

## IL SENSO “AMMISSIBILE” DEL QUESITO REFERENDARIO SULL’AIUTO A MORIRE (\*)

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Che cosa resterebbe dopo l’abrogazione dell’art. 579 c.p. – 2. Il vero tema non è di diritto penale, ma di tutela dei diritti. – 3. Perché la Corte non dovrebbe mettere il Parlamento sotto tutela, ma proteggere i diritti negati.

### 1. Che cosa resterebbe dopo l’abrogazione dell’art. 579 c.p.

Il *referendum* sull’abrogazione dell’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) ha un oggetto che non può essere compreso se non si legge ciò che residuerebbe nel sistema penale dopo l’abrogazione proposta. In particolare rimarrebbe la vigente disciplina dell’aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), che prevede la non punibilità di tale aiuto alle rigorose condizioni stabilite da C. cost. n. 242/2019.

Chi vota “sì” sa che non abroga la normativa sull’aiuto al suicidio. Si poteva estendere il quesito. Non lo si è fatto. Dunque l’elettore sa che, al di là delle ideologie o aspettative di alcuni proponenti, sul piano oggettivo non si è inteso eliminare in via referendaria questa regola, o ciò che potrà rimanere di essa se approderanno a esiti conclusivi i lavori parlamentari di riforma attualmente in corso, e che non riguardano, nella volontà della maggioranza, l’omicidio del consenziente.

Ricordo il caso Kevorkian, il Dottor morte. In Michigan era punito l’omicidio del consenziente, come quasi ovunque, anche in Svizzera e in Germania, ma anche nei Paesi Bassi<sup>1</sup>, e non l’aiuto al suicidio. Condannato e a lungo incarcerato, dopo 129 aiuti al suicidio leciti (non punibili in Michigan, ma contestati egualmente in più occasioni in sede giudiziaria, per il sospetto di consensi invalidi), solo quando il medico è passato dalla pratica di aiuti sanitari alla morte di mano propria dei pazienti all’ «equivalente» ma criminosa iniezione diretta<sup>2</sup>.

---

(\*) Testo riveduto dell’intervento al *Seminario preventivo ferrarese “Amicus curiae”* del 26 novembre 2021 sull’ammissibilità del *referendum* per l’abrogazione dell’art. 579 c.p., destinato agli Atti di tale Convegno.

<sup>1</sup> In Olanda, dove esiste una delle discipline più aperte all’eutanasia, e fondata su criteri di *compassion*, al di là del fatto che siano esposte a scarsa protezione persone deboli come minori e infermi psichici, restano i reati di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente che non siano attuati nell’ambito delle procedure mediche per l’aiuto a morire delle persone malate. Riferimenti in M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, pp. 574 ss. (§ 9).

<sup>2</sup> *Ex multis*, M. DE CESARE, *Death on Demand. Jack Kevorkian and the right-to-die-Movement*, Rowman & Littlefield Publishers, London, 2015.

Appare francamente assurdo abolire integralmente e per sempre l'omicidio del consenziente, che è anche norma di favore rispetto all'omicidio doloso, lasciando in vita la punibilità per l'ipotesi minore. Ci si deve però chiedere se le incongruenze della disciplina che residua da una abrogazione referendaria siano motivo sufficiente per dichiarare la inammissibilità delle proposte: pacifico che tale conclusione non sia da accogliere, esse aiutano, al contrario, a comprendere il senso vero delle proposte stesse.

Se fossimo in Germania, per es., dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca<sup>3</sup> che di fatto ha eliminato l'aiuto al suicidio, abrogare l'omicidio del consenziente avrebbe un valore totalmente diverso. Significherebbe davvero consentire ogni forma non solo di eutanasia attiva senza limiti legali, ma anche ogni spettacolo che preveda, col pieno consenso dei partecipanti, la morte certa in una competizione violenta ben "retribuita", in un duello rusticano col pagamento di un biglietto per assistere alla visione. Si potrebbe chiedere a terzi la soppressione senza addurre il motivo, o decapitare in pubblico una adultera islamica, col suo stesso consenso a una giusta punizione per il crimine commesso; oppure, per un lauto compenso a favore di familiari, scommettere sulla propria vita, magari con la sola speranza di sopravvivere: sarebbe un consenso al rischio elevato di morire, ma non necessariamente alla propria morte. Fatto oggi vietato, e non ricondotto all'art. 579 c.p., ma in futuro attratto addirittura in una sfera di liceità. E così discorrendo fino a disporre della propria incolumità nei rischi lavorativi, nel depotenziamento delle regole cautelari ecc.

