personali delle parti».

omicidio del consenziente in quanto non lasciano spazi di interpretazione al giudice che si trovi di fronte ad omicidi pietosi (i quali nella giurisprudenza sono per altro spesso ricondotti nel comma 2 dell'art. 579 c.p. e dunque puniti ai sensi dell'art. 575 c.p.).

Ciò premesso, l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. non crea un vuoto normativo proprio perché le esigenze di tutela del bene-vita sono pienamente soddisfatte dalla presenza dell'art. 575 c.p. nelle cui maglie ricadranno tutte le condotte di uccisioni violente per le quali si accerti che non vi sia stato un consenso valido. In fondo, «privare della vita qualcuno, con il consenso di lui, diventerebbe una condotta lecita, ma pur sempre necessariamente soggetta (nel caso in cui venisse esercitata l'azione penale) alla valutazione di un giudice, al quale resterebbero a disposizione tutta una serie di istituti giuridici (di natura penale e non) che gli consentirebbero di punire condotte svincolate dal consenso o del tutto ultronee rispetto allo scopo che intende perseguire la legalizzazione dell'eutanasia (*rectius* dell'omicidio del consenziente)»<sup>40</sup>

Un'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. farebbe in parte rivivere l'esperienza giurisprudenziale pre-codicistica con la fondamentale differenza e novità sia dell'evoluzione fisiologica della prassi giudiziaria ma soprattutto del nuovo assetto dell'ordinamento costituzionale che oggi contempla importanti principi e disposizioni ai quali i giudici sarebbero necessariamente chiamati a rifarsi.

Tale nuovo assetto costituzionale include oggi la normativa in tema di consenso informato (legge 219/2017) che positivizza l'art. 32 Cost. e le condizioni previste dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale con riferimento al suicidio assistito, depenalizzato in presenza di alcune circostanze e procedure.

### **3. Rifiuto delle cure, aiuto al suicidio ed eutanasia attiva.**

Alcuni autorevoli autori<sup>41</sup>, hanno recentemente evidenziato, nel trattare la questione del fine vita da una prospettiva penalistica che «Seneca si è ucciso da sé». Il riferimento si inserisce in un quadro per il quale la prospettiva di un'abrogazione referendaria dell'art. 579 c.p. determinerebbe la possibilità che *altri* dispongano – su richiesta dell'interessato – della sua vita, oltrepassando dunque la liceità – della quale chi scrive, alla luce del nostro assetto normativo, non è pienamente convinta – giuridica e morale del suicidio.

---

<sup>40</sup> M. LADU, *Duobus litigantibus, tertius... perit! Il "referendum eutanasia legale" e la disponibilità della vita umana nel quadro costituzionale: la preminenza e decisività del principio personalista.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis

<sup>41</sup> O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, su *Sistema Penale*, Gennaio 2022



A parte il fatto storico, che comunque qui conta poco, per cui Seneca si è ucciso perché fu Nerone a intimarglielo, ritenendolo coinvolto in una congiura a suo danno<sup>42</sup> e dunque il suo suicidio da un punto di vista giuridico oggi verrebbe forse inquadrato nel reato sopravvissuto di cui all'art. 580 c.p., occorre precisare quello che rappresenta il fulcro, forse sottovalutato, del referendum Eutanasia Legale.

Per continuare sul caso Seneca si dice anche che se nessuno oggi si sognerebbe di criminalizzare il gesto suicida di Seneca «*a pochi piacerebbe se altri potesse decidere di farlo per lui. Non sembra insomma auspicabile un mondo penalistico in cui chiunque possa andare in giro a uccidere persone che glielo chiedono*»<sup>43</sup>. Delle due l'una: sono gli altri che *decidono* di farlo per lui o sono le persone (interessate) che glielo *chiedono*? La risposta sembra scontata dal momento che se fossero altri a decidere di un omicidio, saremmo in palese presenza di un omicidio doloso ex art. 575 c.p. Questo referendum, come accennato sopra, nasce proprio per porre fine ad una discriminazione fra malati, che si basa su quello che molti autori continuano a considerare invece il motivo per cui il 579 c.p. dovrebbe sopravvivere così com'è. Dire che Seneca si è ucciso da solo, e dunque non ha coinvolto terzi nella sua uccisione, significa evidenziare un fatto ovvio che non ha bisogno di grandi commenti. Chi può e vuole si suicida. La legge formalmente non lo vieta (anche se poi l'apparato sanitario che spesso si attiva a seguito di un tentativo di suicidio può contribuire a renderlo impraticabile e dunque quasi illecito). Il problema giuridico ma anche sociale nasce quando qualcuno, che in certe condizioni di malattia voglia porre fine alle sofferenze ma non abbia la possibilità materiale di farlo sia costretto a chiedere aiuto a terzi. Non si tratta solo di scelte, che pure sarebbero legittime, bensì di impossibilità materiale, spesso dovuta proprio a quella malattia irreversibile che cagiona sofferenze intollerabili e che contestualmente impedisce qualsiasi movimento anche minimo al richiedente. Molto frequentemente proprio chi non sopporta più la sua vita alle dipendenze di altri, per tutto ciò che riguarda la sua quotidianità è costretto a chiedere – più che ad acconsentire – ad altri di aiutarlo a morire. Allora, per rispondere ad alcune affermazioni, forse frutto di errori prospettici,

