

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2021

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

LE PROBLEMATICHE DEL FINE VITA TRA ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE E PROPOSTA DI REFERENDUM ABROGATIVO

di Roberto Bartoli

La proposta referendaria di abrogare l'omicidio del consenziente si ispira a una concezione individualistica che va ben oltre la strada tracciata dalla Corte costituzionale, basata invece su una prospettiva solidaristica e quindi sulla malattia irreversibile e sul sostegno vitale. Si profila un nuovo innalzamento della tensione destinato a mettere in una certa difficoltà la stessa Corte costituzionale, che non senza qualche forzatura argomentativa, aveva comunque trovato un punto di equilibrio tra le diverse prospettive giuridico-culturali. L'Autore prova a individuare "pragmaticamente" un tema centrale per le questioni di fine vita sul quale si potrebbe trovare una convergenza orientata alla valorizzazione della persona: la procedura di acquisizione/verifica della effettività dell'autodeterminazione nella richiesta di aiuto a morire.

SOMMARIO: 1. Fine vita: un tema squassato da fortissime e inevitabili tensioni. – 2. La fenomenologia del fine vita. – 3. Alcuni punti fermi, forse addirittura inamovibili, dal costituzionalismo. – 4. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista. – 5. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista. – 5.1. La legge n. 219/2017 sulle disposizioni anticipate: la tutela della libertà personale contro prevaricazioni. – 5.2. L'ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'aiuto al suicidio: la concezione causalista stoppata dalla Corte costituzionale. – 5.3. Il codice Rocco: la concezione statalista. – 5.4. L'orientamento della Corte costituzionale: la concezione solidarista fondata sulla vulnerabilità. – 5.5. La proposta di referendum abrogativo: la concezione individualista. – 6. Il vero nodo delle problematiche del fine vita: il controllo "esterno" e preventivo sull'autenticità dell'autodeterminazione. – 7. Verso una coincidenza tra personalismo e individualismo/solidarismo?

1. Fine vita: un tema squassato da fortissime e inevitabili tensioni.

Il tema del fine vita apre alla questione del rapporto tra l'uomo e la morte in una prospettiva peculiarissima. Da un lato, la morte viene in gioco nella sua assoluta concretezza e nella sua relazione più intima che ciascuna persona ha con questo evento. Quando si pensa al fine vita, si tende a proiettare la propria visione su quel particolare momento più di quanto accada per tutti gli altri accadimenti "infelici", anche perché il coinvolgimento è necessariamente massimo, non foss'altro per la circostanza che la morte è l'esperienza più estrema alla quale noi tutti siamo destinati.

Dall'altro lato, la morte viene in gioco in termini – per così dire – vitali. Può sembrare un paradosso, ma non lo è. Il fine vita riguarda, infatti, in buona sostanza, il modo di vivere la morte. Pensare al fine vita è pensare alla morte dalla prospettiva della

vita, è pensare a come vivere la propria morte nella forma più espressiva della propria persona.

Non c'è da meravigliarsi quindi se rispetto a questo tema così delicato si venga a creare una fortissima tensione, se non addirittura vere e proprie contrapposizioni. Considerato il particolare oggetto della riflessione, è inevitabile che su di esso si riversino visioni etiche, filosofiche, politiche, in un intreccio complesso e difficile da districare. Si tratta di una tensione ineliminabile e che, nonostante periodi di calma apparente, sarà sempre destinata a riaccendersi. L'unica novità nel dibattito odierno è offerta dal Costituzionalismo che nella sostanza ha posto sicuramente un punto fermo al quale accenno subito e sul quale torneremo: nessuno può essere toccato senza il suo consenso e se qualcuno ha autorizzato un altro a collocare le mani sul proprio corpo, questo qualcuno può revocare in ogni momento il suo consenso e colui che è stato autorizzato deve immediatamente togliergli le mani di dosso, poiché altrimenti si realizza una prevaricazione, un abuso, una violenza. Insomma, chiunque deve fermarsi davanti a chi rifiuta o interrompe le cure, a maggior ragione se consistono in un sostegno vitale spesso invasivo, oppure, ancorché "sano", decide di lasciarsi morire, cessando, ad esempio, di alimentarsi. Ma al di là di questo punto fermo, il fine vita è un tema altamente valoriale e quindi altamente politico, destinato ad essere squassato da fortissime tensioni.

Ebbene, il mio tentativo è di spostare il più possibile la riflessione su un piano rigorosamente giuridico. Con questo non voglio dire che la dimensione politica sia necessariamente staccata da quella giuridica. Voglio semplicemente dire che il diritto non è mai affermazione assoluta e unilaterale di un valore, cosa che invece è la politica. Il diritto è piuttosto ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco in ragione del fatto che esso è alla fin fine orientato a determinare le condizioni della convivenza, potendosi osservare come divieti assoluti si debbano porre soltanto quando sia da arginare proprio il potere politico che tende ai soprusi e alle prevaricazioni: qui sì che possono/devono operare divieti assoluti (si pensi alla pena di morte oppure alla tortura, come anche, come accennato, all'*habeas corpus*).

2. La fenomenologia del fine vita.

Prima di esaminare gli orientamenti giuridico-valoriali che si possono delineare sul modo di concepire il fine vita, vorrei soffermarmi sul fenomeno del fine-vita, all'interno del quale si possono distinguere una pluralità di ipotesi e di situazioni, riconducibili, quanto meno in astratto, alle due fattispecie dell'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.).

In particolare, si possono distinguere tre grandi ipotesi.

1) La prima è quella in cui la morte è dovuta a un decorso che potremmo definire naturale. Si potrebbe parlare di morte naturale. A ben vedere, rispetto a questa ipotesi si possono distinguere due varianti.

1a) Da un lato, v'è la variante in cui la morte è dovuta a una malattia: la patologia è in corso e l'uomo non si cura oppure interrompe le cure intraprese: la morte è dovuta a questa patologia, la morte è dovuta al naturale decorso della patologia. Certo,

all'interno di questa variante, a ben vedere, si possono poi distinguere tre ulteriori sotto-varianti: diagnosticata la malattia, si rifiutano le cure prima del loro inizio; oppure, diagnosticata la malattia e iniziate le cure, queste vengono interrotte; oppure, diagnosticata la malattia, iniziate le cure basate sull'impiego di un sostegno vitale, quest'ultimo viene interrotto. Ebbene, rifiuto di cure e interruzioni di cure *non vitali* sono due sotto-varianti che si basano su un comportamento omissivo, mentre l'interruzione di cure che consistono in un sostegno *vitale* si basa su un comportamento attivo: se l'esito di tutte queste condotte è quello di lasciare che il decorso patologico, vale a dire quello naturale, produca la morte, il comportamento che neutralizza l'efficacia impeditiva delle cure può avere carattere omissivo (rifiuto di cure da intraprende o già intraprese) oppure attivo (interruzione del sostegno vitale). D'altra parte, la differenza tra i due comportamenti omissivi e quello attivo di interruzione del sostegno vitale si può considerare meramente estrinseca, essendo una conseguenza fisiologica del modo diverso di atteggiarsi delle cure. Insomma, il rifiuto di cure può consistere anche nella interruzione del sostegno vitale che implica una condotta attiva da parte di terzi. In questo senso si è espressa la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 242/2019, in cui si riconosce il diritto all'interruzione dei trattamenti «anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte dei terzi (quali il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)».