Uno scenario che nessun referendario può avere inteso promuovere, ma che sarebbe imminente, se non intervenisse il legislatore. Dall'*horror vacui* panpenalistico alle lacune nella tutela di beni fondamentali.

La domanda dunque è: la Corte costituzionale metterà il Parlamento sotto tutela impedendo simili rischi di un vuoto legislativo anche temporaneo prima di eventuali riforme?

Questo paradossale esito non si può ritenere che sia presente nell'oggetto del quesito, non ne rappresenta lo scenario, perché da un lato si tiene in vita l'art. 580 c.p., appunto, e dall'altro si costruisce tutta la campagna referendaria sulla eutanasia legale: vale a dire sull'aiuto a morire di persone malate.

Come nel caso del vigente aiuto al suicidio, dunque, è in discussione il diritto di morire, o comunque di essere liberati da un male insopportabile in casi determinati da malattie gravi, dolorose e inguaribili. Non è questo, peraltro, un semplice "motivo" dei proponenti, che in sede di giudizio di ammissibilità non rileverebbe comunque, ma un dato oggettivo: proprio la conservazione dell'art. 580 delimita il campo successivo al "sì" referendario, e anche in una prospettiva di allargamento delle condizioni di aiuto a morire, oltre alcuni *maquillages* attualmente discussi alla Camera, traccia un recinto di solidarietà, anziché di pura separazione della persona.

Anche se ciò non poteva essere scritto nel quesito, che è solo abrogativo, il rapporto col permanente art. 580 c.p. dice proprio questo.

---

<sup>3</sup> BVerfG, 26.2.2020.

È un nesso oggettivo che “salva” la coerenza, la comprensibilità e dunque, sotto questo profilo, l’ammissibilità del *referendum*, il quale esige addirittura un successivo coordinamento dell’art. 580 c.p. con un nuovo e aggiornato art. 579 c.p.

## 2. Il vero tema non è di diritto penale, ma di tutela dei diritti.

L’attrazione penalistica di un problema di diritti fondamentali negati è uno dei molti aspetti della patologia contemporanea di regolare tutto attraverso il diritto penale. Eppure nel dibattito vero, cioè nella realtà dei non giuristi, anziché dei dottori della legge, non c’è qui la *hybris* dell’uomo che dice di disporre della propria vita senza limiti che non siano quelli della capacità di intendere e di volere, della maggiore età e dell’assenza di vizi del proprio consenso. Io non vedo dunque Zarathustra, l’oltre uomo che supera i confini delle sacre leggi e diventa egli stesso non solo misura di tutte le cose, ma anche del proprio destino. Io vedo invece una umanità sofferente in condizioni miserevoli, rese possibili non dalla malattia, ma da un artificiale e crudele prolungamento della vita dovuto a una medicina i cui esponenti, col pretesto del giuramento di Ippocrate, impongono la terapia del dolore purché sia la più duratura possibile, salvo affidarsi alle opacità della sedazione palliativa più o meno profonda o praticata sui presupposti ancora incerti dell’art. 2, co. 2, l. n. 219/2017 (la legge sulle Dat). È così che la malattia, la quale non deve essere una perdita di dignità, lo diventa per la crudeltà tecnica del suo prolungamento, che salva e tormenta, e se non tormenta svuota di senso. La sedazione profonda continuativa non si può certo imporre. In qualche caso è stata utilizzata anche secondo la sequenza: rifiuto di terapie salvavita, prognosi infausta a breve termine, possibile sedazione profonda continuativa *ex art. 2, co. 2, l. n. 219/2017*. In questi casi la sedazione dura troppo poco (tre giorni in media) perché le terapie “omesse” producano effetti gravi anche in caso di rifiuto di cure salvavita, la cui richiesta interruzione può consentire di accedere a questo processo. In realtà, una volta “entrati nel tunnel”, anche solo la mancanza di alimentazione basterà a ottenere la liberazione dal male in pochissimi giorni. Tuttavia così intesa la sedazione continua viene o verrebbe usata a scopi diversi da quelli per i quali è stata pensata: producendo l’annullamento di ogni dolore, coscienza e sensazione, ciò la rende ufficialmente terapeutica e perciò non dovrebbe essere impiegata con finalità *di fatto* eutanasiche.

