

Letizia Solazzi

Osservazioni intorno a “Il consenso dell’offeso” (1924) di Filippo Grispigni*

ABSTRACT: This paper examines “Il consenso dell’offeso” by Filippo Grispigni. By examining the possibility of making ‘consent’ flow back into already known legal institutes and ascertaining his autonomy, the author identifies the constituent elements of ‘consent’, its limits as well as its actual effectiveness related to legal assets.

KEY WORDS: assisted suicide, suicide, euthanasia.

1. Qualche rapidissimo cenno sulla biografia dell’autore. Filippo Grispigni nacque a Viterbo nel 1884 - morì a Roma nel 1955 - da Pietro Grispigni, di origini viterbesi, e da Rosa Venturini, figlia del Conte Filippo da Bagnoregio. Di famiglia altolocata ed appartenente all’alta borghesia locale, Filippo - fratello minore di Luigi, avvocato e poi Sindaco di Viterbo - si iscrisse alla Facoltà di Giurisprudenza a Roma dove si laureò nel 1908¹.

Ad indirizzarne in maniera significativa la formazione fu Enrico Ferri il quale, da sempre affascinato dai temi dell’imputabilità (si laureò a Bologna discutendo una tesi dal titolo “L’imputabilità umana e la negazione del libero arbitrio”) non appena ebbe notizia che a Berlino Von Liszt aveva istituito il *Kriminalistisches Seminar* vi inviò il suo allievo². In Germania Grispigni ebbe modo di venire a contatto con una nuova sensibilità giuridica la quale sosteneva l’opportunità di aprire l’insegnamento delle scienze penalistiche all’ambito criminologico. Quanto appreso lo portò a ricoprire molti incarichi accademici: abilitato alla libera docenza presso l’Università di Roma dove insegnò diritto penale comparato nella Scuola di applicazione giuridico-criminale, si trasferì per un breve periodo a Cagliari (1923-1924), per poi insegnare sociologia criminale e diritto e procedura penale (1929) a Milano dove Rocco teneva lezioni di penale.

L’impegno accademico non fu il solo ad assorbire le energie di Grispigni: questi insieme a Ferri, Garofalo e Lombroso aderì all’orientamento della Scuola Positiva, cui si dedicò con entusiasmo. All’indomani della morte del Ferri, egli non si limitò solo a collaborare con la redazione de *La Scuola Positiva*, ma ne assunse la guida, imprimendole un indirizzo *bio-sociologico-giuridico*. Malgrado l’impegno accademico e quello presso la redazione fossero particolarmente gravosi, Grispigni non fu mai distolto dalla passione per gli studi di sociologia

* A Luca.

¹ M. Donini, *Grispigni Filippo* in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna 2013, pp. 1070-1072.

² R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano 2004, p. 170.

criminale e criminologia, come dimostra il fatto che diede avvio alla traduzione del famoso manuale di *Criminologia* scritto da Exner di cui - ancora studente - aveva ascoltato alcune lezioni³. Per Grispigni, uomo probo ed onesto “dalla personalità vigorosa e combattiva che non temeva di difendere le proprie idee con accanimento inusitato”⁴, lo studio, la ricerca, l’approfondimento al pari della vita accademica “ossigenava[no] la sua anima e gli dava[no] una ragione di vita”.

Dopo aver partecipato nel 1921, insieme al Ferri, alla Commissione reale per la stesura di un nuovo codice penale, fu coinvolto dall’allora Ministro di Grazia e Giustizia Dino Grandi e dal Presidente della Corte di Cassazione Giovanni Novelli in un progetto di modifica al codice penale. Proprio questo suo coinvolgimento, gli costò la definizione di “fervente fascista”, malgrado non lo fosse mai stato, come dimostra il suo fermo orientamento “radicale” maturato in giovane età, che lo portò a scrivere sul giornale “La vita di Roma”, quotidiano locale della sinistra liberale.

Il suo capolavoro fu *Il consenso dell’offeso*, pubblicato - in più di 700 pagine - a Roma nel 1924 per i tipi di *Athenaeum*. Ancora oggi l’opera non manca di suggestioni per il giurista contemporaneo. Significativa l’affermazione secondo cui

mentre per Lombroso e Ferri il tempo che passa pone queste figure in una specie di limbo mitologico ove i contorni e i contenuti (a parte certe intuizioni) sfumano, Grispigni è e sarà ancora fra noi come una figura viva ed interlocutore valido⁵.