1b) Dall'altro lato, a ben vedere, v'è la variante in cui la morte è sì dovuta a un decorso naturale e tuttavia questo decorso naturale finisce per essere in qualche modo innescato dall'uomo titolare della vita: si pensi all'ipotesi di chi, sano come un pesce, decide di smettere di nutrirsi fino a lasciarsi morire di stenti. Si tratta di un'ipotesi che non esitiamo a definire "ambigua", perché è evidente che la mancata alimentazione determinerà una sorta di inversione del procedimento vitale, per cui si potrebbe parlare addirittura di suicidio, visto che mediante l'inerzia finisce per essere attivato un decorso causale destinato poi a sfociare nella morte. A ben vedere, ciò che rende peculiare questa ipotesi finisce per essere proprio l'assenza della patologia, ma dal punto di vista del decorso non si può negare che la morte è comunque dovuta a un decorso naturale. Con ogni probabilità si tratta dell'unica ipotesi in cui l'evento morte si può considerare attivato da una vera e propria omissione in ragione della coincidenza – per così dire – tra autore e soggetto passivo. Vero è che se qualcuno istiga un altro soggetto a lasciarsi morire di stenti, si porrà il problema se qualificare questo fatto come istigazione al suicidio oppure addirittura come omicidio.

2) La seconda ipotesi è quella in cui la morte è dovuta a un decorso causale innescato dall'uomo, dovendosi precisare che questo uomo altri non è che il titolare della vita. Si tratta in buona sostanza del suicidio. Si noti come il suicidio diventi problematico quando si incrocia con comportamenti di un terzo. In particolare, esso assume indubbio disvalore là dove è conseguenza di condotte istigatorie che determinano il proposito suicidario: in queste ipotesi, nonostante che l'evento morte sia dovuto a un decorso causale innescato dal titolare della vita, la condotta di chi si suicida è a sua volta effetto della condotta istigatoria, con la conseguenza che l'evento morte è attribuibile anche all'istigatore: da qui la punizione dell'istigazione al suicidio. Ma anche in assenza di

interferenze sulla determinazione altrui, e in presenza di un mero aiuto materiale rispetto a chi è già interamente determinato, il suicidio che coinvolge un terzo tende a farsi problematico, perché a ben vedere torna a porsi una sorta di alternativa tra autodeterminazione e contributo a una causalità che comunque è innescata dall'uomo, per cui se si valorizza l'autodeterminazione, il contributo materiale tende a perdere di rilevanza, se invece si valorizza la causalità che viene comunque innescata da un uomo più che dalla natura, lo stesso aiuto finisce per essere concepito come una condotta che si lega a una condotta umana che cagiona la morte, ancorché si tratti di condotta umana che appartiene allo stesso soggetto titolare della vita.

3) Infine, v'è la terza ipotesi in cui la morte è dovuta a un decorso causale innescato dall'uomo, ma dovuto ad un uomo che è diverso da colui che è titolare della vita: si tratta dell'omicidio del consenziente, dove il titolare della vita esprime il proprio consenso ad essere ucciso, mentre il decorso causale è interamente innescato da un soggetto – per così dire – terzo ed estraneo rispetto al rapporto che intercorre tra la vita e il titolare della stessa.

3. Alcuni punti fermi, forse addirittura inamovibili, dal costituzionalismo.

Davanti a queste ipotesi possiamo enucleare tre punti fermi che mi pare si possano considerare condivisi quale che sia la visione giuridico-valoriale che si adotta.

Primo punto fermo: come accennato, non si possono imporre cure. Si tratta di un punto che oggi non può che essere condiviso da tutti, in quanto stabilito dalla nostra Costituzione.

Dalla circostanza che dal rifiuto di cure consegua la morte non si può ricavare che l'autodeterminazione stia prevalendo sulla vita. Vero è che l'autodeterminazione è un limite alle prevaricazioni, per cui l'uomo può in ogni momento opporre un rifiuto a qualsiasi attività esterna che comporti un'ingerenza sulla propria persona, ingerenza che, proprio in quanto fisica, implica violenza. L'irrelevanza penale delle condotte che concorrono anche attivamente a interrompere le cure consistenti in un sostegno vitale, non è il frutto della prevalenza dell'autodeterminazione sulla vita, ma è la conseguenza del divieto di violenza arbitraria nei confronti di una persona ovvero è il frutto della prevalenza della libertà personale sulla violenza. Certo il soggetto si autodetermina e nella sua prospettiva finalistica si determina alla morte, ma questa finalità può essere legittimamente perseguita perché c'è un limite assoluto che si pone agli altri, Stato compreso (*rectius*: soprattutto allo Stato), e cioè il divieto di mettere le mani addosso a una persona senza il suo consenso. Qualcuno potrebbe dire: ma è per farlo vivere, ma la vita sarebbe tutelata mediante una violenza. Ed ecco scattare il limite assoluto.

D'altra parte, anche per questa ipotesi si pone un problema: e se il rifiuto di cure è stato determinato da altri? E se lo stesso lasciarsi morire è dovuto ad un'istigazione? Ebbene: da un lato, in presenza di autentica autodeterminazione non c'è alcuno spazio per un intervento del terzo; dall'altro lato, in presenza di una etero-determinazione strumentale, tornano a porsi problemi di disvalore: un soggetto che istiga altri a

interrompere le cure può rispondere penalmente, ripresentandosi il problema se il fatto si debba qualificare come omicidio oppure come istigazione al suicidio.

A questa ipotesi del rifiuto di cure si può equiparare anche l'ipotesi di chi si lascia morire senza che vi sia una patologia in corso? Assolutamente sì, perché l'alimentazione forzata costituirebbe comunque una violenza e una prevaricazione.

Insomma, rispetto alla morte che deriva da un decorso causale naturale patologico o non patologico si riscontra una copertura costituzionale. Per questo si tratta di un punto fermo. Diffusamente si ritiene che il rifiuto di cure abbia come fondamento l'art. 32 Cost., che vieta trattamenti sanitari obbligatori; tuttavia, più opportuno fare riferimento direttamente all'art. 13 Cost., per la semplice ragione che ciò che s'intacca attraverso l'imposizione di cure è la stessa libertà personale del soggetto. Volendo, si potrebbe distinguere in ragione dell'esistenza o meno di una patologia e ritenere che mentre il rifiuto di cure è coperto dall'art. 32 Cost., il divieto di alimentazione forzata è imposto dall'art. 13 Cost. Ma alla fin fine la matrice di quanto disposto nell'art. 32 Cost. si trova nell'art. 13 Cost. e lo stesso art. 32 Cost. finisce per riferirsi ad altre ipotesi, quelle in cui nella sostanza ci si trova davanti a soggetti che non sono in grado di autodeterminarsi liberamente a causa di una patologia mentale, dovendosi precisare che in queste ipotesi l'intervento obbligatorio è dovuto non solo e non tanto perché si è affetti da malattia mentale, ma anche e soprattutto perché la malattia mentale può comportare una pericolosità sociale.