---

<sup>42</sup> Un privilegio concesso in virtù della lunga conoscenza tra i due personaggi (Seneca fu precettore di Nerone). Evidentemente se Seneca avesse rifiutato sarebbe stato comunque ucciso, quindi preferì semplicemente darsi la morte per conto proprio, prevenendo la brutalità di un'uccisione. E anche qui non dimostrò coerenza col proprio pensiero. Nell'Epistola 70 scriveva: «E' una follia morire per la paura della morte. Ecco, sta per venire chi ha l'incarico di ucciderti: aspettalo. Perché prevenirlo? Perché ti assumi la curatela di un atto crudele che spetta a un altro? Sei geloso del tuo carnefice o provi compassione per lui?».

<sup>43</sup> O. DI GIOVINE, Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale, su Sistema Penale, 2022

per cui mantenere il 579 c.p. rappresenterebbe quasi una dissuasione al suicidio, occorre constatare che l'effetto, invece, è quello di diventare una intollerabile discriminazione per quelle persone che pur essendo molto determinate e lucide non sono nelle condizioni fisiche di farlo.

Questo aiuto che determina direttamente la morte, in cosa differisce rispetto all'aiuto che oggi tutti considerano *ovviamente* giusto e che è stato depenalizzato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242/2019 e che è riconosciuto da una legge dello Sato attraverso l'interruzione di trattamenti sanitari?

Attualmente nel nostro Paese il fine vita è un percorso frammentario in quanto oggetto di previsioni disorganiche ed interventi giurisprudenziali derivanti da casi concreti che a partire da Piergiorgio Welby hanno, passo dopo passo, introdotto diritti e affermato libertà. La conquista progressiva di diritti attraverso mobilitazioni, disobbedienze civili e battaglie nei tribunali ha segnato una grande evoluzione delle libertà fondamentali alla fine della vita, che se avessero dovuto attendere i tempi del potere legislativo sarebbero attualmente ancora ostaggio del Parlamento e del suo immobilismo. Questa frammentarietà dovuta appunto a battaglie specifiche e ai c.d. contenziosi strategici<sup>44</sup>, finalizzati a conquistare diritti specifici e contingenti, in assenza di normative organiche produce inevitabilmente discriminazioni penalizzando malati che non rientrano nelle singole decisioni o previsioni di legge, ai quali è preclusa la possibilità di scegliere come e quando morire.

### 3.1 "Uccidere" e "lasciar morire".

In una recente relazione, nell'ambito dell'*Amicus Curiae* organizzato dall'Università di Ferrara, il Prof. Romboli, dopo un'attenta e doverosa analisi delle fasi che ad oggi hanno disegnato la strada del fine vita, ritiene che se relativamente alla legge n. 219/2017 l'idea di fondo è da rinvenire nell'art. 32 della Costituzione in tema di rifiuto delle cure, completamente «diversa la situazione con riguardo al più recente, caso Cappato, dove l'ipotesi in considerazione era quella dell'aiuto al suicidio per cui (...) il fondamento costituzionale non può essere visto 4 nell'art. 32, comma 2, dal momento che

---

44 «Il contenzioso strategico in materia di diritti fondamentali ha l'obiettivo, attraverso l'azione legale, di colmare le lacune nella legislazione esistente e determinare cambiamenti politico-sociali che vadano al di là del singolo caso in esame. Questa strategia aiuta a portare l'attenzione dell'opinione pubblica e soprattutto dei decisori politici su particolari casi di ingiustizia o di violazione dei diritti umani, facendo pressione perché politiche, leggi o pratiche vengano, a seconda dei casi, introdotte, annullate o modificate. Molte organizzazioni della società civile hanno iniziato ad adottare questa strategia, grazie alla quale sono riuscite a ottenere importanti risultati sul piano politico», su: Luisa Chiodi, Fazila Mat, Serena Epis, La società civile italiana: da bersaglio ad antidoto alla crisi della democrazia? Osservatorio Balcani Caucaso Transeuropa, disponibile su questo link [https://cild.eu/wp-content/uploads/2021/12/OBCT\\_ReportCivitates.pdf](https://cild.eu/wp-content/uploads/2021/12/OBCT_ReportCivitates.pdf)

a venire in considerazione non era il rifiuto di un trattamento sanitario, ma l'aiuto prestato per giungere all'autonoma assunzione di un farmaco che conduce alla morte».

