

PATERNALISMO *HARD*, PATERNALISMO *SOFT* E ANTIPATERNALISMO NELLA DISCIPLINA PENALE DELL'AIUTO AL SUICIDIO. CORTE COSTITUZIONALE E *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* A CONFRONTO ^(*)

di Gabriele Fornasari

L'articolo pone a confronto i principi ispiratori dei recenti interventi della Corte costituzionale italiana e del Bundesverfassungsgericht tedesco in tema di rilevanza penale dell'aiuto al suicidio, evidenziando come all'atteggiamento di soft paternalism della nostra Corte se ne sia contrapposto uno decisamente antipaternalistico di quella d'Oltralpe, che ha dichiarato nulla la fattispecie incriminatrice del § 217 StGB, attribuendo valore primario al principio di autodeterminazione, ritenuto espressione inderogabile del carattere inviolabile della dignità dell'uomo, deducibile dai primi due articoli della Legge Fondamentale.

SOMMARIO: 1. I tratti salienti della sentenza 242/2019 della Corte costituzionale. – 2. L'introduzione della disciplina penale dell'aiuto al suicidio nell'ordinamento tedesco. – 3. I dubbi di incostituzionalità del § 217 StGB. – 4. La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*. – 5. Una prima valutazione comparata.

1. I tratti salienti della sentenza 242/2019 della Corte costituzionale.

Sulla presa di posizione della nostra Corte Costituzionale, prima con l'ordinanza 207/2018 poi, in via definitiva, dopo il rifiuto del potere legislativo di occuparsi del problema, con la sentenza 242/2019 sulla legittimità dell'art. 580 c.p. si è detto e scritto moltissimo, in senso adesivo, parzialmente adesivo e critico.

In generale, si può dire che la Consulta abbia optato per un atteggiamento di paternalismo *soft*, intermedio cioè fra quelli estremi che si sarebbero potuti ipotizzare, ovvero un paternalismo *hard*, che avrebbe condotto alla conservazione di una norma che proibiva, per di più con una pena piuttosto severa, ogni forma di istigazione o aiuto al suicidio¹, o un anti-paternalismo, in virtù del quale si sarebbe dovuto dare

^(*)Saggio destinato al *Liber Amicorum* in onore di Adelmo Manna.

¹ Per una difesa del testo originario dell'art. 580, su queste basi, si può vedere L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. Marini – C. Cupelli, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 131 ss.

unilateralmente preferenza al principio di autodeterminazione, con la conseguenza della radicale abrogazione della fattispecie penale².

Da un lato, la soluzione adottata dalla Corte Costituzionale è stata ritenuta equilibrata soprattutto per avere sottolineato la necessità di mantenere comunque fermo il principio del divieto di istigare o aiutare al suicidio al fine di proteggere i soggetti più deboli, che potrebbero strumentalmente essere indotti al suicidio da soggetti per varie ragioni interessati alla loro morte.

Ma d'altro lato, e su questo aspetto invece non sono mancate le critiche, nel volere fissare parametri rigorosi per l'ammissibilità di casi nei quali escludere la responsabilità penale, la Corte si è forse eccessivamente appiattita sulle particolarità del caso giudiziario che aveva occasionato la sua pronuncia, il c.d. "caso Cappato", finendo per dettare criteri che a molti sono parsi funzionali più a dirimere la questione processuale nel giudizio *a quo*, fornendo un argomento essenziale per evitare la condanna dell'imputato per una condotta non percepita come meritevole di rimprovero, che non a fissare in modo adeguato i limiti generali all'interno dei quali debba essere ritenuta legittima la condotta di aiuto o istigazione al suicidio.

In particolare, ha suscitato significative obiezioni uno dei quattro requisiti individuati come essenziali affinché la condotta non sia sanzionata, pena la violazione del principio di autodeterminazione, ovvero l'essere sottoposto, il soggetto aiutato, a un trattamento che rende necessaria la dipendenza da uno strumento artificiale.

Si è obiettato, infatti, che se la *ratio* è quella di consentire la libera scelta di morire a persone affette da gravi e insopportabili sofferenze, questo particolare requisito è del tutto eventuale, potendosi immaginare senza difficoltà terribili sofferenze anche per persone per non dipendono da una macchina per respirare o per nutrirsi³.