Secondo punto fermo: quale che sia delle tre ipotesi quella che viene in gioco, si pone un problema di effettiva esistenza di piena e totale autodeterminazione. L'assenza di autodeterminazione pone un indiscusso problema di disvalore. Se io convinco un soggetto a non curarsi, e questo soggetto muore a causa della malattia, vero che il decorso è naturale, è anche vero che la morte è attribuibile al soggetto che ha istigato la vittima a non curarsi, a interrompere le cure oppure, pur essendo sano, a non alimentarsi. La circostanza che la decisione del singolo sia influenzata fa riemergere il disvalore: insomma, fuori dalla autonomia individuale, il disvalore tende a farsi pieno e la carica offensiva finisce per coinvolgere la vita stessa. Diversamente, la presenza di autodeterminazione non solo implica valutazioni diverse proprio in ragione dell'autodeterminazione che, nel caso dei sostenitori dell'autodeterminazione, può arrivare addirittura alla liceità del fatto, ma implica anche sempre la necessità che tale autodeterminazione sia reale ed effettiva. Insomma, non basta attribuire rilevanza all'autodeterminazione, ma occorre fare in modo che questa autodeterminazione che sta alla base di questi fatti sia accertata e verificata con estremo rigore per assicurarne l'effettività: ogni morte in assenza di un'effettiva autodeterminazione esprime disvalore.

Terzo punto fermo, che poi è un punto fermo che apre a una problematica. Le ipotesi di istigazione a farsi uccidere, di istigazione al suicidio come anche di istigazione al rifiuto di cure non possono che essere incriminate. Il discorso tende a complicarsi con riferimento al rafforzamento della determinazione altrui: si consideri che nel rafforzamento il soggetto è già determinato e che il soggetto terzo interviene a rafforzare una determinazione che già sussiste. Ebbene, a ben vedere, l'incriminazione del rafforzamento rischia di impedire qualsiasi discorso sulla morte. Insomma, si pensi alla particolarità delle ipotesi di chi esprime con convinzione le proprie intenzioni e ragioni

per morire suicidandosi oppure rifiutando o interrompendo le cure a un interlocutore, spesso persona intima e cara. L'incriminazione del mero rafforzamento implica che l'interlocutore debba con forza ed energia avere un costante atteggiamento oppositivo verso le argomentazioni a favore della morte espresse dall'interlocutore? È rafforzamento esprimere da parte di un soggetto terzo una condivisione delle argomentazioni apportate da altro soggetto per sostenere la propria decisione di morire? Situazioni davvero complesse.

4. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista.

Come si comporta il diritto rispetto a queste ipotesi? Si possono distinguere quattro concezioni di fondo: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista fondata sul concetto di vulnerabilità.

1) Per la concezione statalista ogni comportamento umano che cagiona la morte deve essere incriminato senza alcuna distinzione. Alla base di questo orientamento sta la tutela della vita nella sua absolutezza, per cui la vita è nella sostanza sottratta ai consociati per essere collocata interamente nelle mani della Stato che la tutela in termini assoluti. Ecco che in questa prospettiva, oltre all'omicidio del consenziente, si incrimina non solo l'istigazione al suicidio, ma anche l'aiuto al suicidio. E queste incriminazioni operano senza alcuna distinzione, per cui l'omicidio del consenziente viene punito anche se si tratta di un'eutanasia attiva, così come l'aiuto al suicidio viene punito anche se si tratta di un suicidio c.d. assistito in ragione di una patologia in atto.

Nella prospettiva statalista è soprattutto l'incriminazione dell'aiuto al suicidio ad essere significativa, perché si ha a che fare con un'ipotesi in cui il soggetto non solo si dà la morte con le proprie mani, ma è anche già interamente autodeterminato, con la conseguenza che determinazione e causalità sono nel completo dominio della vittima. Tuttavia, nella prospettiva statalista si ritiene che anche in questa ipotesi un'offesa alla vita sia comunque realizzata proprio perché si offre comunque un contributo causale alla morte. Insomma, nella prospettiva statalista non basta che la morte sia gestita interamente dal titolare, ma è necessario anche che un terzo non abbia alcun ruolo nella causazione della morte (si pensi anche al rafforzamento). Ed è proprio qui che emerge la concezione statalista, volta a sottrarre la morte dalle mani degli uomini per essere collocata interamente nelle mani dello Stato. Tant'è vero che nella prospettiva statalista lo stesso suicidio è visto in termini di disvalore, non mancando chi lo qualifica come illecito e vorrebbe addirittura punirlo, risultando però impossibile farlo soltanto perché l'autore muore. Non solo, ma la concezione da statalista si fa addirittura autoritaria laddove si ritiene che il soggetto non possa lasciarsi morire, ritenendo legittima la prevaricazione e quindi nella sostanza la cura e l'alimentazione forzata. Se la concezione statalista ha una sua legittimità, quella statalista che si trasforma addirittura in una concezione autoritaria oggi è contraria alla Costituzione.

2) All'opposto rispetto alla concezione statalista si colloca la concezione individualista, che nella sostanza rende lecito e legittimo qualsiasi comportamento

basato sull'autodeterminazione, senza alcuna distinzione di sorta. In questa prospettiva oltre ad essere legittimo qualsiasi aiuto al suicidio, diviene legittima anche qualsiasi uccisione basata sul consenso. Poco interessa che il decorso causale sia cagionato dallo stesso titolare della vita oppure da un soggetto diverso: aspetto fondamentale è che ci sia un'autodeterminazione alla morte formatasi senza alcun condizionamento, perché l'autodeterminazione prevale sulla vita. Ecco che in questa prospettiva resta illecita l'istigazione al suicidio, proprio perché si tratta di un'alterazione dell'autodeterminazione altrui e quindi di una etero-determinazione che rende la morte attribuibile all'istigatore.

3) Tra le due opposte concezioni statalista e individualista, si colloca la concezione naturalista/causalista. Si tratta di una concezione non sempre messa a fuoco, ma che, a ben vedere, può essere definita con sufficiente coerenza e razionalità valoriale e funzionale. Punto centrale non è tanto la vita o l'autodeterminazione, quanto piuttosto la modalità di cagionamento della morte, potendosi distinguere tra morte naturale, morte dovuta all'uomo titolare della vita oppure morte dovuta a un terzo. In questa prospettiva, posto che la morte naturale non si punisce proprio in quanto naturale, il suicidio, cioè la morte per mano propria, viene nella sostanza equiparato alla morte naturale perché *dominus* del procedimento causale è lo stesso titolare della vita, con la conseguenza che l'intera responsabilità dell'evento non può che essere attribuita al suicida. Se pertanto si riscontra un aiuto da parte di un soggetto terzo (ovviamente non deve trattarsi di un'istigazione, ma di un aiuto meramente materiale), questo aiuto viene assorbito e per così dire neutralizzato nella sua efficacia cagionante (e quindi nella sua rilevanza), dal fatto che il decorso causale è interamente innescato dall'uomo titolare del bene vita. Diversamente, si continua a punire l'omicidio del consenziente proprio in ragione del fatto che il nesso causale è interamente nelle mani del terzo e quindi, nonostante il consenso, della morte è interamente responsabile il terzo. In buona sostanza, in questa prospettiva si viene a compiere una netta distinzione sulla base del soggetto *dominus* del decorso causale, per cui l'aiuto al suicidio non viene mai punito, essendo *dominus* del decorso il titolare della vita, mentre l'omicidio del consenziente viene sempre punito, essendo *dominus* del decorso un terzo. Ed è per tale ragione che questa concezione può essere definita intermedia rispetto alle due precedenti.