Come spesso accade nella giurisprudenza<sup>45</sup>, dunque, la base teorica per la distinzione tra uccidere e lasciar morire è la asimmetria morale fra agire ed omettere. Ma occorre fare delle osservazioni.

Innanzitutto, è noto che il diritto non accetta un criterio naturalistico di distinzione tra azioni ed omissioni, e propende piuttosto per un criterio normativo. L'omissione è qualificata in relazione ad una norma che obbliga ad agire e dunque corrisponde con l'azione ritenuta doverosa ma omessa.

Il fatto che vi sia una differenza fra uccidere e lasciar morire sembrerebbe in prima battuta smentita dalla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p. per cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo. Ma, nel contesto che ci interessa, è ormai acquisito che il rifiuto delle cure da parte del paziente esclude l'omicidio. Allora, partendo da questo dato, la liceità dell'interruzione delle cure non sta nella natura della condotta, se attiva od omissiva, dal momento che sotto questo profilo normativamente sono *equivalenti*, quanto piuttosto nel *consenso* del paziente.

Nelle sentenze citate e nel linguaggio comunemente adottato in tema di eutanasia, si ripete che altro è provocare la morte del paziente somministrandogli qualcosa, altro è invece lasciarlo morire. Ma se l'astensione viene intesa come un non intervento in caso di bisogno (ad esempio il medico che omette di ricollegare un sondino dell'alimentazione che si stacca autonomamente) allora in questa prospettiva la differenza in relazione all'efficacia causale dell'omissione rispetto all'azione è davvero inesistente. Perché la condotta del "distacco del sondino" dovrebbe essere diversa rispetto al "ricollegamento del sondino"?<sup>46</sup>

Allora occorre necessariamente, per dare una risposta concreta al tema della sofferenza umana durante la malattia e l'arbitrio della persona sulla propria vita e sulla propria morte, abbandonare il criterio della condotta attiva contro quella passiva, tale per cui solo la seconda sarebbe lecita in virtù di un diverso disvalore, legato esclusivamente ad una prospettiva materialistica e non di certo di efficacia causale della condotta. Allora, per decidere se un atto è giuridicamente lecito occorre conoscere qualcosa di più come il *consenso* del paziente, i *motivi* dell'atto, le *conseguenze* dell'atto stesso. Ma se allora il consenso del paziente è il fondamento della liceità della condotta perché

---

<sup>45</sup> Cass, 29 maggio 2002 n. 26446, in *Cass. Pen.* 2003, 2659; Cass. 23 gennaio 2008, n. 16375, in *Rep. Foro it.*, 2009

<sup>46</sup> G. CRICENTI, *Il concetto di eutanasia* in *La Corte costituzionale ed il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato*, a cura di O. DI GIOVINE e G. D'ALESSANDRO

questo dovrebbe avere un diverso rilievo a seconda che la condotta acconsentita sia attiva o omissiva?

Se il fondamento è la liceità del consenso, perché la condotta di chi somministra un farmaco dovrebbe essere diversa rispetto a quella di chi interrompe una terapia? Non solo in entrambi i casi l'intenzione è la medesima ma anche la preferenza del paziente è la stessa ed infine, circostanza fondamentale per il diritto, anche l'evento è lo stesso.

In fondo, quando il disvalore è incentrato sull'evento, piuttosto che sulla condotta, come accade nell'omicidio che è un reato appunto a forma libera, l'art. 40 c.p. equipara azione ed omissione per via del fatto che se entrambe portano alla stessa conseguenza non vi è ragione di un diverso trattamento. Ciò che conta è l'evento non la condotta.

Il dibattito sulle differenze morali prima e giuridiche poi fra il lecito lasciar morire e l'illecito aiutare a morire ha costituito oggetto di riflessioni anche a livello internazionale<sup>47</sup> e nazionale<sup>48</sup> e proprio sulla scorta di questo dibattito si inserisce l'intervento della Corte costituzionale che apre spazi di liceità penale all'aiuto al suicidio, questo anche a conferma del fatto che rispetto a questi temi la «Corte costituzionale mostra una crescente volontà di ascolto dei bisogni e delle richieste provenienti dalla società o da soggetti istituzionali che rappresentano interessi dei cittadini e a tal fine va adeguando i suoi regolamenti e le sue procedure operative»<sup>49</sup>.