² Un esempio di impostazione radicalmente antipaternalistica si trova nel saggio di A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 235 ss., per il quale ai fini della depenalizzazione sia dell'aiuto al suicidio che dell'omicidio su richiesta dovrebbe essere sufficiente il corretto accertamento dell'autenticità della volontà della persona. Indirettamente, va nella medesima direzione quanto affermato da A. MASSARO, *Scelte di fine vita. Uno spazio sempre meno libero dal diritto?*, in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 227, laddove sostiene che la norma penale che punisce l'aiuto al suicidio dovrebbe essere interpretata come disposizione a tutela non della vita, ma dell'autodeterminazione della persona fondata sulla tecnica del pericolo astratto, e quindi essere applicata solo fino alla dimostrazione di un libero consenso a morire.

³ In tal senso, *inter alios*, F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato". La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 196 ss., nonché C. CASONATO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in G. Fornasari – L. Picotti – S. Vinciguerra (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019, 101. Anche M. ROMANO, *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1804, ritiene che questo complesso di condizioni sia un segnale di forte *self restraint* della Corte nell'ammettere eccezioni alla punibilità *ex art. 580 c.p.*, tuttavia mostra di condividere questo atteggiamento.

2. L'introduzione della disciplina penale dell'aiuto al suicidio nell'ordinamento tedesco.

Ora, qualche mese dopo che la nostra Corte aveva definito la questione con la sentenza del settembre 2019, anche il *Bundesverfassungsgericht* tedesco si è trovato a dover decidere sulla legittimità della corrispondente norma del § 217 StGB, che però, occorre precisare, aveva un tenore letterale non corrispondente a quello del nostro art. 580 c.p..

Il testo della disposizione era infatti il seguente: “(1) Chiunque, con l'intenzione di favorire il suicidio di un altro, commercialmente gliene concede o procura l'opportunità o svolge attività d'intermediazione, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria. (2) Non è punibile come partecipe, chiunque non agisca commercialmente e sia parente del soggetto menzionato nel comma uno o ad esso vicino”.

Dunque, l'incriminazione riguardava una serie di condotte (concedere o procurare l'opportunità, svolgere attività di intermediazione), connotate da un lato dal dolo specifico costituito dall'intenzione di favorire il suicidio altrui e dall'altro dal carattere commerciale (*geschäftsmäßig*), l'elemento che probabilmente ha dato luogo ai maggiori contrasti interpretativi ed anche alla più viva curiosità da parte degli studiosi di diritto comparato che se ne sono occupati, poiché non si suole riscontrare una previsione analoga in altri ordinamenti.

Quello che è interessante notare è che il § 217 non era presente nella versione originaria del codice penale tedesco, la cui entrata in vigore risaliva al 1872 (peraltro con una profonda e radicale riforma nel 1975), ma era stato introdotto solo nel 2015, dopo che per un secolo la condotta di aiuto al suicidio non è stata punibile, contrariamente all'omicidio del consenziente che invece negli stessi anni è stato sempre sanzionabile a norma del § 216.

Lo si volle tuttavia introdurre, all'esito di un acceso dibattito parlamentare, per far fronte all'intensificarsi dell'attività di associazioni favorevoli all'eutanasia che spingevano per un riconoscimento estremo del diritto all'autodeterminazione, sull'onda del modello svizzero, con l'asserito rischio di una banalizzazione del suicidio assistito e con la conseguenza per esempio, come si evince dai lavori preparatori, che qualcuno potesse indursi a porre fine alla propria vita solo per non gravare sui propri congiunti.

Da questa spiegazione dell'intervento legislativo, si deduce forse meglio la spiegazione di quell'avverbio “commercialmente”, che, anche se traduce fedelmente il termine originario in lingua tedesca, può trarre in inganno circa la sua portata effettiva, dato che in realtà, per comune riconoscimento dei commentatori tedeschi, la condotta non deve necessariamente essere orientata al profitto (*Geschäfte*, in effetti, sono gli affari), ma è essenziale che si tratti del comportamento riferibile ad associazioni organizzate, tra le quali possono ben rientrare anche quelle che esercitano attività di volontariato, e dotato di un carattere di ripetitività e stabilità⁴.

⁴ Per questa opportuna precisazione, posso rinviare a F. SALIGER, § 217, in U. Kindhäuser – U. Neumann –

Quanto alla causa di non punibilità prevista nel secondo comma, per i più è frutto di un infortunio tecnico del legislatore, il quale pensava, concentrandosi sulla figura del partecipe, per esempio al marito che porta la moglie malata terminale a un centro di suicidio assistito: questa situazione in effetti poteva essere meritevole di un'esclusione della responsabilità, ma la redazione della norma, presa alla lettera, implica l'incongrua conseguenza che l'autore (*ex* § 217 comma 1) sia punito solo se agisce "commercialmente", mentre il partecipe (istigatore o complice, *ex* § 217 comma 2) anche se non agisce "commercialmente" sarebbe esente da pena solo se è un congiunto o persona affettivamente vicina all'aspirante suicida.