4) L'ultimo orientamento giuridico-culturale che viene in gioco può essere definito solidarista e nella sostanza si basa sul concetto di vulnerabilità e più precisamente sul concetto di malattia di cui è affetto il titolare del bene vita. Il punto di partenza è nella sostanza statalista o comunque individualista, a seconda che s'incrimini anche l'aiuto al suicidio oppure soltanto l'omicidio del consenziente, tuttavia, ogni singola fattispecie viene – per così dire – tagliata in termini orizzontali e trasversali, ricavando uno spazio rispetto al quale il comportamento risulta nella sostanza lecito in virtù dell'esistenza di una malattia. Del tutto evidente come mentre le tre concezioni precedenti basate su vita, autodeterminazione e decorso causale operino sul piano della tipicità, questa concezione operi, invece, nella sostanza, sul piano dell'antigiuridicità.

Nella prospettiva solidarista, non solo è lecito il rifiuto di cure, ma al rifiuto di cure viene nella sostanza equiparato sia il suicidio assistito, sia l'eutanasia attiva: ciò che rileva è la malattia avente tratti di irreversibilità. Insomma, all'interno dell'aiuto al

suicidio, si distingue tra un'ipotesi che si basa sulla situazione di vulnerabilità del soggetto che chiede di essere aiutato al suicidio (c.d. suicidio assistito), ipotesi che diviene lecita a determinate condizioni, e un'ipotesi che invece non si basa su questa condizione di vulnerabilità e che quindi oltre ad essere tipica è anche antigiuridica e quindi resta illecita e punibile. Alla stessa stregua, all'interno dell'omicidio del consenziente, è possibile distinguere tra l'ipotesi di chi si autodetermina alla morte data dalla mano di altri perché affetto da patologia (eutanasia attiva) e chi invece si autodetermina per altre ragioni, fatto quest'ultimo che resta punibile.

In conclusione, da osservare come ognuna di queste concezioni si basi su una componente particolare: vita, nella concezione statalista; autodeterminazione, in quella individualista; dominio del nesso causale, in quella naturalista; situazione patologica, nella concezione solidarista. Inoltre, da osservare come ognuna di queste situazioni particolari sia di volta in volta destinata a divenire il perno attorno al quale ruota la valutazione disvaloriale/valoriale, e quindi il criterio alla luce del quale compiere assimilazioni e distinzioni ovvero il criterio per misurare la ragionevolezza basata sull'eguaglianza di incriminazioni o ipotesi di irresponsabilità.

5. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista.

Quali le concezioni adottate nel nostro ordinamento? Esaminiamo la legislazione nella sua evoluzione.

5.1. La legge n. 219/2017 sulle disposizioni anticipate: la tutela della libertà personale contro prevaricazioni.

Preliminarmente, si deve precisare che collocheremo fuori da questa analisi il tema del rifiuto/interruzione delle cure, in quanto si tratta di tema che, se da un lato ha a che fare con le questioni del fine vita, tuttavia dall'altro lato, come del resto abbiamo già accennato, non attiene alle problematiche di incriminazione/non incriminazione di condotte che determinano la morte altrui. Detto in altri termini, la stessa legge n. 219/2017 relativa alle disposizioni anticipate si colloca – per così dire – in una posizione preliminare rispetto alle autentiche problematiche del fine vita.

La ragione è che i problemi di fine vita non si pongono allorché il tema dell'autodeterminazione ha a che fare con decorsi naturali, ma piuttosto quando si incrocia con le condotte umane, siano esse del titolare della vita oppure, e a maggior ragione, se si tratta di condotte di terzi.

A quanto affermato si può aggiungere che il tema delle c.d. disposizioni anticipate, disciplinato sul piano legislativo, è in realtà, come già visto, ampiamente disciplinato sul piano costituzionale. In sostanza, lo ribadiamo, nessuno può essere obbligato a curarsi oppure ad alimentarsi: si tratterebbe di una prevaricazione autoritaria, di un abuso.

Vero questo, si deve osservare come la condotta di chi interrompe le cure a seguito della richiesta dell'assistito risulti lecita non perché opera una causa di giustificazione, ma perché si tratta di comportamento atipico, in ragione del fatto che il decorso naturale è già in atto e che quindi con l'interruzione delle cure eventualmente intraprese nulla viene cagionato, ponendosi piuttosto fine a un qualcosa che, essendo iniziato con il consenso, non può che cessare là dove il consenso è stato revocato.

Il punto non è di poca importanza, perché, a ben vedere, la disciplina sulle disposizioni anticipate non contiene una causa di giustificazione, ma piuttosto delinea una disciplina procedurale rispetto a una situazione particolarmente delicata, dove ciò che rileva è soprattutto l'accertamento della effettività dell'autodeterminazione.

5.2. L'ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'aiuto al suicidio: la concezione causalista stoppata dalla Corte costituzionale.

A ben vedere, dobbiamo collocare fuori dalla nostra analisi anche la concezione naturalista/causalista, non perché non si tratti di concezione che riguarda le problematiche del fine vita, quanto piuttosto perché si tratta di concezione che al momento si può considerare estranea al nostro ordinamento.

Questa concezione, a ben vedere, è stata adottata dal legislatore tedesco che distingue tra aiuto al suicidio, sempre lecito, e omicidio del consenziente, che invece è sempre illecito. Concezione ribadita dalla recente sentenza del Tribunale costituzionale tedesco che, nel ribadire l'esistenza di un diritto alla morte autodeterminata, e nello specifico un diritto al suicidio, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la fattispecie che incriminava l'aiuto al suicidio compiuto in termini commerciali¹.

V'è la tendenza ad assimilare questa concezione causalista a quella individualista, ma si tratterebbe di un errore. Certo, sul piano del trattamento dell'aiuto al suicidio la concezione causalista è accostabile a quella individualista, in quanto si orienta nel senso della non incriminazione, ma è anche vero che sul piano del trattamento dell'omicidio del consenziente la concezione causalista non è accostabile a quella individualista proprio perché tiene ferma tale incriminazione.

¹ Cfr. BVerfG, 26 febbraio 2020 – 2 BvR 2347/15 et al., in questa *Rivista*, con scheda di F. LAZZERI, [La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"](#), 28 febbraio 2020. In argomento, anche per una comparazione tra l'orientamento del Tribunale costituzionale tedesco e quello della nostra Corte costituzionale, cfr. M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 33 ss.; G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in questa *Rivista*, 10 giugno 2020; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundeeverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2020, p. 63 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.legislazionepenale.com](#), 16 marzo 2020; A. TIGRINO, *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?*, in [www.archiviopenale.it](#), n. 3/2020.