### 3.2 Rifiuto delle cure.

Sembra utile, al fine di inquadrare correttamente contesto e finalità della proposta referendaria, illustrare brevemente cosa oggi è lecito fare in Italia rispetto, appunto, alle scelte di fine vita. Infatti, come illustrato nei precedenti paragrafi, a partire dalla giurisprudenza di merito, fino ad arrivare a quella di legittimità e per finire a quella costituzionale, nel tempo, anche in funzione dell'evoluzione della tecnologia medica e della scienza, si sono aperte strade alla *consentibilità* della propria vita e della propria morte. I casi di Piergiorgio Welby e Fabiano Antoniani sono tutt'oggi le pietre miliari di passaggi importanti delle libertà fondamentali del fine vita. Infatti, «la rilevanza penale delle questioni di fine vita si è progressivamente fatta largo tra le maglie di uno spazio libero dal diritto»<sup>50</sup> nonostante, a oltre 15 anni di distanza da

---

<sup>47</sup> R.DWORKING, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it. Milano, 1994

<sup>48</sup> S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006

<sup>49</sup> G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?* In *La Corte costituzionale ed il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato*, a cura di O. DI GIOVINE e G. D'ALESSANDRO

<sup>50</sup> A. MASSARO, *La Corte costituzionale di fronte al caso Cappato: il sasso del suicidio assistito è lanciato, ma quanto lontano potrà arrivare?* In *La Corte costituzionale ed*

quelle storie, il legislatore risulta ancora latitante. Se Piergiorgio Welby era completamente dipendente dal respiratore artificiale il cui distacco avrebbe cagionato una morte indolore, per Fabiano Antoniani il distacco dal respiratore avrebbe sì determinato la sua morte ma solo dopo una lunga agonia protratta diversi giorni che il paziente non era disposto ad accettare anche e soprattutto per la tutela della sua famiglia: da qui la scelta di scegliere il suicidio assistito in Svizzera con l'aiuto di Marco Cappato.

Queste due storie segnano dei passaggi giuridici fondamentali, uno per quando riguarda la condotta del "distacco della macchina" imputata a Mario Riccio, medico anestesista che aiutò appunto Piergiorgio Welby e che venne ricondotta nelle maglie dell'art. 579 c.p.. In sede processuale la condotta di Riccio venne ritenuta idonea ad integrare tutti gli elementi formali della fattispecie di omicidio del consenziente ma poi scriminata per l'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p.<sup>51</sup>

La storia di Welby ed il relativo procedimento a carico di Mario Riccio hanno trovato – 11 anni più tardi – riconoscimento a livello legislativo nella legge n. 219/2017 in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

### 3.3 Aiuto al suicidio.

L'art. 580 c.p. punendo oltre all'istigazione e alla determinazione anche l'agevolazione, in qualsiasi forma, dell'altrui suicidio ha – nella storia del diritto – rappresentato l'ostacolo maggiore ad ogni possibilità di legalizzazione dell'aiuto al suicidio in quanto la formulazione del fatto tipico, a parte qualche tentativo della giurisprudenza di offrire interpretazioni molto orientate al principio costituzionale dell'autodeterminazione<sup>52</sup>, non lascia spazio a dubbi: la norma infatti punisce *qualsiasi* condotta di agevolazione del suicidio. Già alla fine dell'Ottocento, infatti, quando nel Codice Zanardelli si puniva la *partecipazione all'altrui suicidio* Enrico Ferri, faceva notare come

---

il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato, a cura di O. DI GIOVINE e G. D'ALESSANDRO.

<sup>51</sup> Trib. Roma, 23 Luglio 2007, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59 ss., con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. In argomento v. anche M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 1791 ss.; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino 2009, 9 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, 25 ss.

<sup>52</sup> Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, richiesta di archiviazione nell'ambito della vicenda Cappato-Dj Fabo, 2 maggio 2017

«o il suicidio è giuridicamente illecito e dannoso e allora punitelo, consumato o tentato; o lo considerate per una od altra ragione poco importa un atto giuridicamente lecito ed allora non si può punire altri pel sol fatto di prendere parte (senza motivi antiggiuridici) ad un illecito»<sup>53</sup>. Ferri inquadrava perfettamente un problema di cui a distanza di decenni stiamo ancora discutendo: ovvero l'incriminazione di una condotta priva di antiggiuridicità. Se infatti la tipicità o la conformità ad una fattispecie di reato fornisce un indizio del carattere antiggiuridico del fatto l'esame dell'antigiuridicità rappresenta il momento di "prova" o conferma del carattere illecito del fatto tipico. Questo comporta che il giudizio di antiggiuridicità necessario al fine di valutare se una condotta costituisca o meno un reato, deve essere effettuato alla luce dell'intero ordinamento giuridico. In alcuni casi, infatti, il fatto presumibilmente antiggiuridico in quanto penalmente tipico risulta giustificato o consentito in base ad una valutazione effettuata alla stregua non del solo sistema penale ma dell'intero ordinamento giuridico, in virtù del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico<sup>54</sup>.

L'obiezione principale, dunque, emersa nel tempo soprattutto dalla dottrina penalistica ritiene «inammissibile punire chi aiuta taluno a compiere legittimamente un atto di libertà»<sup>55</sup>. Invero muovendo proprio da tale evidente aporia altri autori giungono alla conclusione opposta per cui il suicidio, «non rappresenta un fatto giuridicamente "tollerato" ancorché "disapprovato", ed il suicidio appartiene in realtà alla sfera dell'illecito»<sup>56</sup>.