Del resto, le tematiche affrontate ne *Il consenso dell’offeso* che svilupperemo nei loro tratti più salienti, perfettamente in linea con l’interesse del tempo⁶, dimostrano come “tutti i momenti della ricerca [siano] vissuti e condotti con estremo rigore sistematico che corrisponde ad altrettanto rigoroso principio scientifico”⁷.

Grispigni riconosce l’unità della scienza del diritto al cui interno quello penale si colloca come un complesso di norme *ulteriormente sanzionatorie*. Vagliata preliminarmente la possibilità di far rifluire il *consenso* nel novero di istituti giuridici già noti ed appurata l’autonomia, l’autore ne individua gli elementi costitutivi, i relativi limiti nonché la sua reale efficacia rispetto alla lesione dei beni giuridici. Inquadrare scientificamente il consenso significa collocarlo all’interno della struttura della singola fattispecie criminale, con la conseguenza che esso - comportando l’eliminazione dell’elemento oggettivo dell’illecito penale - farebbe venir meno l’antigiuridicità della condotta. In altri termini, la

³ R. Clerici, *Gli 80 anni della Facoltà di Giurisprudenza. Atti dell’incontro del 14 ottobre 2004 – Associazione dei laureati in Giurisprudenza Università di Milano*, Milano 2006, p. 90.

⁴ G. Bettiol, *Ricordando Filippo Grispigni*, in “L’indice penale”, III (1975), p. 333.

⁵ Ivi, pp. 331-341.

⁶ E. Ferri, *L’omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*, Torino 1883.

⁷ A. Cristiani, *Considerazioni sullo studio della fattispecie legale* oggettiva, in “Studi in memoria di Filippo Grispigni”, Milano 1956, p. 257.

manifestazione di un consenso valido ed efficace, nel precludere la configurabilità del reato, impedirebbe ogni possibile censura rispetto alla condotta. Solo a questo punto, chiariti i confini del *consenso*, può svilupparsi l'analisi dell'*omicidio del consenziente*.

2. La questione del consenso, secondo il Grispigni, svolge una funzione cruciale al centro del sistema penale. Oltre ad essere tema di teoria generale del diritto, e pertanto fondamentale al fine dell'individuazione degli elementi costitutivi di ogni reato, è indispensabile a tracciare i confini dell'illecito, tanto civile quanto penale. Tale precisazione - propria di una moderna elaborazione dogmatica del diritto - muove dalla necessità, avvertita dal Grispigni, di prendere le distanze da quanti, soprattutto nella letteratura tedesca⁸, sostennero che è interesse del solo civilista comprendere se un fatto è lecito in quanto esercizio di un diritto, ovvero se esso è stato compiuto a seguito della manifestazione di un consenso.

In limine occorre rilevare, per una migliore comprensione delle pagine seguenti, che il Grispigni criticò aspramente chi - ad esempio lo Zitelmann o lo Holer - si era accostato al tema del consenso servendosi esclusivamente degli strumenti propri del diritto civile. Egli sosteneva invece che ogni problema dovesse essere risolto con strumenti e principi tratti tanto dal diritto civile quanto da quello penale. E a questo principio si attenne nella stesura della sua voluminosa monografia.

Non di rado, la liceità o l'illiceità di un fatto ed anche la sua maggiore o minore punibilità, considerate come "altro" dall'esercizio di azione civile o di querela da cui segue la pronuncia giurisdizionale della sanzione, dipendono dalla qualità del soggetto passivo⁹, dai rapporti¹⁰ che lo legano all'autore del fatto, dalla sua condotta¹¹ prima del fatto e, infine, dalla sua manifestazione di volontà relativamente alla conservazione e alla tutela del bene giuridico contro cui è diretta l'offesa. Con particolare riguardo alla manifestazione di volontà, l'azione lesiva è considerata dalla legge reato o illecito civile quando la volontà di tutela del bene è stata espressa secondo determinate forme, ovvero quando il soggetto passivo la autorizza o la istiga. La scarsa considerazione che a livello normativo viene dedicata alla manifestazione di volontà, spinse il Grispigni a ricercare con *Il consenso dell'offeso* "i principi fondamentali relativi alla efficacia giuridica della volontà del titolare di un bene, nei riguardi del fatto che offende il bene stesso".

La molteplicità delle forme con cui può palesarsi la manifestazione di volontà deve essere utilmente "polarizzata" entro le "due manifestazioni antitetiche che tutte le ricomprendono e cioè il divieto ed il consenso". Al di là della forma che

⁸ F. Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, Roma 1924, p. 24, nota 1.