3. I dubbi di incostituzionalità del § 217 StGB.

La nuova norma, dunque, interveniva in una situazione in cui il principio di autodeterminazione (in questo caso, a decidere della propria morte) veniva rispettato nella sua massima ampiezza e garantito anche dall'assoluta irrilevanza penale di qualunque condotta (non importa se di autorità o complicità) che fornisse un contributo al suicidio di una persona.

Benché l'obiettivo dichiarato fosse quello, comune in fondo ad una delle preoccupazioni della nostra Corte Costituzionale, di non lasciare persone deboli e vulnerabili in balia di soggetti privi di scrupoli che contribuissero al loro suicidio per ragioni di interesse, tuttavia la disposizione si attirò subito l'osservazione critica di diversi commentatori a causa del fatto che il suo dettato andava molto al di là di ciò, ponendo l'unica limitazione del carattere organizzato e ripetuto dell'attività, ma per il resto sanzionando di fatto, anche se con una pena detentiva non elevatissima e con l'alternativa in ogni caso della pena pecuniaria, ogni possibile forma di manifestazione dell'aiuto al suicidio, così finendo per comprimere in modo notevole la possibilità di autodeterminarsi alla morte di persone non in grado di suicidarsi senza un aiuto esterno.

4. La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*.

Chiamato ad esprimersi sulla sua legittimità costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht* lo ha fatto con una sentenza emenata il 26 febbraio 2020, nella quale ha affermato in modo molto deciso l'incompatibilità del § 217 StGB con alcuni principi fondamentali della Legge Fondamentale del 1949, facendo uso di argomenti tratti in maniera evidente da una logica fortemente antipaternalistica.

Il principio essenziale violato dall'incriminazione dell'aiuto organizzato al suicidio è quello fissato dall'art. 2 comma 1 GG, per il quale ognuno ha diritto al libero dispiegamento della propria personalità, nella misura in cui non lede i diritti di altri e

H.U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, vol. 2, 5^a Aufl., 2017, n. marg. 19 e a K. JARVERS, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in G. Fornasari – L. Picotti – S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 54.

non viola l'ordine costituzionale o la legge morale, nel suo rapporto con l'art. 1 comma 1, in virtù del quale la dignità dell'uomo è inviolabile ed è fatto obbligo ad ogni potere dello Stato di salvaguardarla e proteggerla.

Secondo l'argomentare della Corte, infatti, il combinato disposto di queste due norme è volto a garantire il diritto di ciascuno di decidere in autonomia di darsi la morte, con consapevolezza e volontà, come uno dei fondamentali diritti della personalità, ed anche di ricorrere a tal fine all'aiuto di terzi. La disposizione del § 217 StGB incide su questo diritto in modo ingiustificato, limitando lo stesso diritto ad esprimere la propria dignità⁵.

Questa presa di posizione già di per sé molto netta è ulteriormente rafforzata in un passaggio di poco successivo, nel quale viene puntualizzato che il diritto di autodeterminarsi alla morte, in quanto espressione tutelata della libertà personale, non è soggetto a limitazioni relative al tipo di situazione in cui la decisione viene presa, il che in concreto significa che esso non può conoscere restrizioni collegate ad una particolare gravità delle condizioni di salute o a una determinata fase dell'esistenza: dunque, ogni valutazione delle cause e dei motivi della decisione di morire è esclusa se deve comprimere la libertà di autodeterminarsi⁶.

Riprendendo testualmente il passaggio decisivo: "Questo diritto [s'intende, l'autodeterminazione riguardo alla fine della propria vita] esiste in ogni fase dell'esistenza umana. La decisione del singolo di porre fine alla propria vita, in accordo con la propria concezione della qualità e del senso dell'esistenza, deve essere rispettata in punto di principio dallo stato e dalla società in quanto atto autonomo di autodeterminazione"⁷.

Immediato corollario è che il diritto costituzionalmente garantito ad uccidersi comprende anche la libertà di cercare ed ottenere aiuto da parte di terzi a tal fine; ed è questo l'aspetto che viene contraddetto dal divieto contenuto nel § 217 StGB.

Di conseguenza, la norma viene dichiarata abrogata, poiché non consente l'effettivo esercizio di un diritto formalmente riconosciuto⁸.

Peraltro, la stessa Corte non giunge al punto di configurare un obbligo di assistenza al suicidio: resta chiaro che il rifiuto del medico di partecipare ad un'attività suicidiaria è una libera scelta di coscienza che egli può adottare legittimamente, dato che al diritto della persona di scegliere di morire e di farsi assistere nell'esecuzione della scelta non corrisponde simmetricamente un dovere di intervento⁹.