L'art. 580 c.p. ha subito un'importante modifica in occasione del processo a Marco Cappato per aver aiutato Fabiano Antoniani a recarsi in Svizzera per accedere alla morte volontaria.

La storia di Fabiano Antoniani rappresenta oggi forse la conquista più grande mai ottenuta in tema di libertà fondamentali attraverso una disobbedienza civile ed il relativo procedimento che ha portato alla declaratoria di incostituzionalità di una norma del 1930. In quel caso la Corte d'Assise di Milano ha escluso la responsabilità penale di Marco Cappato relativamente all'aiuto morale al suicidio in quanto si era ampiamente dimostrato in sede

---

<sup>53</sup> E. FERRI, *L'omicida nella psicologia e nella psicopatologia criminale. L'omicidio-suicidio*.

<sup>54</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Quinta edizione, Zanichelli, 2011. L'esempio emblematico dell'ufficiale giudiziario che esegua un pignoramento, da un punto di vista meramente formale commette un fatto conforme al delitto di furto in quanto sottrae al proprietario la cosa pignorata. Ma quello non è un furto punibile perché esiste una disposizione del codice di procedura civile che lo obbliga a compiere quell'atto. Questa circostanza, che si desume dall'intero ordinamento giuridico, rende quella condotta lecita, anzi necessaria.

<sup>55</sup> V. ZAGREBESKY, *L'aiuto al suicidio non può essere reato ma va rispettata la scelta del governo*, *La Repubblica*, 4 aprile 2018, intervista di L. MILELLA

<sup>56</sup> T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. relazione per Amicus Curiae*, *Nuovi Seminari Preventivi Ferraresi*

di istruttoria che Cappato era entrato in contatto con Fabiano Antoniani quando questo aveva già maturato l'idea di porre fine alle sue sofferenze, a seguito di un lungo percorso che lo aveva portato, grazie alla tenacia della sua fidanzata Valeria Imbrogno, addirittura in India per tentare una cura con le cellule staminali<sup>57</sup>. A seguito dell'ennesimo fallimento di terapie e cure sperimentali Fabiano si era determinato a prendere contatti con Dignitas, pagando addirittura la quota associativa.

Per Cappato restava però un profilo di rilevanza penale sul piano dell'aiuto materiale al suicidio che era stato l'oggetto stesso della disobbedienza civile proprio al fine di far dichiarare incostituzionale la norma che punisce fino a 12 anni di reclusione "chiunque (...) agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione" di un suicidio. Ad avviso dei giudici milanesi la rilevanza penale dell'art 580 c.p. relativamente al mero aiuto materiale si poneva in contrasto con la Costituzione. E per questi motivi sollevava una eccezione di incostituzionalità dell'art. 580 cod.pen. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio, a prescindere dal loro contributo alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicidario, per contrasto con gli artt. 3, 13 co.2, 25 co.2, 27 co.3 Cost. che individuano la ragionevolezza della sanzione in funzione dell'offensività della condotta accertata. La Corte costituzionale, prima con l'ordinanza n. 207/2018 con cui disponeva il rinvio del giudizio all'anno successivo per consentire un intervento del Parlamento che adeguasse la risposta dell'ordinamento alle indicazioni provenienti dal quadro costituzionale, poi con la sentenza n. 242/2019 interviene sul reato di aiuto al suicidio dichiarandolo «parzialmente illegittimo nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017 agevola l'esecuzione del proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del SSN, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>58</sup>.

Rispetto a questa storica conquista di libertà, occorre rilevare come, il diritto sancito dalla Corte costituzionale ad accedere alla verifica delle condizioni delineate dalla sentenza da parte di una struttura del servizio sanitario nazionale oggi fatica ad essere applicato nel nostro Paese. Nell'ultimo anno, infatti, sono state rese note le storie di due giovani uomini marchigiani, entrambi tetraplegici a seguito di un incidente stradale che, consapevoli del nuovo diritto introdotto a seguito del caso Cappato-Antoniani hanno inoltrato una richiesta alla propria azienda sanitaria di appartenenza

<sup>57</sup> V. IMBROGNO E S. VOGLINO LEVY: Prometto di perderti. Io, Dj Fabo, e la vita più bella del mondo. Baldini + Castaldi, 2018

<sup>58</sup> PQM, Corte costituzionale, 25 settembre 2019, n. 242

chiedendo di accedere al percorso di verifica delle condizioni mediche stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale. A seguito di dinieghi privi di adeguate motivazioni, i due marchigiani hanno deciso di procedere legalmente per far sì che un diritto riconosciuto dallo Stato venisse non solo proclamato ma anche applicato<sup>59</sup>.