⁹ *Ivi*, p. 4.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

tale manifestazione di volontà può assumere e soffermandoci sul suo “contenuto sostanziale”, si distingue l’ipotesi del tutto irrilevante in cui il titolare di un bene già giuridicamente tutelato si oppone alla sua lesione, da quella in cui un eventuale consenso all’offesa da parte del soggetto passivo rende l’azione offensiva lecita.

Quest’ultima ipotesi è l’unica meritevole di attenzione e, rispetto ad essa, è necessario chiarire il contenuto del “consenso dell’offeso” o del “consenso alla lesione” di cui vanno colti i caratteri essenziali e identificativi, necessari per procedere alla distinzione di tale istituto rispetto ad altri affini. Si tratta di operare una determinazione dogmatica che aveva già impegnato numerosi giuristi¹², alcuni dei quali avevano colto solo parzialmente la portata del “consenso”. Secondo Grispigni, infatti, parlarne in termini di “accordo di volontà” e quindi di “elemento del contratto” è riduttivo, e ciò perché il consenso è anche “permesso” o “autorizzazione” da parte di una terza persona al compimento di un atto, oltre che “consenso dell’offeso” e cioè “permesso” o “autorizzazione” non più da un soggetto terzo, come nel caso precedente, ma direttamente dalla persona contro i cui beni l’offesa è diretta. In questi termini l’offeso, con il proprio consenso alla lesione, a fronte di una azione vietata che legittimamente può essere impedita, esercita un potere, una facoltà, ovvero autorizza una condotta altrimenti illecita. Prendendo spunto da tale considerazione Holer tentò di precisare il contenuto del consenso da intendersi come “l’accordo della mia volontà coll’atto di volontà di un altro, la cui attuazione io posso impedire”¹³. Sennonché anche tale definizione - secondo Grispigni - non pare pienamente soddisfacente e ciò per due ordini di motivi: essa non distingue il consenso dell’offeso da altri istituti affini, e ha il difetto di continuare ad intenderlo come accordo di volontà anche nei casi in cui esso potrebbe essere ignoto all’autore dell’atto.

Pure alla definizione di Gerland per cui il consenso è “permesso - seriamente pensato, spontaneo, sempre ritrattabile, manifestato prima del fatto - ad una lesione in sé antiggiuridica diretta contro il consenziente”, Grispigni muove una serie di eccezioni. Innanzitutto, criticata la evidente sovrabbondanza di aggettivi presenti nella definizione, in quanto già impliciti nella nozione stessa di “consenso”, si sofferma sul richiamo alla antiggiuridicità, rilevando che l’azione non avrebbe potuto essere in sé antiggiuridica per l’idoneità del consenso a scriminare il fatto lesivo e a renderlo quindi lecito. Inoltre, l’assenza di un richiamo alla natura pubblica o privata del consenziente, rischia di confondere il consenso manifestato da un privato con quello insito nelle autorizzazioni o nelle

¹² F. Grispigni, *Il consenso*, cit., p.29. Per Kessler il consenso dell’offeso è la dichiarazione dell’accordo della mia volontà coll’atto di volontà di un altro. In linea con tale definizione quella di Breithaupt secondo cui la parola consenso indica già da sola la riunione di più volontà, in modo tale che il consenziente abbia notizia che l’altro vuole intraprendere una determinata azione. Analogamente Von Bar ritiene che il consenso sia l’accordo con la volontà di un altro.

¹³ O. Holer, *Die Einwilligung des Verletzten*, Zürich 1906, p. 80.

licenze o nelle concessioni di diritto amministrativo.

Prendendo spunto da tali considerazioni, il consenso dell'offeso è secondo Grispiigni

il permesso dato da un privato ad una o più persone di compiere un'azione proibita dal diritto obbiettivo e che distrugge o diminuisce, ovvero espone a pericolo di distruzione o di diminuzione, un bene appartenente alla persona da cui deriva il permesso.

Dunque, il consenso - sua prima peculiarità - è un permesso, non è un accordo di volontà e non trasferisce alcun diritto specifico, laddove l'attributo "specifico" serve al Grispiigni per scongiurare il dilatarsi della "libertà giuridica della persona alla quale, in seguito al consenso, deriverebbe la facoltà di agire nel caso concreto".