Si deve osservare come, a ben vedere, a questa concezione si ispirasse anche l'ordinanza che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e che tuttavia viene spesso letta per l'appunto come espressione di una concezione individualista². Certo, si trattava di un'ordinanza che sul piano argomentativo enfatizzava la libertà di autodeterminazione in termini tali da lasciare adombrare anche una prevalenza dell'autodeterminazione in ogni situazione di fine vita: insomma condividere totalmente le argomentazioni avanzate nell'ordinanza avrebbe potuto aprire anche alla legittimità dell'omicidio del consenziente *tout court*. Tuttavia, nel momento in cui si chiedeva come esito quello di dichiarare l'illegittimità costituzionale del solo aiuto, l'ordinanza apriva la strada a una concezione causalista, proprio perché il mantenimento di un trattamento differenziato tra aiuto al suicidio non punibile e omicidio del consenziente punibile si sarebbe potuto giustificare sulla base del diverso ruolo assunto dal terzo sul piano del cagionamento della morte.

In buona sostanza, la stessa Corte costituzionale avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio adottando così una concezione causalista, senza cioè aderire a una concezione radicalmente individualista: da un lato, infatti, avrebbe potuto attribuire irrilevanza all'aiuto al suicidio, dall'altro lato, però la ragione dell'irrilevanza si sarebbe potuta giustificare facendo leva non soltanto sull'autodeterminazione, ma anche sulla causalità che si trova nel totale dominio del titolare del bene, ponendo così un argine sulla possibilità di estendere il ragionamento anche all'omicidio del consenziente, dove invece il decorso causale è innescato da un terzo.

Tuttavia, come ben noto e come vedremo, la Corte costituzionale non ha adottato questa strada. Per il momento interessa osservare come, al di là del fatto se si condividano o meno le argomentazioni adottate dal Tribunale costituzionale tedesco, la concezione causalista ponga comunque problemi messi bene in evidenza proprio dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, là dove riconosce legittimità al fine perseguito da un'incriminazione dell'aiuto al suicidio: la stessa autonomia individuale, e quindi anche il bene vita, finiscono per essere messi in pericolo da condotte specifiche di terzi, come anche da un'ipotetica evoluzione dei rapporti sociali in seguito alla quale alcuni soggetti, per la situazione di particolare vulnerabilità in cui versano, subiscono una forte pressione a darsi la morte. Insomma, anche là dove si decida di non incriminare l'aiuto al suicidio, si pone un problema dell'accertamento e del controllo sull'effettiva autodeterminazione del soggetto in assenza di strumentali condizionamenti esterni. Il soggetto deve essere autenticamente libero, ma se si apre alla legittimità di qualsiasi aiuto al suicidio, i margini per un controllo – per così dire – esterno e preventivo sull'autenticità del consenso sono destinati a ridursi, se non addirittura a svanire, facendosi così più consistente il pericolo per una eventuale strumentalizzazione del soggetto determinato a morire.

² Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018, imp. Cappato, sulla quale sia consentito rinviare a R. BARTOLI, [Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2018, p. 97 ss.

5.3. *Il codice Rocco: la concezione statalista.*

Il codice Rocco ha adottato una concezione statalista. Ciò emerge in termini evidenti proprio dall'incriminazione dell'aiuto al suicidio: potremmo dire che il carattere statalista della disciplina fascista sta proprio nell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, perché si riscontra un disvalore nonostante l'autodeterminazione di chi ha il proposito suicidario combinata con la circostanza che l'intera vicenda causale sia tutta nelle mani del soggetto che si dà la morte ed è titolare del bene vita. Insomma, in termini più normativistici, nell'aiuto si riscontra un disvalore nonostante che il suicidio autodeterminato sia di per sé lecito. Con questa scelta, il tema vita è interamente sottratto dalle mani dei consociati e collocato nelle mani dello Stato, senza alcuna minima considerazione dell'autodeterminazione, anche quando questa si innesta su comportamenti di cui è interamente responsabile il titolare della vita. Annullando l'autodeterminazione si sottrae anche il bene vita.

Non solo, ma a volte dalla concezione statalista si è passati a una concezione autoritaria, là dove si è arrivati ad imporre cure ed alimentazione. Concezione autoritaria che si è paventata ad esempio quando si è tentato di incriminare il medico che, interrompendo l'attività del sostegno vitale, pose fine alla vita di Welby e più di recente quando da parte di un PM è stata avanzata richiesta a un Magistrato di sorveglianza di disporre l'alimentazione coatta nei confronti di un detenuto, richiesta tuttavia respinta facendo leva anche sull'art. 32 Cost.³.

5.4. *L'orientamento della Corte costituzionale: la concezione solidarista fondata sulla vulnerabilità.*

Come abbiamo accennato, la concezione statalista non è stata scalfita dalla legge del 2017 sulle disposizioni anticipate, ma dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che non ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 580 c.p., ma nella sostanza ha esteso all'art. 580 c.p. l'ambito applicativo della legge sulle disposizioni anticipate⁴.

³ Cfr. Ufficio di sorveglianza di Padova, ord. 25 febbraio 2021, in www.avvocatopenalista.org, 23 luglio 2021.

⁴ Cfr. Corte cost., ord. n. 207/2019; Corte cost., sent. n. 242/2019. Sul primo provvedimento cfr. i commenti pubblicati in F.S. MARINI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019; sul secondo provvedimento cfr. i commenti pubblicati in G. D'ALESSANDRO – O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020. Inoltre, tra i molti, cfr. M. ROMANO, [Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia \(sulle recenti pronunce della Corte costituzionale\)](#), in questa *Rivista*, 8 gennaio 2020; D. PULITANÒ, [A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019](#), in www.giurisprudenzapenale.com, 6 dicembre 2019; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi "storica"?*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 3 ss.; G. FIANDACA, [Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?](#), in *disCrimen*, 3 febbraio 2020; G. DE FRANCESCO, [Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con "l'altro"](#), in www.legislazionepenale.com, 16 marzo 2020; F. GIUNTA, [L'insostenibile sofferenza del vivere. Le](#)

Lo ribadiamo: la legge del 2017 non ha fatto altro che dare riconoscimento a ciò che è già scritto in Costituzione e non solo e non tanto nell'art. 32 Cost., quanto piuttosto nell'art. 13 Cost.: si tratta di tutelare la libertà personale.

La concezione statalista è stata scalfita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, introducendo quella che potremmo definire la concezione solidaristica basata sulla vulnerabilità ovvero sulla malattia. Detto diversamente, l'impianto statalista resta in piedi, ma se ne determina una riduzione nella portata, venendo affermata la liceità del suicidio assistito in presenza di determinate condizioni ricavate, o forse sarebbe meglio dire ispirate, dalla legge che disciplina le disposizioni anticipate.