D'altro canto, proprio l'obiezione di coscienza esercitata da molti medici tedeschi durante il periodo in cui l'aiuto al suicidio non era regolato penalmente aveva indotto

⁵ Cfr BVerfGE 26.2.2020, n. marg. 203 ss. (disponibile all'indirizzo sr20200226_2bvr234715.pdf).

⁶ Cfr BVerfGE 26.2.2020, n. marg. 210 ss.

⁷ Cfr BVerfGE 26.2.2020, n. marg. 210.

⁸ Cfr. J.F. LINDNER, *Sterbehilfe in Deutschland – Mögliche Regelungsoptionen*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2020, 66.

⁹ Lo osserva M. SCHLUND, *Straflosigkeit der geschäftsmäßigen Förderung einer Selbsttötung*, in *Neue Juristische Wochenschrift-Spezial*, 2020, 184.

quell'attività organizzata il cui sviluppo aveva dato causa all'entrata in vigore del § 217 StGB.

Ora la Corte costituzionale tedesca ritiene infondati i timori di allora e, ferma restando la rilevanza del bene della vita, attribuisce alla libertà di scelta circa il suo momento terminale un valore preminente; sembra allora che la differenza fondamentale tra gli atteggiamenti tra le due Corti costituzionali tragga origine non tanto da una diversa concezione del ruolo del diritto penale nell'ambito del trattamento del suicidio, ma, molto più a monte, nella possibilità di configurare la scelta suicidiaria come un diritto, per di più dotato di copertura costituzionale ai massimi livelli possibili come esplicitazione del principio di autodeterminazione rapportato alla salvaguardia della dignità umana, come avviene ora in Germania¹⁰, o una libertà meramente tollerata, come era chiaro nell'ideologia che stava alla base del codice Rocco, secondo un modello di riferimento che però continua ad esercitare una sua influenza anche al giorno d'oggi.

Si tratta di un'influenza che fa leva su una sorta di pubblicizzazione, più o meno spinta, della tutela del bene della vita, e che risulta molto evidente nel mondo cattolico¹¹ ma presente anche al di fuori di esso¹² e non estranea allo stesso ragionamento della nostra Corte nel giudizio sull'art. 580 c.p.¹³.

Il conflitto che conduce poi a un diverso atteggiamento nei confronti dell'uso del diritto penale come strumento di contrasto verso le condotte di aiuto al suicidio – legittimazione con qualche restrizione in Italia, radicale dichiarazione di illegittimità in Germania – scaturisce dunque dal modo molto diverso di collocare la tutela dell'autodeterminazione dell'individuo nella gerarchia dei valori affermati dalla Costituzione.

5. Una prima valutazione comparata.

La visione nettamente antipaternalistica abbracciata dal BVerfG¹⁴, infatti, inquadrando l'autodeterminazione al suicidio come principio supremo funzionale al

¹⁰ Con un ragionamento, peraltro, non estraneo alla nostra dottrina civilistica, nella quale un nesso inscindibile tra dignità della persona, come concezione secolarizzata della dimensione esistenziale di ogni individuo, e autodeterminazione nei contesti di fine vita è individuato senza esitazioni, come da ultimo evidenziato nel saggio di T. PASQUINO, *Notazioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: profili civilistici*, in G. Fornasari – L. Picotti – S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 117.

¹¹ Si veda, da ultimo, M. ROMANO, *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, cit., 1799, che parla di una mera libertà di fatto, non concretamente contrastabile, ma che si riferisce a un fatto che l'ordinamento disapprova e intende, fino a che sia possibile, scongiurare. Non diversamente, già F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 69 ss.

¹² Cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 46.

¹³ Si veda in particolare il *Considerato in diritto n. 6* dell'ordinanza del 2018.

¹⁴ Che trova per esempio espressione anche in alcuni contributi della dottrina italiana, come per esempio in L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *LP*, 2000, 481, oltre che presso gli Autori citati nella n. 2.

dispiegarsi della dignità umana, in sostanza non consente ma impone di astenersi da ogni forma di repressione penale dell'aiuto al suicidio.

Questo, peraltro, come è stato opportunamente ricordato¹⁵, non impedisce al BverfG stesso di indicare al legislatore la possibile via di una regolamentazione dell'aiuto al suicidio, ma l'ottica è proprio quella di una miglior tutela dell'autodeterminazione, in quanto si ipotizza un meccanismo procedurale¹⁶ volto ad accertare che la volontà del soggetto si sia consapevolmente formata, nel senso che non dev'essere determinata dall'altrui approfittamento della sua debolezza e deve avere considerato i possibili rimedi curativi o assistenziali alternativi all'atto di darsi la morte chiedendo il contributo di terzi.