La seconda peculiarità riguarda il soggetto. Chi lo fornisce deve essere un privato, non un'autorità pubblica. Dunque, esclusi lo Stato e gli altri enti territoriali o istituzionali quando non agiscono sottoposti alle norme del diritto privato, se ne conclude che non attengono all'istituto del consenso neppure le autorizzazioni amministrative¹⁴.

Il consenso - terza peculiarità - richiede che il soggetto attivo del consenso, la persona che autorizza, sia il soggetto passivo della lesione o del pericolo.

Quarta peculiarità è che l'azione lesiva del bene sia proibita dal diritto positivo ed è proprio la dicotomia tra l'essere vietata dal diritto e l'essere autorizzata dal titolare del bene che caratterizza l'istituto del consenso. Esso infatti rappresenta l'antitesi apparente tra la volontà della legge e la volontà dell'offeso, armonizzando le due volontà in modo tale da farle convergere verso un unico scopo.

Quinta ed ultima peculiarità è che l'azione consentita distrugga o diminuisca ovvero esponga al pericolo di distruzione o diminuzione il bene offeso, che deve essere giuridicamente protetto. L'esito dell'azione consentita si concretizza in un danno, in una lesione ovvero in un danno eventuale, quindi non necessariamente in una distruzione o diminuzione del bene, bensì in una esposizione a pericolo. Inoltre, il concetto di esposizione a pericolo o di lesione di un bene deve essere in prima battuta considerato in linea di fatto, ovvero occorre valutare se l'effetto della azione, oggettivamente considerato, si presenti come una lesione, una distruzione o una diminuzione del bene che quell'effetto ha determinato, prescindendo dalla possibilità di valutare la lesione medesima anche dal punto di vista giuridico.

Decisivo il quinto elemento costitutivo del consenso, il quale richiede che l'azione consentita costituisca una lesione o una esposizione a pericolo: così facendo è possibile distinguere l'istituto in analisi da altri, in cui il fatto del consenso elimina la lesione o l'esposizione a pericolo. Infatti, contrariamente ad

¹⁴ F. Grispiigni, *Il consenso*, cit., p. 38.

altri autori, Grispigni non annovera nell'istituto del consenso i casi di violenza, minaccia o inganno, e questo perché una violenza consentita, al pari di un inganno consentito, non configurano né una violenza né un inganno.

È, però, indispensabile - secondo il Grispigni - avvertire del sottile distinguo tra il concetto del consenso dell'offeso e il concetto del *pactum ne dolus praestetur*, vale a dire la convenzione, anteriore alla lesione, relativa alla esenzione di responsabilità per dolo. Circoscrivere opportunamente i due concetti appare fondamentale. Qualora si ammetta una equivalenza giuridica tra i due istituti - essendo la convenzione di non responsabilità per dolo invalida - non solo il consenso risulterebbe invalido ma anche qualsivoglia lesione illecita, punibile seppure compiuta con il consenso del titolare del bene. La differenza tra i due istituti, tanto sottile quanto evidentissima, sta nel fatto che il consenso autorizza la lesione, mentre nel patto *ne dolus praestetur* si patisce, rassegnandosi e adattandosi. Consentendo si desidera che la lesione avvenga e, seppure si spera di non subirla, non si vuole mai che non avvenga; al contrario nel *pactum ne dolus praestetur*, non si desidera mai che la lesione avvenga e si auspica che non avvenga.

Il consenso ammette ciò che è proibito e che si ha la facoltà di mantenere tale, rappresentando una sorta di autorizzazione che elimina l'illiceità giuridica; al contrario, attraverso il *pactum ne dolus praestetur*, che rappresenta un perdono anticipato ad un illecito giuridico, non si cerca di consentire un'azione, anzi si tenta di farla rimanere proibita.

3. Intorno al consenso dell'offeso si confrontarono fra XIX e XX secolo diverse dottrine, in quanto il problema stava diventando centrale, quasi una icona dello scontro fra volontà del legislatore e volontà individuale in campo penale e civile.

Molti autori mirarono a inquadrare il consenso dell'offeso nel contesto di istituti giuridici noti. Alcuni configurarono il consenso dell'offeso come "rinuncia al diritto" - il Manzini, l'Atzeri-Vacca, il Raggi - oppure una "rinuncia eccezionalmente revocabile" - l'Ortmann - o una "*derelictio*" - lo Stübel, lo Heffter - o una "*derelictio* parziale" - Holer. Su questo concetto di "rinuncia" si mosse, con sottili distinguo, una piccola folla di criminalisti e civilisti. Altri autori preferirono inquadrare il consenso dell'offeso in un "negozio autorizzativo", un negozio tipico, autonomo ed individualizzato sul cui contenuto cominciarono discordie fra studiosi; Zitelmann, invece, vide nel consenso alla lesione un caso di "cessione dell'esercizio di un diritto". Ragionando in termini di consenso dell'offeso, si configura una "successione di diritti" per fatto tra vivi, nella sua forma più propria di "acquisto derivativo traslativo", facoltà di ledere il bene di cui il titolare è il consenziente.