### 3.4 Eutanasia attiva.

Quando la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207/2018 aveva delineato la traiettoria sulla quale auspicabilmente si sarebbe potuto muovere il Parlamento, dando a quest'ultimo un anno di tempo per legiferare in materia di suicidio assistito, era partita dalla presa d'atto che in un ordinamento in cui vige il principio del rifiuto delle cure attraverso un percorso normativamente delineato (dalla legge 219/2017), l'introduzione di un ambito di ammissibilità dell'aiuto al suicidio costituirebbe semplicemente il rimedio ad un'incoerenza interna, incostituzionale, della legge 219/2017<sup>60</sup>. E se per qualcuno «si presenta come compiuto un passo che il legislatore non ha affatto inteso compiere»<sup>61</sup> e che dunque l'argomentazione proposta dall'ordinanza implicherebbe un giudizio di incostituzionalità della legge 219/2017, si ritiene che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale abbia inteso colmare con un giudizio di parziale incostituzionalità una norma del 1930 che invece cozza con tale legge, proprio perché pur partendo da una situazione innegabilmente comune si finisce per trattare situazioni simili in modo assolutamente diseguale. E questa discriminazione rappresenta proprio la stessa motivazione che ha ispirato l'urgenza di un referendum

---

<sup>59</sup> Chi scrive è co-difensore di entrambi i malati che da oltre un anno attendono che il loro diritto venga applicato dalle istituzioni di uno Stato che questo diritto ha sancito. Le azioni giudiziarie sono state tante, ed hanno incluso anche lettere di diffida al Governo italiano affinché attivasse i suoi poteri sostitutivi ex art. 120 della Costituzione. Nonostante i Tribunali abbiano, con una doppia pronuncia ordinato alle Asl competenti di procedere senza ritardo alla verifica delle condizioni dei malati e all'individuazione del farmaco idoneo ad oggi siamo ancora in attesa di risposte. Per approfondimenti: la [storia di Mario](#) e [quella di Antonio](#).

<sup>60</sup> Così infatti l'ordinanza: «Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

<sup>61</sup> L. EUSEBI, Regole di fine vita e poteri dello Stato, in Il caso Cappato, riflessioni a margine dell'ordinanza 207/2018, a cura di F.S. MARINI e C. CUPELLI.



sull'eutanasia attiva. Se fra i banchi del Parlamento e forse, spesso, nelle aule universitarie, l'urgenza del malato non si avverte, in altri ambiti, come quello medico, quello delle società civili che mantengono un contatto diretto con la sofferenza dei malati e delle loro famiglie, la barriera di discriminazione che si è venuta a creare nel tempo ha reso le cose ancora più evidentemente insopportabili. Ricordo un intervento del 2006 del Prof. Cadoppi che, invitato a parlare proprio di fine vita ed eutanasia, spese alcuni minuti proprio sulla riflessione extragiuridica per la quale spesso lo studioso di diritto è scollato, o comunque non del tutto al corrente dell'umanità e degli aspetti intimi che caratterizzano percorsi di fine vita, tanto che ammirava la scelta di un collega portoghese che accingendosi a scrivere un importante lavoro sul tema dell'eutanasia aveva deciso di trascorrere circa un mese in un reparto di oncologia per rendersi conto personalmente delle realtà di fine vita.

Ecco partendo da questa ammirevole ammissione, l'impressione che si ha, è proprio quella di una certa sottovalutazione dell'esigenza che i malati, trovandosi in certe condizioni, possano ugualmente accedere alla morte medicalmente assistita, senza distinzioni basate su caratteristiche fortuite della malattia come ad esempio la dipendenza da un trattamento vitale o la possibilità materiale di potersi autosomministrare il farmaco letale. Tutte queste distinzioni spesso incomprensibili agli occhi di un malato e della sua famiglia oggi sono tali da marcare il confine fra liceità (accesso alla morte assistita se il malato si autosomministra il farmaco) ed illiceità (diniego assoluto se il malato non ha la possibilità di autosomministrarsi il farmaco o se non dipende da trattamenti vitali). Alla luce delle evoluzioni normative e dei relativi adeguamenti intervenuti ad opera dei tribunali nonché della Corte costituzionale, i residui normativi che oggi rappresentano le principali barriere alla fruizione di un diritto all'autodeterminazione rispetto alle scelte di fine vita, necessitano di essere espunti dall'ordinamento al fine primario di ripristinare la Costituzione.

Nel caso dell'eutanasia attiva, la possibilità di giungere ad una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 579 c.p. che rappresenta l'ostacolo normativo alla sua ammissibilità è molto difficile da ottenere attraverso il ricorso ai c.d. contenziosi strategici in quanto si tratterebbe di coinvolgere medici che attivamente aiutino un malato con la somministrazione di un farmaco rischiando però, oltre alla reclusione, la radiazione dall'ordine dei medici.

Il concetto di eutanasia attiva, ovvero l'eutanasia ottenuta attraverso la somministrazione di un farmaco letale, se agli occhi dell'opinione pubblica è ormai evidentemente un fatto accettato anche in virtù delle evidenze sul suo ricorso clandestino e sul contatto che con il tema del fine vita la maggior parte delle persone direttamente o indirettamente ha avuto, da un punto di vista giuridico-politico presenta ancora alcune resistenze che si traducono purtroppo in un immobilismo del Parlamento.