Che un consesso autorevole come una prestigiosa Corte Costituzionale abbia fatto un passo di tale rilevanza, da alcuni considerato inammissibile nella nostra esperienza, induce a riflettere.

Il *self restraint* adottato nell'apertura della nostra Corte costituzionale è parso a molti eccessivo, potendosi immaginare facilmente situazioni di grande sofferenza lasciate fuori senza giustificato motivo dal nuovo regime di esenzione da pena (dunque sempre all'interno dell'orizzonte concettuale a cui la Corte si è riferita), ma in effetti non vi sono state molte prese di posizione volte a rimproverare una mancata radicale abrogazione della fattispecie incriminatrice.

Suppongo che possano avere inciso in ciò due diverse premesse.

Da un lato, vi è probabilmente la convinzione che in un paese con la nostra tradizione culturale non vi sia ancora spazio per una limitazione del carattere sacro del bene della vita a favore di una piena espansione del diritto di autodeterminarsi.

Dall'altro, sul piano più strettamente giuridico, vi è un pregiudizio negativo verso una conseguenza ritenuta automatica del riconoscimento di un diritto a suicidarsi (e a farsi aiutare a tal fine), ovvero l'instaurarsi di un corrispondente dovere di prestare aiuto in capo al soggetto a cui viene fatta la richiesta.

Riguardo a quest'ultimo argomento, la Corte tedesca ha ritenuto che non vi sia un rapporto di implicazione diretta, ed ha chiarito senza esitazioni che resta salva la legittimità dell'obiezione di coscienza, che non inficierebbe la qualifica come diritto dell'autodeterminazione alla morte (una situazione che in fondo conosciamo già, con riguardo all'aborto).

Circa la remora "culturale", credo che sarebbe il momento di avviare un dibattito pubblico più serio di quello che c'è stato finora, che ha avuto i toni della guerra ideologica più che di una riflessione sui presupposti morali della nostra vita in comune.

Queste mie rapsodiche osservazioni sono solo il punto di partenza di una riflessione per la quale non ho risposte preconfezionate; per ora, noto solo che la Corte

¹⁵ Si veda ancora M. SCHLUND, *Straflosigkeit der geschäftsmäßigen Förderung einer Selbsttötung*, cit., 185.

¹⁶ Esso viene elaborato nei n. marg. da 338 a 342 della sentenza.

In Italia del resto vi è chi considera anche l'intervento della nostra Corte costituzionale come istitutivo di una scriminante procedurale: M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in F.S. Marini - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 126 ss.

costituzionale italiana è partita da una premessa affacciata anche da quella tedesca, che è, mi pare, universalmente condivisibile, ovvero dalla necessità di proteggere comunque le persone deboli e vulnerabili dal pericolo di prendere una decisione inconsapevole: divergenti sono state le conclusioni, una nel senso di mantenere a tal fine presente la leva penale (che però continua a regolare anche molte altre situazioni), l'altra di fare ricorso a strumenti di aiuto psicologico e sociale.

Ecco quale può essere una buona base per continuare a ragionare su questo tema così delicato¹⁷.

¹⁷ Su questo e su molti temi ad esso connessi non è possibile effettuare un approfondimento in questa sede, salvo almeno accennare a quanto poco ragionevole sia, se non altro in casi analoghi a quello che ha dato vita alla vicenda Cappato, escludere l'operatività della disposizione sull'aiuto al suicidio, ma ammettere quella dell'omicidio del consenziente, con il suo pesante carico sanzionatorio, se chi vuole morire non è in grado di causare materialmente da sé l'evento morte: si tratta in tutti i casi di agevolazione di una morte dignitosa voluta da chi soffre, senza che vi sia alcuna differenza di giudizio morale, come ho provato a dimostrare in G. FORNASARI, *La ponderación entre tutela de la vida y tutela de la autodeterminación del individuo y su reflejo en la disciplina penal del auxilio al suicidio*, in J.L. Guzmán Dalbora – A. Zuñiga Fajuri, *Delito, naturaleza y libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, in corso di pubblicazione, 18 ss. del dattiloscritto; nella stessa direzione anche S. SEMINARA, *L'art. 580 c. p. e il diritto di morire*, in F.S. Marini – C. Cupelli, *op. cit.*, 335. Critico invece M. ROMANO, *op. cit.*, 1810 ss.