Tutte queste opinioni prestarono il fianco a insuperabili critiche sul lato tecnico. Dal canto suo il Binding prese atto che "il fondamento dell'efficacia del

consenso, come i requisiti di questo, sono variabili”¹⁵. Non potendo accettare che il consenso dell’offeso costituisse un elemento di vari istituti giuridici noti, alcuni ritennero di equiparare giuridicamente e genericamente la lesione del consenziente ad una auto-lesione.

Secondo il Grispigni era vano ogni tentativo - come quelli sopra ricordati - di ricondurre il consenso dell’offeso a istituti giuridici noti. Era, invece, indispensabile risalire alla sua legittimazione e al suo funzionamento all’interno dell’ordinamento giuridico positivo, senza mai perdere di vista il fatto che esso è “istituto giuridico tipico, per sé stante, autonomo”. Alla maggiore o minore importanza dei beni giuridici doveva corrispondere una tutela diversificata e graduata: dalla diversità del mezzo coattivo, sino a forme di tutela predisposte in caso di lesione del bene o di mera esposizione a pericolo, passando per l’eventualità in cui la sanzione è prevista per una lesione volontaria o non volontaria, nonché per l’ipotesi di proposizione o meno di querela da parte dell’offeso. L’ordinamento, pur vietando la lesione ad opera di terzi, ammette che in alcuni casi il titolare del bene giuridico possa consentirne l’offesa. In questa ipotesi, l’originario divieto opposto dalla norma perde il proprio valore giuridico facendo conseguentemente venir meno il dovere, per i terzi, di astenersi dalla lesione. Siamo di fronte ad una sorta di condizione risolutiva in cui, proprio per effetto del consenso, la “tutela giuridica cessa quando il titolare vuole”¹⁶, ovvero quando “la volontà del singolo non crea l’illecito, ma il non illecito”. Piattaforma concettuale è quella per cui si deve anzitutto delineare l’oggetto del consenso dell’offeso, cioè il “bene giuridico condizionato”, opposto al “bene giuridico incondizionato”, che è invece tutelato dall’ordinamento a prescindere dalla volontà del titolare. Il Grispigni delineò quindi il contenuto del consenso dell’offeso

nell’esercizio della facoltà riconosciuta dall’ordinamento giuridico al titolare di un bene, di sospendere, nei riguardi di una o più persone, l’efficacia della norma giuridica che tutela quel bene.

La conseguenza è di enorme rilievo simbolico e pratico soprattutto nei dibattiti giuridici dell’Italia fra liberalismo e fascismo. Riconoscere al consenso la idoneità a sospendere una norma giuridica significa ammettere che il singolo “ha la capacità di formare giuridicamente, secondo la propria volontà, i rapporti della vita dentro certi limiti prestabiliti dal diritto positivo”¹⁷. Operativamente ciò si realizzava per il tramite del negozio giuridico il quale è deputato a “richiamare in vigore o mettere fuori vigore le norme” ovvero a riconoscere i presupposti da cui la norma fa dipendere la propria efficacia.

Oltre all’analisi contenutistica, il Grispigni condusse una serie di riflessioni

¹⁵ In F. Grispigni, *Il consenso*, cit., p. 53.

¹⁶ O. Holer, *Die Einwilligung*, cit., p. 94.

¹⁷ F. Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig 1983, I, p.128.

per dimostrare come al consenso dell'offeso fosse possibile accordare cittadinanza all'interno dell'ordinamento nel suo complesso. Anzitutto, cercò di salvare il principio di legalità, osservando che lungi dall'essere "in disaccordo col carattere di imperatività ed obbligatorietà della norma giuridica", esso costituisce espressione "della volontà del singolo che è stata dallo stesso diritto obbiettivo assunta a condizione *sine qua non* per la propria applicazione". Quanto invece al dubbio circa la conciliabilità dell'istituto con la funzione di tutela dei beni, il Grispigni sostenne che lo Stato, in taluni casi, doveva necessariamente accordare al titolare di un bene la facoltà di distruggerlo in prima persona, ovvero di affidare tale compito ad un soggetto terzo. Tale possibilità avrebbe avuto anche il merito di lasciare al singolo un certo grado di libertà, limitando l'intervento dello Stato, la cui azione avrebbe potuto espandersi, altrimenti, fino al punto di soffocare le libertà individuali.