Ed infatti, com'è noto, la Corte costituzionale sposta l'argomentazione dalla libertà di autodeterminazione prevalente sulla vita e quindi dal mutamento del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 580 – argomentazione utilizzata dall'ordinanza di remissione –, alla presenza della vulnerabilità e della patologia, individuando i noti quattro requisiti che per l'appunto rispondono a una concezione solidarista: capacità di prendere decisioni, malattia irreversibile, sofferenze fisiche e psicologiche, trattamenti di sostegno vitale.

Su questa concezione della Corte costituzionale si possono compiere alcune considerazioni. Anzitutto, ci dobbiamo soffermare sul fatto che la Corte, oltre ad assimilare il rifiuto di cure alla interruzione delle cure comprensive dei trattamenti vitali, compie anche un'equiparazione tra rifiuto del trattamento vitale e suicidio. Equiparazione senz'altro ardita, visto che, sul piano del decorso causale si tratta di ipotesi decisamente diverse: nel rifiuto il decorso è naturale, nel suicidio il decorso è innescato dall'uomo. Ebbene, questa equiparazione è resa possibile mediante il riferimento alla vulnerabilità/malattia che muta – per così dire – il paradigma e quindi il criterio alla luce del quale compiere le comparazioni tra le diverse situazioni. Nel momento in cui si eleva la malattia irreversibile a criterio valoriale/disvaloriale, il decorso causale passa necessariamente in secondo piano.

In secondo luogo, e conseguentemente, sempre molto ardito è il passaggio per cui si finisce per applicare una disposizione che, innestandosi su comportamenti di per sé atipici, è nata per rafforzare la tutela della posizione di chi rinuncia alle cure, a una situazione completamente diversa, in quanto basate invece su comportamenti tipici esprimenti un indubbio disvalore. Insomma, nel momento in cui la Corte applica all'aiuto al suicidio quanto previsto dalla legge sulle disposizioni anticipate, trasforma una disciplina procedurale che non è una causa di giustificazione, in una vera e propria causa di giustificazione.

motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito, in *disCrimen*, 25 novembre 2019; M. DONINI, [Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male](#), in questa *Rivista*, 10 febbraio 2020; L. RISICATO, [La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose](#), in [www.legislazionepenale.com](#), 16 marzo 2020; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 805 ss.; G. GENTILE, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, *ivi*, 2020, p. 377 ss. In una prospettiva più ampia, cfr. S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bologna, 2021, *passim*; A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, 2020, *passim*.

In terzo luogo, non si può fare a meno di scorgere un aspetto paradossale. Posto che la Corte vuole evitare abusi e possibili strumentalizzazioni realizzabili nei contesti del fine vita, la Corte attribuisce rilevanza all'autodeterminazione delle persone vulnerabili che sono quelle più esposte al rischio di strumentalizzazione, mentre nega rilevanza all'autodeterminazione delle persone che non sono vulnerabili in quanto "sane" e che quindi sono senz'altro meno esposte al rischio di strumentalizzazione: insomma, in assenza di malattia irreversibile, resta – per così dire – bandito il suicidio assistito, nonostante che, in assenza di malattia irreversibile, il soggetto, in quanto non vulnerabile, sia senz'altro meno strumentalizzabile.

D'altra parte, a ben vedere, in quarto luogo, questo paradosso viene superato dall'interesse a perseguire un'altra finalità considerata preminente dalla Corte: proprio al fine di evitare strumentalizzazioni, la Corte mira a creare le condizioni affinché possa essere esercitato un controllo preventivo ed esterno sull'autodeterminazione. Ebbene, questo controllo può essere compiuto soprattutto se colui che persegue l'obiettivo di morire ha una relazione medica e quindi un'interlocuzione con un medico. E non è un caso che la Corte vada oltre la mera malattia, qualificandola come irreversibile, e restringendo il tutto ancora di più attraverso il riferimento al sostegno vitale, il quale implica necessariamente un controllo medico in atto⁵. Ecco che il riferimento alla malattia irreversibile e al sostegno vitale finiscono per avere una duplice funzione: da un lato, consentono di bilanciare la duplice equiparazione tra rifiuto di cure e aiuto al suicidio e tra difesa del malato dalla violenza e causa di giustificazione delle condotte tipiche di chi aiuta, duplice equiparazione che volenti o nolenti costituisce un salto problematico; dall'altro lato, la malattia irreversibile e il sostegno vitale permettono di esercitare un controllo preventivo ed esterno sull'effettiva autodeterminazione del soggetto. Insomma, la ragione per cui si è finito per non aprire in termini eccessivi alla non punibilità dell'aiuto al suicidio sembra risiedere non solo nel bilanciamento dell'autodeterminazione con il bene della vita, ma anche nel fatto che un'apertura eccessiva porrebbe enormi problemi di controllo in ordine all'effettività dell'autodeterminazione e del tipo di attività realizzate. Si tratta di un punto che, a nostro avviso, è davvero decisivo nelle questioni sul fine vita e sul quale avremo modo di tornare.

Infine, non si può fare a meno di osservare come la Corte costituzionale abbia tracciato la strada per una riforma che potrebbe andare ben al di là dell'aiuto al suicidio, potendo essere estesa anche all'omicidio del consenziente. Ed infatti, nel momento in cui si attribuisce rilevanza alla situazione che legittima il suicidio assistito, quella stessa situazione potrebbe legittimare anche l'omicidio del consenziente, vale a dire l'eutanasia attiva. Certo, si porrebbe il problema dell'aggiuntivo salto che si viene a compiere

⁵ Sull'interpretazione del concetto di "trattamenti di sostegno vitale" si è intrattenuta di recente Corte Ass. Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), Pres. est. De Mattia, imp. Cappato e Schett, in questa *Rivista*, con scheda di F. LAZZERI, [A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini](#): da osservare come se il "trattamento di sostegno vitale" viene interpretato come "trattamento sanitario", il controllo sia necessariamente destinato ad allentarsi, costituendo la malattia irreversibile ciò che comunque lo garantisce.

attraverso l'ulteriore equiparazione tra il cagionare la morte per mano propria e il cagionare la morte per mano altrui, ma l'equiparazione sarebbe ragionevole nel momento in cui si adotta il criterio della vulnerabilità e il salto finirebbe per essere ancora una volta compensato e bilanciato proprio attraverso il presupposto della patologia irreversibile e del sostegno vitale⁶.

Insomma, volendo concludere, nonostante indubbe forzature argomentative che non per nulla avevano indotto a un'ordinanza con sentenza differita, quella della Corte costituzionale è una posizione che non solo finisce per trovare un equilibrio tra vita e autodeterminazione estensibile a tutte le ipotesi di fine vita, ma anche una soluzione che consente di compiere un controllo preventivo sull'effettiva autodeterminazione in una prospettiva che non esitiamo a definire solidaristica.

5.5. La proposta di referendum abrogativo: la concezione individualista.

Com'è noto, il legislatore ha avuto un anno di tempo per legiferare sulla scia tracciata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207/2019, ma non è stato in grado di farlo. Non solo, ma quanto prodotto nel testo unificato fuori tempo massimo⁷, mostra un legislatore per certi aspetti paralizzato, privo ormai di autonomia e iniziativa, capace soltanto di stare al traino delle proposte altrui.