#### 4. Autodeterminazione al cospetto del diritto penale.

In questi mesi di studio delle argomentazioni giuridiche sul referendum relativo all'art. 579 c.p. si è profilata una propensione conservatrice dei penalisti<sup>62</sup>, che forse, per deformazione professionale, anziché concentrarsi sulle ragioni dell'ammissibilità, che rappresenta lo snodo attualmente in discussione per la prosecuzione della campagna referendaria, si spingono in modo più immediato a valutare gli effetti della disciplina di risulta nell'ordinamento giuridico. Il problema del penalista, a quanto pare, non risiede nell'accettare come vigente e forse dominante, il principio dell'autodeterminazione, al quale non sarebbe molto in voga opporsi, bensì nella direi paternalistica preoccupazione verso quei terzi che ipoteticamente si spingessero ad aiutare una persona che ne faccia richiesta, a morire. Questi *terzi* sono il fulcro delle preoccupazioni penalistiche, in virtù del fatto che «rientrano nella competenza di Cesare problemi di disciplina di rapporti fra persone»<sup>63</sup>. Si è detto di come il referendum possa, attraverso la parziale abrogazione dell'art. 579 c.p. sancire definitivamente il principio di disponibilità della nostra vita a discapito dell'opposto principio di matrice fascista per il quale non si può disporre della *propria* vita, né ricorrendo all'aiuto esterno di un terzo (art. 580 c.p.) né chiedendo ad un terzo di cagionare direttamente la morte (art. 579 c.p.) con la paradossale conseguenza, per inserire una nota poco tecnica ma efficace, che una violenza sessuale viene punita meno gravemente di una richiesta consapevole e libera di aiuto a morire. Invero, si è anche detto che il principio dell'indisponibilità sia stato a più riprese scardinato dalla giurisprudenza e dalla legislazione in tema di rifiuto ed interruzione delle terapie. Da un punto di vista strettamente penalistico, le maggiori perplessità sollevate risiedono però, non tanto nel concetto di autodeterminazione e disponibilità della propria vita, che pare essere principio ormai quasi unanimemente condiviso, quanto piuttosto nel ruolo che il terzo avrebbe nella causazione dell'evento morte, in quanto una «richiesta di aiuto al suicidio, o di eutanasia, implica come risposta una determinazione di altri»<sup>64</sup>. Secondo una certa impostazione, dunque, «per inquadrare problemi che hanno a che fare anche con attività di altre persone, la prospettiva dell'autodeterminazione non è sufficiente. Una richiesta di aiuto al suicidio, o di eutanasia, chiede come

---

<sup>62</sup> Si veda: D. PULITANO', *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. a proposito di un referendum abrogativo*, M. ROMANO, *Eutanasia legale e Referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, O. DI GIOVINE, *Brevi note in tema di referendum c.d. sull'Eutanasia legale*.

<sup>63</sup> D.PULITANO', *Di fronte al suicidio: Fra principi costituzionali e politica legislativa*, in *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'ALESSANRO e O. DI GIOVINE, Giappichelli, 2020

<sup>64</sup> D. PULITANO', *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. a proposito di un referendum abrogativo*, su *Sistema Penale*, ottobre 2021

risposta una determinazione di altri. Ed è la decisione dell'altro, il destinatario della richiesta d'aiuto, l'oggetto delle norme che incriminano l'aiuto al suicidio e/o l'eutanasia a richiesta»<sup>65</sup>. Bene, questa premessa rappresenta sicuramente una verità giuridica incontrovertibile, ovvero l'oggetto dell'incriminazione delle norme è costituito dalla condotta del soggetto agente che presta l'aiuto al suicidio o cagiona direttamente la morte di chi ne fa richiesta. Detto questo, l'evoluzione sociale, ma anche quella medica e tecnologica impongono di fare un passo avanti, anche alla luce di ciò che avviene nella quotidianità in condizioni clandestine. Si tratta di riconoscere al consenso valido la capacità di scriminare una condotta alla stregua di ciò che avviene per tutti gli altri reati. Infatti, «la rilevanza assegnata all'assenza di un valido consenso, nella tipizzazione di fatti illeciti, rispecchia un modello di convivenza fondato sulle libertà: libertà generale di autodeterminazione (offesa dal delitto di violenza privata), libertà sessuale, libertà nella partecipazione al traffico giuridico sulla base di una volontà non viziata. Nei casi in cui l'assenza di consenso è costitutiva del tipo d'illecito, *volenti non fit iniuria* è davvero una regola generale e incondizionata»<sup>66</sup>. Laddove non vi sia un consenso valido la legge riconosce la sussistenza di un reato, in quanto la persona avente diritto non fornisce il suo consenso al trattamento di quel bene giuridico che gli appartiene. Tutto ciò è escluso categoricamente per ciò che riguarda il bene vita. E questo avviene perché il legislatore del 1930 non riconosceva il bene vita come appartenente esclusivamente alla persona, da qui l'indisponibilità di un bene che non appartiene totalmente all'avente diritto.