Il Grispigni, una volta pervenuto ad affermare con certezza che "nulla logicamente impedisce che il nostro istituto sia riconosciuto come efficace nel seno dell'ordinamento giuridico positivo" avvertì la necessità di indagare gli effetti. A tal proposito, egli affermò che il consenso, pur rendendo "permessa" una azione altrimenti proibita, realizzava tale risultato in modo giuridicamente mediato e non immediato, il che non era cosa giuridicamente neutra. Infatti

l'azione che senza il consenso, sarebbe illecita, antiggiuridica, proibita, perde per il fatto del consenso questo suo carattere. E perciò, appunto, non costituendo più una violazione della norma giuridica, essa diventa 'lecita' sia di fronte al diritto civile che di fronte al diritto penale e cioè può essere giuridicamente compiuta senza che con essa avvenga una violazione del diritto obiettivo¹⁸.

Per effetto del consenso, il bene giuridico veniva declassato, quantomeno nei confronti del destinatario del consenso, a semplice bene giuridicamente inidoneo ad essere leso. Quindi, il consenso non solo fa sì che "il titolare del bene non è più 'offeso' giuridicamente [...] ma soltanto [...] offeso materialmente", facendo "venir meno l'elemento oggettivo dell'illecito, e più precisamente nel far venir meno il carattere di antiggiuridicità dell'elemento oggettivo del fatto".

La conclusione era che il consenso, una volta validamente prestato, comportava una modifica sostanziale al rapporto giuridico: svaniva, in capo al destinatario del consenso, il dovere giuridico di astenersi dall'azione lesiva nei confronti del bene, altrimenti tutelato dall'ordinamento con azioni esperibili *erga omnes*. Se era vero che il consenso rendeva lecito un fatto altrimenti illecito, tuttavia - secondo Grispigni - una semplice contrapposizione lecito-illecito sarebbe stata riduttiva, dal momento che l'azione lecita o non illecita poteva essere caratterizzata in vario modo: giuridicamente doverosa oppure speciale diritto soggettivo o irrilevante o, ancora, indifferente al diritto.

Il Grispigni approdava così ad un punto cruciale: il concetto di azione

¹⁸ F. Grispigni, *Il consenso*, cit., p. 92.

consentita con particolare riguardo alla posizione del destinatario del consenso. Dopo aver studiato la dottrina dello Zitelmann¹⁹, egli prese in esame il punto di vista di chi, come l'Holer, affermava che "l'azione consentita [diviene] giuridicamente irrilevante". Ed arrivava a concludere che

il consenso ha per suo effetto specifico [quello] di aumentare la sfera del diritto di libertà del destinatario del consenso. E perciò il compimento della azione consentita costituisce un caso di esercizio del vastissimo diritto di libertà che consiste nella pretesa riconosciuta dal diritto obbiettivo di non essere disturbati né dagli organi statuali né dagli altri privati consociati nel compimento di tutto ciò che non è vietato dal diritto.

Era lo stesso Grispigni, dopo aver fornito tale definizione, ad evidenziarne i limiti. In particolare, essa non è in grado di cogliere del tutto la natura giuridica della azione consentita, la quale dovrebbe essere "giuridicamente irrilevante o indifferente" e cioè puramente lecita. Infatti, l'azione consentita non produce effetti giuridici se non esclusivamente di fatto.

Restava a questo punto da approfondire in quale forma giuridica fosse riconosciuto al titolare del bene, il diritto di consentirne la lesione. Per far ciò risultava necessario chiarire se il potere di lesione fosse "un diritto soggettivo distinto dal diritto soggettivo relativo al bene di cui si consente l'offesa". Fare luce su questi aspetti non significava soltanto affrontare una questione di tecnica giuridica, ma anche stabilire come il diritto soggettivo si scomponesse, di fatto, in una molteplicità di poteri - detti "facoltà giuridiche" - che ne costituivano il contenuto²⁰. Non v'era dubbio che fra le facoltà giuridiche che davano sostanza al diritto soggettivo rientrasse, oltre al potere - in capo al titolare del bene - di ledere o esporre a pericolo lo stesso, anche quello di legittimare tali condotte qualora fossero tenute da soggetti terzi. Applicando queste riflessioni al "consenso", Grispigni arrivò ad affermare che

il potere di consentire la offesa di un bene che ha il titolare del bene stesso, non è altro che una 'facoltà giuridica' già compresa nel contenuto del diritto soggettivo relativo al bene di cui si consente l'offesa.