La maggior parte delle persone riesce a sopravvivere così fino alla fine con terapie del dolore che molte volte non bastano. Alcuni, in questi casi, pur potendo ricorrere a sedazioni “terminali” e rapide in presenza dei presupposti richiesti, peraltro indeterminati e gestiti con grandi discrasie nel territorio<sup>4</sup>, le rifiutano ideologicamente preferendo affrontare ben più lunghe battaglie legali con la speranza in una proiezione generale degli esiti della vicenda sulla giurisprudenza e sulla legislazione. Per altri, che

---

<sup>4</sup> In particolare, il presupposto della “prognosi infausta a breve termine”, sempre dell’art. 2 sulle Dat, è applicato con estrema varietà di letture dai diversi *hospices*. Suppongo peraltro che il segreto professionale costituisca una barriera rilevante alla conoscenza dei fatti da parte della opinione e della ragione pubblica. Ma prima o poi anche questa ne dovrà discutere, se non si dovesse arrivare a una legislazione differente.

versano in condizioni non affrontabili neppure con sedazioni continuative profonde per mancanza di requisiti fattuali e normativi completi, non resta che essere diversamente aiutati a morire, perché è contro la vita costringere a viverla in quelle condizioni<sup>5</sup>. Condotta attiva o passiva, omissiva o commissiva: sono artifici giuridici queste distinzioni di fronte all'estremo delle condizioni di Welby, Englaro, Nuvoli, dj Fabo, ma soprattutto di tanti altri. Che cosa importa se la sostanza fornita dal medico la ingerisci da solo o te la somministra lui perché non sei neppure in grado di bere da solo da un bicchiere? *Letting die* e *killing*, in questi casi, non sono più due universi paralleli, due tipicità opposte, due mondi in conflitto, perché è il diritto di esser liberati dal male a giustificare entrambe le condotte e a confonderne il significato.

Il *referendum* pone quindi sul tappeto una equiparazione di trattamento, non la riapertura del Colosseo alle lotte mortali tra gladiatori.

La dignità e la sofferenza dei malati estremi ha reso possibile costruire una categoria di diritti forse infelici, di essere aiutati alla liberazione, nella dignità di chi non vuole l'istupidimento della narcosi perpetua, e in un quadro di umana solidarietà. Io parlerei anche di *pietas*, quella di Enea, o di *compassion*, una categoria da tempo ritornata anche alla consapevolezza culturale filosofica dopo le ricerche di Martha Nussbaum<sup>6</sup>. Però chi desidera e riceve il calore di uno sguardo mentre lotta e non cede mai fino all'attimo finale, lo avrà sempre; basta che non lo imponga agli altri che forse neppure ce l'hanno.

Non si può invece parlare di scusante per chi aiuta: non esistono scusanti, ma scriminanti procedurali, perché le scusanti sono situazioni di inesigibilità non disciplinate da regole di condotta: sono solo regole di giudizio. Qui invece stiamo disciplinando la procedura di congedo. La stessa Corte costituzionale ha introdotto una riforma che proceduralizza l'attuazione di un diritto, non la scusa soggettiva per l'intervento di tecnici sanitari, che non hanno nessuna "scusa", che non sia quella dell'obiezione di coscienza.

La Corte non ha voluto o potuto riconoscere esplicitamente, finora, il diritto di morire quale limite alla legge penale, e che costituisce il vero fondamento "culturale" della richiesta referendaria. Anziché la non punibilità quale apparente concessione, un vero diritto civile. Non l'ha fatto per le troppe opposizioni politiche in atto. Infatti, come sappiamo, ha solo dichiarato la non punibilità dell'aiuto al suicidio in un numero circoscritto di patologie dove le persone, aiutate da trattamenti di sostegno vitale, nel caso di incoercibili sofferenze possono ottenere l'autorizzazione a morire per mano propria seguendo, in assenza di una legge *ad hoc*, le procedure della normativa sulle disposizioni anticipate di trattamento (la l. n. 219/2017). La decisione ha limitato il permesso di suicidio assistito alla situazione di malattie irreversibili accompagnate da gravi sofferenze ineliminabili col semplice rifiuto di terapie; la Corte non ha potuto imporre la prioritaria adozione, come se fosse un vaccino obbligatorio, della sedazione

---

<sup>5</sup> Nel senso che le cure palliative, ritenute un presupposto da offrire necessariamente prima di accedere a forme di suicidio assistito, non possono peraltro costituire la soluzione per ogni caso di dolori e patologie anche non terminali, v. ora S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, BUP, Bologna, 2021, 46 ss.

<sup>6</sup> M. NUSSBAUM, *Upheavels of Thought* (2003), tr. it. *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino, Bologna, 2004.

profonda, e che sarebbe stata applicabile, dopo il rifiuto del sostegno respiratorio (ma non prima), anche a dj Fabo. Tuttavia ci sono casi nei quali anche l'aiuto al suicidio è impossibile, per l'incapacità del paziente di attuare la condotta esecutiva. Non resta allora che un aiuto attivo del terzo.