Ed infatti il testo unificato altro non è che il tentativo, a volte un po' maldestro, di dare attuazione a quanto stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale con riferimento al suicidio assistito. Maldestro, perché, se, da un lato, bastava intervenire sulla legge del 2017, dall'altro lato, si prevede una disciplina autonoma, che nelle parti in cui esce dai binari aggiungendo del proprio, finisce per dare indicazioni poco convincenti. Si pensi alla rilevanza attribuita in termini di condizione all'«essere [la persona] assistita dalla rete di cure palliative o abbia espressamente rifiutato tale percorso assistenziale»: si tratta infatti di condizione che nella sostanza aggrava il procedimento e rischia di costituire un'ingerenza indebita nella libertà di

⁶ Non ci pare invece che possa essere utilizzata l'argomentazione secondo cui così come si è legittimato il suicidio assistito in ragione della morte non dignitosa che potrebbe scaturire dal rifiuto di cure, alla stessa stregua l'intervento di un terzo può essere legittimato visto che lo stesso suicidio può non essere realizzabile dal soggetto che ha deciso di morire: legittimare in termini generalizzati il suicidio assistito in ragione della morte non dignitosa scaturente dal rifiuto di cure non è plausibile, perché alla fine il suicidio assistito viene legittimato ben oltre l'ipotesi della morte non dignitosa; parimenti, non è plausibile legittimare in termini generalizzati l'omicidio del consenziente, sol perché potrebbe accadere che il soggetto si trovi nell'impossibilità a suicidarsi, perché l'omicidio del consenziente verrebbe legittimato ben oltre l'ipotesi dell'impossibilità al suicidio.

⁷ Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari sociali), *Testo unificato adottato come testo base dalle commissioni, Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*, Allegato al resoconto della Seduta del 6 luglio 2021. Sulle proposte di riforma cfr. C. CUPELLI, [Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019, p. 1 ss.; M. NADDEO, [Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle Commissioni riunite Giustizia e affari sociali](#), *ivi*, 23 settembre 2019, p. 1 ss.

autodeterminazione, con l'effetto finale di mortificare e appesantire, se non addirittura burocratizzare, un momento così particolare dell'esistenza. Ma si pensi soprattutto alla regolazione dell'attività del Comitato per l'etica nella clinica territorialmente competente, dove si disciplina soltanto l'ipotesi in cui il Comitato abbia espresso parere favorevole, trascurando del tutto quella davvero problematica in cui sia stato espresso un parere contrario.

Davanti a un legislatore non solo inerte, ma anche per certi aspetti su questa vicenda incapace di guardare al problema nella sua complessità comprensiva anche dell'eutanasia attiva; davanti alla circostanza che la strada giudiziaria per proporre questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'eutanasia attiva si sarebbe potuta aprire solo in ipotesi rarissime; davanti all'impossibilità di operare mediante un referendum propositivo: inevitabile che si andasse nel senso di un referendum abrogativo.

Il contenuto di risulta derivante dall'eventuale approvazione del referendum si traduce in un testo così formulato: «chiunque cagiona la morte di un uomo con il 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 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».

Ebbene, il referendum si muove in una prospettiva fortemente individualistica⁸ che va ben al di là della strada tracciata dalla Corte costituzionale⁹. Esso, infatti, va oltre il sostegno vitale e la malattia irreversibile, nonché oltre la stessa esistenza di una patologia ancorché non irreversibile: l'esito del referendum giunge a legittimare l'omicidio del consenziente *tout court*, al netto delle ipotesi in cui sia realizzato nei confronti di un soggetto incapace di esprimere liberamente il proprio consenso, quindi con totale prevalenza dell'autodeterminazione rispetto alla vita e quindi con totale assenza di qualsiasi possibilità di controllo – per così dire – preventivo. Certo la finalità politica dichiarata dai sostenitori del referendum è di consentire l'eutanasia attiva nei limiti indicati dalla Corte costituzionale, ma gli esiti sono ben altri, potremmo parlare di esiti “preterintenzionali”, non solo per lo sbilanciamento verso l'autodeterminazione in una prospettiva individualista, ma anche per lo sbilanciamento verso la totale assenza di un controllo preventivo.

Il referendum può essere considerato inammissibile¹⁰? Il tema è molto delicato per le argomentazioni che si potrebbero utilizzare, anche perché la Corte non può entrare nel merito di scelte che in presenza di un referendum sono indubbiamente politiche: insomma, davanti alla richiesta di rendere lecito l'omicidio del consenziente o si oppone con forza il bene della vita che dovrebbe prevalere su quello dell'autodeterminazione

⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il referendum per la disponibilità della vita*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. (del dattiloscritto).

⁹ D. PULITANÒ, [Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo](#), in questa *Rivista*, 19.11.2021, p. 1 ss.

¹⁰ Cfr. sul tema M. DONINI, *Enea o Zarathustra? Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021.

oppure risulta difficile impedire la possibilità di esprimersi. Inoltre, se la Corte facesse leva sul suo orientamento basato sulla vulnerabilità e quindi sull'esistenza di una patologia quanto meno irreversibile e sul sostegno vitale, rischierebbe di trasformare un criterio di ragionevolezza pur sempre problematico (non è un caso che la Corte costituzionale, consapevole della notevole manipolazione, avesse adottato una ordinanza con eventuale sentenza differita), in una valutazione a quel punto dichiaratamente politica, visto che la proposta referendaria prescinde proprio dalle problematiche del fine vita connesso a patologie. In altre parole, se ha una sua plausibilità un giudizio di ragionevolezza in definitiva intrinseco su un testo vigente, com'è stato quello compiuto nei provvedimenti n. 207 e n. 242 del 2019, molto più complesso un tale giudizio sul piano della ammissibilità di una proposta di referendum abrogativo.

Tuttavia, la Corte potrebbe percorrere anche un'altra strada, meno dirimpente, più morbida e flessibile, recuperando nella sostanza una valutazione estrinseca fondata sul *tertium comparationis*. Ed infatti, in questa prospettiva si potrebbero scorgere problemi di ammissibilità per l'irragionevolezza dell'intero sistema che si verrebbe a determinare a seguito dell'esito abrogativo, per cui si continuerebbe a punire l'aiuto al suicidio, che è morte data da sé, solo in assenza di malattia, mentre non si punirebbe più l'omicidio del consenziente, che oltretutto è morte data da altri, quale che sia la condizione del soggetto passivo, affetto o meno da patologia. Detto in altri termini, all'esito del referendum, in presenza di un'autodeterminazione nel senso della morte, la morte data da altri sarebbe sempre lecita, mentre la morte data da sé con l'aiuto di altri sarebbe lecita soltanto a determinate condizioni. Una strada del genere costringerebbe però la Corte ad affrontare un tema che in verità ha sempre eluso, e cioè quello del dominio del decorso causale, che avrebbe posto paletti meno stringenti per l'aiuto al suicidio, ma molto più stringenti per l'omicidio del consenziente. Detto in altri termini, le due situazioni da equiparare sarebbero quella dell'aiuto al suicidio punito solo in assenza di malattia e quella dell'omicidio del consenziente non più punito: ebbene, l'irragionevolezza di questo sistema si ricaverebbe dal fatto che due situazioni diverse dal punto di vista del disvalore in ragione del diverso dominio sul decorso causale (meno grave l'aiuto suicidio dove il decorso è dominato dal suicida, più grave l'omicidio del consenziente dove il decorso è dominato da un terzo) sono trattate in modo irragionevolmente diverso, per cui l'aiuto al suicidio è punito in alcune ipotesi (presenza di malattia), mentre l'omicidio del consenziente non sarebbe mai punito.