Richiamando il legame che lega fortemente Grispigni alla dogmatica tedesca del suo tempo, non sfugge il fatto che questi, riferendosi al potere di consentire l'offesa di un bene in termini di "Verfügungsgewalt", non mancasse di coglierne però la scarsa rilevanza pratica, dal momento che "i beni disponibili [sono] i beni nei cui confronti è efficace il consenso dell'offeso ovvero beni di cui si può disporre, consentendone l'offesa".

¹⁹ E. Zitelmann, *Ausschluss Der Widerrechtlichkeit*, Tübingen 1906, p. 56: "egli (il consenziente) vuole dare a lui (al destinatario) un diritto soggettivo a tale azione (un diritto di autorizzazione). Se il consenso è valido, esso ha l'efficacia di dare un diritto all'azione; e se (il destinatario) compie l'azione, esso esercita tale diritto".

²⁰ F. Regelsberger, *Pandekten*, cit., p.76.

4. Delineate le caratteristiche dell'istituto giuridico del consenso dell'offeso, il Grispigni si propose di passare ad un livello più concretamente forense e di

mostrare praticamente, e cioè alla prova del fuoco che esse sono non soltanto esatte, ma anche veramente utili e sufficienti per risolvere tutti i problemi che nella pratica giudiziaria possono presentarsi nei confronti del consenso²¹

in relazione ai diritti individuali privati su “quasi tutti i più importanti casi in cui può sorgere il dubbio sull'efficacia del consenso”²². Punto di partenza era una concreta disanima del diritto alla vita, limitatamente all'omicidio del consenziente.

A partire dalla fine dell'Ottocento intorno al tema del fine vita si accese un interessante dibattito destinato ad assumere differenti connotazioni ed in grado di influenzare ancora oggi l'opinione pubblica. La morte è un fatto della vita le cui ripercussioni non si limitano soltanto al diretto interessato, ma coinvolgono anche tutti coloro che vivono al suo fianco. Suscitando emozioni, alterando relazioni interpersonali, ponendo interrogativi; da fatto naturale e privato, la morte è diventata fatto culturale, percepito ed affrontato nel corso dei secoli in maniera differente. Dapprima legata alla sensibilità greco-romana, la morte ha subito la penetrante influenza delle religioni monoteiste, che si trovarono in osmosi/contrapposizione con le prassi delle culture popolari e, poi, con le categorie concettuali della storia della medicina. Se fino alla fine del XIX secolo l'eutanasia era relegata alla clandestinità, con il diffondersi del fenomeno della laicizzazione, il tema del fine vita si trasformò “oggetto di pubblico dibattito etico, politico e scientifico, sino all'individuazione di un vero e proprio diritto all'eutanasia nel sacro recinto dei diritti dell'uomo”²³. Nello scorcio del “secolo lungo”, malgrado il contributo di emergenti movimenti quali il darwinismo sociale, il monismo e la filosofia nietzschiana favorissero atteggiamenti di apertura, le resistenze provenienti dal mondo cattolico erano ancora ben salde e capaci di influenzare negativamente gli ordinamenti giuridici nazionali refrattari di fronte alle pressanti istanze che reclamavano la necessità di una normazione in materia. Il quadro legislativo europeo del tempo, lungi dall'essere unitario, si presentava alquanto variegato. In linea di massima, se il suicidio era depenalizzato nella maggior parte dei sistemi giuridici europei, l'eutanasia era invece vietata perché ricondotta alle ipotesi dell'omicidio volontario, oppure all'interno delle figure dell'aiuto al suicidio o dell'omicidio del consenziente.

Sotto la vigenza del codice Zanardelli, il bene vita garantito al Titolo IX, “dei delitti contro la persona”, la cui norma di apertura, l'art. 364 c.p. dedicato

²¹ F. Grispigni, *Il consenso*, cit., p. 430.

²² Ivi, p. 431.

²³ M. Cavina, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna 2015, pp. 9 - 211.

all'omicidio volontario, era "norma-base"²⁴. La grandissima rilevanza che veniva accordata al bene-vita dal legislatore di fine Ottocento, è immediatamente comprensibile dal fatto che non vi è preso in nessuna considerazione l'omicidio del consenziente. Ne deriva che

il diritto alla vita costituisce un bene alla cui conservazione lo Stato ha un interesse diretto ed immediato e che perciò [esso] non è disponibile da parte del titolare e quindi, nei [suoi] confronti, il consenso non è efficace a scriminare la lesione²⁵.