Siamo sempre nel quadro dei diritti del malato: se al centro di C. cost. n. 242/2019 c'è solo la non punibilità per chi aiuta, la richiesta di essere salvato dal tormento, perché non resti vana e *in facultate solutionis* di tutto il sistema sanitario, come nel caso Welby prima che intervenisse il dott. Riccio, deve avere il sostegno giuridico del riconoscimento di un vero diritto del malato: perché se il malato non avesse il diritto non solo al rifiuto delle terapie (da tempo riconosciuto pienamente dopo il caso Welby, addirittura senza dover giustificare il perché), comprese quelle palliative, ma anche a non subire dolori insopportabili dopo questo rifiuto (per il prolungarsi di una agonia che il tipo di malattia manterrebbe ancora in essere), la decisione della Corte non avrebbe avuto una base normativa e morale.

Prima della non punibilità c'è un diritto regolato e da regolare meglio. Nessuna scusante per chi aiuta chi vanta un diritto. *Pietas* semmai per chi soffre.

C. cost. n. 242/2019 presuppone dunque concettualmente un diritto che non ha voluto o potuto riconoscere in modo esplicito, e perciò questo diritto va strappato ai giuristi, ai dottori della legge che lo tengono celato. Ed è ciò che il *referendum* intende finalmente portare alla luce del sole.

### **3. Perché la Corte non dovrebbe mettere il Parlamento sotto tutela, ma proteggere i diritti negati.**

Per quanto attiene invece alla normativa residua, ho apprezzato la relazione del prof. Romboli<sup>7</sup>, e comprendo le sue perplessità sui profili di ammissibilità legati alle incertezze normative del dopo voto. Tuttavia oggi non è più richiesto che la disciplina di risulta da una abrogazione referendaria sia autoapplicativa. Qui l'intervento del legislatore è scopertamente richiesto, ma è sollecitato dalla Corte stessa, da tre anni ormai.

Esistono infatti due tipi fondamentali di *referendum* abrogativi: quelli che aboliscono un istituto, come potevano essere il divorzio, l'aborto o il finanziamento pubblico dei partiti politici; e quelli che aboliscono una disciplina, la cui abrogazione esige necessariamente un successivo intervento parlamentare. Il *referendum* sull'aiuto a morire appartiene a questa seconda classe e il suo eventuale accoglimento non impedirebbe affatto, ma anzi imporrebbe una riscrittura dell'art. 579 c.p., insieme a una migliore definizione dei diritti del malato. Sarebbe un completamento della disciplina.

Esso esige nuove procedure di solidarietà, non di sole obiezioni di coscienza, per il riconoscimento di diritti pieni, non affievoliti. Ritengo che la Corte non debba denegare

---

<sup>7</sup> R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.* (versione provvisoria presentata per la discussione del *Seminario preventivo ferrarese* del 26.11.2021 sul tema).

questa occasione di giustizia, dopo che il Parlamento ha ommesso continuamente di provvedere, perché la Corte dovrà scegliere comunque tra diritti non riconosciuti: i diritti dei malati in situazioni simili a quelle oggi scriminate, ma ancora punibili e dunque da sanare, e quelli delle situazioni non più regolate in caso di abrogazione dell'art. 579 c.p. e rese possibili da un illimitato riconoscimento della facoltà dei terzi di sopprimere, o anche solo mettere a repentaglio in modo grave, la vita di chi acconsenta per qualsiasi motivo, anche economico, di essere sacrificato dalla sorte o dalla abilità o dagli interessi altrui. Questo esito anche culturalmente rovinoso e che il "sì" potrebbe rendere possibile, deve essere scongiurato. Ma è il legislatore a doverlo fare, non la Corte costituzionale. Se lo facesse la Corte, è perché pensa che il Parlamento debba essere posto sotto tutela preventiva. Ci sono momenti drammatici nella storia dei diritti negati. Ritengo che la Consulta abbia una chiara alternativa: anziché assumersi indebitamente il compito di impedire il riconoscimento di alcuni di tali diritti che il Parlamento ha dimostrato ampiamente di non saper proteggere e sui quali l'elettore vuole decidere, può invece, ammettendo il *referendum*, rimettere al Parlamento la tutela di altri diritti resi insicuri dall'abrogazione, e che invece la politica non avrà nessuna difficoltà a salvaguardare tempestivamente.