6. Il vero nodo delle problematiche del fine vita: il controllo "esterno" e preventivo sull'autenticità dell'autodeterminazione.

Se dovessi delineare un sistema capace di tenere insieme le molteplici istanze che gravano sul tema, prospetterei una soluzione del genere. Posto che il rifiuto di cure ha un fondamento costituzionale, l'aiuto al suicidio, caratterizzato da un decorso causale nelle mani del titolare del bene, potrebbe ben ispirarsi a una prospettiva che valorizza l'autodeterminazione. Per quanto riguarda l'omicidio del consenziente, invece, si

potrebbe dare rilevanza alla malattia irreversibile, rendendo legittima l'eutanasia attiva, anche in ragione del diverso dominio del decorso causale.

D'altra parte, forse, si potrebbero vedere le cose anche da un'altra prospettiva ancora. Alla fin fine, ciò che tormenta e preoccupa, quale che sia la concezione che si adotta, è soprattutto l'effettività dell'autodeterminazione che finisce per essere garantita se esiste una sorta di controllo preventivo: insomma, il vero punto problematico del tema sembra essere la possibilità di esplicitare un controllo preventivo su vicende così delicate, una "supervisione", affinché tali vicende non siano ridotte a una questione a due, o comunque, potremmo dire, a una questione "privata", in uno spazio nella sostanza segreto dove tutto può accadere. Mi domando allora se non sia su questo punto che non si possa creare una convergenza tra i diversi orientamenti giuridico-culturali. Interessante osservare come proprio il testo unificato, all'art. 2, dia la seguente definizione di morte volontaria medicalmente assistita: «il decesso cagionato da un atto autonomo con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e (ed ecco il punto) *la supervisione* (corsivo nostro) del Servizio Sanitario Nazionale».

Ecco allora emergere quello che forse può essere considerato il vero nodo sotteso al tema: la questione dell'effettiva autodeterminazione e del controllo preventivo sull'autodeterminazione al fine di evitare possibili strumentalizzazioni, ovvero al fine di evitare che in realtà il consenso sia frutto di condizionamenti.

7. Verso una coincidenza tra personalismo e individualismo/solidarismo?

A me pare questa la grande frontiera sulla quale dovremmo aprire un dibattito e un confronto sereno e davvero laico. Ed il problema della concezione individualista, come anche di quella causalista rispetto al suicidio, sta nel fatto che in assenza di malattia il soggetto sfugge dal controllo e che in presenza di malattia irreversibile e sostegno vitale il soggetto è invece inevitabilmente destinato a un controllo. Affermazioni che avrebbero fatto inorridire un pensatore come Michel Foucault, perché risulta evidente come proprio su questo punto si annidino le nuove forme del controllo pubblico/statale sulla persona secondo lo schema noto del suo pensiero. Ma che si deve mettere sul piatto quando si adotta una prospettiva giuridica, anche perché la "proceduralizzazione controllante" può consentire, sul piano giuridico, di guadagnare spazi di libertà, evitando quel rischio di strumentalizzazione che non si può fingere che non ci sia. Dovendosi del resto essere consapevoli che la procedura deve essere orientata autenticamente al controllo dell'autodeterminazione e non ad ostacolare o a condizionare.

Insomma, perché non andare verso una soluzione che finisce per basarsi sull'assistenza, sul supporto, sulla relazione, che coinvolge anche il medico, ma non solo, quale che sia la situazione del soggetto, malato oppure non malato. Mi domando in sostanza se non si possa trovare un punto in comune tra la prospettiva individualista e quella solidarista, consistente nella verifica e nel controllo preventivi di una effettiva

autodeterminazione, senza che sia necessaria la malattia. Una soluzione del genere consentirebbe di superare il paradosso secondo cui si riconoscono spazi al soggetto vulnerabile invece che a quello che vulnerabile non è. Inoltre, consentirebbe di raggiungere l'obiettivo del controllo. Ma soprattutto consentirebbe di raggiungere l'obiettivo della piena ed effettiva autodeterminazione.

Ebbene, a me pare che non vi sia una vera e propria incompatibilità tra valorizzazione dell'autodeterminazione, in termini non solo solidaristici, ma anche individualistici, e personalismo, per la semplice ragione che nel momento in cui v'è una autentica autodeterminazione c'è anche una perfetta espressione della persona ovvero, detto in altri termini, v'è una coincidenza tra piena e totale autodeterminazione e personalismo, e la difficoltà sta proprio nel rendere l'autodeterminazione effettiva affinché si esprima totalmente la persona.

Non solo, ma se si offre assistenza, supporto, relazione, oltre ad un accertamento reale ed effettivo dell'autodeterminazione, si apre anche al confronto all'interno del quale, senza ingerenze strumentalizzanti sul piano valoriale, si possono aprire le breccie per dare un nuovo senso alla vita, con conseguente personalismo letto in chiave solidaristica. Anche perché non si può negare la circostanza che la volontà di morire si lega a questioni di dolore che potrebbero essere anche comunque passeggere, soprattutto nell'ipotesi in cui l'aspirante suicida sia "in salute". Certo, può emergere l'anima di chi vuole tutelare la vita in tutti i modi. Ma la situazione del fine vita non è assimilabile a quella dell'aborto: mentre in quest'ultimo la vita del nascituro deve ancora formarsi del tutto, nel fine vita esiste comunque una vita piena e compiuta nonché la consapevolezza che momenti di difficoltà si possono superare, con la conseguenza che risulta più che ragionevole garantire non solo l'autodeterminazione in una prospettiva individualistica, ma anche il confronto sulla morte in una prospettiva solidaristica. Insomma, se si vuole davvero basarsi sull'autodeterminazione non si deve avere paura a un confronto basato anche sulle istanze della vita, anzi! E con la verifica si viene a creare quella dialettica che può recuperare alla vita e vincere le istanze di morte. L'importante è che non si vengano a generare forme di controllo e di pressione che invece di scandagliare e aprire al confronto, giudicano alla luce di altri parametri o addirittura ostacolano.

Di più, rendendo legittima la morte autenticamente autodeterminata mediante assistenza, si riuscirebbe ad aprire ai discorsi sulla morte. Non è forse questo uno strumento per contrastare i suicidi che conseguono da situazioni di dolore? Insomma, non dovremmo avere problemi a portare alla luce il discorso sulla morte, che poi consentirebbe di portare il discorso sulle cause, e quindi sul dolore. Tutto questo richiederebbe personale, non solo medico, preparato e competente, come anche una società che torna a farsi comunità¹¹.

¹¹ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in G. De Francesco – A. Gargani – D. Notaro – A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute e scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Torino, 2019, p. 197 ss.