Poiché l'assetto costituzionale attuale non mette più – si spera – in discussione la centralità della persona rispetto al rapporto con la *propria* vita, tale mutamento di prospettiva non può essere ignorato dal legislatore, a cui si impone di adattare, per una questione di gerarchia delle fonti, il codice penale alla Costituzione. In fondo tale passo è stato già compiuto quando si è positivizzato l'art. 32 della Costituzione attraverso la legge 219/2017 che oggi consente a chiunque di rifiutare o sospendere una terapia *addirittura* a prescindere dal tipo di patologia.

Se è vero che la delicatezza del bene oggetto di tutela è tale da richiedere uno scrutinio particolarmente attento sulla validità del consenso in sede processuale, ciò non può costituire un divieto assoluto di decidere sulla propria vita.

---

<sup>65</sup> D. PULITANO', *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. a proposito di un referendum abrogativo*, su Sistema Penale, ottobre 2021

<sup>66</sup> D. PULITANO', *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. a proposito di un referendum abrogativo*, su Sistema Penale, ottobre 2021

## 5. Conclusioni: Referendum in materia penale e obiettivi politici.

In conclusione, una breve riflessione sul valore dello strumento referendario in materia penalistica. Da un punto di vista delle fonti normative in materia penale l'ammissibilità di questo referendum dovrebbe trovare un ulteriore motivo di conferma: come noto, le norme penali sono presidiate dalla riserva di legge sancita dall'art. 25 c. 2 Cost., che conferisce esclusivamente al legislatore la facoltà di decidere in materia. Addirittura, secondo una c.d. concezione formalistica, che enfatizza il fondamento politico alla base dell'istituto, solo la norma derivante da un procedimento parlamentare garantisce un grado di rappresentatività sufficientemente elevato da consentire l'intervento dello Stato nella sfera della libertà individuale del cittadino. In questo senso, le limitazioni alla libertà sancite dal Parlamento sarebbero legittimate proprio in quanto deliberate dai soggetti che ne sono titolari a mezzo dei loro rappresentanti, divenendo così la legge ordinaria la fonte privilegiata in quanto effettivo strumento di autogoverno della collettività e quindi supremo mezzo di tutela della libertà.

Gli atti aventi forza di legge che invece non sono riconducibili a tale procedimento, ovvero quelli derivanti dall'esecutivo (come i decreti legge) sono espressione di una forza di maggioranza che non garantisce una effettiva rappresentatività, necessaria in una materia come quella penale che incide sulla libertà personale. Per contro, per il referendum abrogativo ci troviamo davanti ad una fonte del diritto caratterizzata da un'iniziativa di matrice minoritaria – tanto che il *quorum* rappresenta proprio un modo per evitare che le iniziative di una minoranza possano avere effetti sulla collettività<sup>67</sup> – e da un procedimento a democrazia diretta, che è evidentemente caratterizzato da livelli di rappresentatività anche maggiori rispetto al Parlamento. Ne deriva che, anche con più volte ribadito dalla Corte costituzionale legislazione referendaria costituisce una fonte di diritto penale.

Il Prof. Musco nel suo saggio *l'Illusione Penalistica* prospettava la necessità che le leggi penali fossero approvate non con una maggioranza semplice bensì con la maggioranza dei  $\frac{2}{3}$  parlamentari proprio perché questa operazione politica garantirebbe un confronto parlamentare alto non

---

<sup>67</sup> La ratio della previsione di un quorum strutturale o di partecipazione viene tendenzialmente individuata nel timore dei costituenti di abrogazioni referendarie da parte di minoranze esigue di cittadini: cfr. M. RUOTOLO, *Referendum in materia elettorale e unitarietà della volontà popolare*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, cit., 247 ss.; C. DE FIORES, *Pregi e virtù del quorum di partecipazione nel referendum abrogativo*, in *Pol. dir.*, 2000, 467 ss.; G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, 2001, 68 ss., la quale osserva, altresì, che la previsione di un quorum così elevato pone le premesse per una «sterilizzazione» del referendum, dando anche una impropria rilevanza all'ambiguo fenomeno dell'astensionismo.



dominato dai rapporti numerici di forza ma dalla razionalità e dalla forza delle argomentazioni<sup>68</sup>.

Allora se questa è l'esigenza nei confronti del diritto penale, lo strumento referendario appare davvero il *non plus ultra* della democraticità, del consenso necessario ad orientare le scelte di politica criminale, soprattutto a fronte delle ormai evidenti inadempienze parlamentari.

---

<sup>68</sup> E. MUSCO, L'illusione penalistica, Giuffrè, 2004