Tuttavia, alla inefficacia del consenso, cui si fa corrispondere l'indisponibilità del bene vita, non si può - secondo Grispigni - opporre la considerazione che "il suicidio non è un fatto punibile e neppure un illecito giuridico"²⁶; e ciò perché nell'ordinamento dell'epoca, pur ammettendo che il titolare di un bene fosse legittimato a lederlo, si negava che questi potesse acconsentire alla lesione del medesimo bene ad opera di terze persone. La sanzione penale dell'aiuto al suicidio non solo confermava, in termini generali, l'inefficacia del consenso nei confronti del diritto alla vita, ma permetteva di concludere che "se lo Stato punisce colui che soltanto aiuta chi si uccide da sé, a più forte ragione vuole punito colui che uccide un consenziente"²⁷.

Sul piano normativo, nell'Europa dell'ultimo scorcio del XIX secolo, dove il suicidio era - salvo pochissime eccezioni - depenalizzato, tutte le principali legislazioni nazionali di fronte al tema dell'omicidio del consenziente adottavano essenzialmente due differenti atteggiamenti, o in assenza di una disciplina *ad hoc* finivano per ricondurre la fattispecie entro quella dell'omicidio volontario, oppure prevedevano una riduzione di pena. Tra le legislazioni che esplicitamente disciplinavano l'omicidio del consenziente, occorre distinguere:

1. quelle che elevavano l'omicidio del consenziente a delitto a sé stante, punendolo notevolmente meno dell'omicidio volontario²⁸;
2. quelle che tenevano in considerazione il fatto che l'ucciso era affetto da malattia mortale o ferito mortalmente per diminuirne ulteriormente la pena²⁹;
3. quelle in cui rilevava il fatto che l'uccisione fosse determinata "dalla compassione", ovvero "in uno stato di forte emozione."³⁰

A differenza di altri ordinamenti, mancava in Italia - nei codici penali

²⁴ F. Grispigni, *Il consenso*, cit., p. 435.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ivi*, p. 436.

²⁸ La più importante legislazione di questo gruppo è il Codice di Germania che era già stato preceduto dai Codici di vari Stati della Confederazione.

²⁹ I Codici di Sassonia, Wüttemberg, Baden, Baviera.

³⁰ M. Cavina, *Andarsene*, cit., pp. 154-157 e *passim*.

postunitari sardo e toscano, e poi nel codice penale del 1889 - l'esplicita previsione della figura dell'omicidio del consenziente, per la cui introduzione occorrerà attendere il codice penale del 1930.³¹

Invero, come si comprende facilmente dalla lettura dei lavori preparatori al codice penale Zanardelli, il tema dell'omicidio del consenziente non fu discusso fino ad una proposta di Del Falco che - da un punto di vista della cornice edittale - equiparava l'omicidio del consenziente all'aiuto al suicidio. Successivamente Pessina, nella relazione al proprio progetto, auspicò che l'omicidio del consenziente e

la partecipazione al suicidio non dovesse[ro] godere di uno statuto particolare, ma essere punit[i] e sanzionat[i] nei termini della partecipazione e della complicità come per qualsiasi altro omicidio volontario³².

Mediana fra le due teorie fu quella inserita nel secondo progetto del codice, dove lo Zanardelli pur prendendo le distanze dall'impostazione del Pessina, limitatamente all'aiuto al suicidio, "confermava la volontà di punire l'omicidio del consenziente come un omicidio volontario"³³.

Rispetto all'omicidio del consenziente rimaneva ancora saldo, in Italia, l'orientamento che lo equiparava all'omicidio volontario. Tale soluzione, pur condivisa dalla maggior parte della dottrina e - segnatamente da quella francese e tedesca - iniziava ad attirare a sé le prime critiche da parte di chi evidenziava i limiti di un eccessivo formalismo, incapace di cogliere "le specificità di un omicidio realizzato con il consenso della vittima"³⁴. Il dibattito italiano sul consenso colse il suo tornante nel contributo di Enrico Ferri, *L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*, del 1885³⁵. L'opera del Ferri multidisciplinare nel suo approccio, pur più volte ristampata, riscosse scarso successo ricevendo - nell'ottica della c.d. "scuola classica" - aspre critiche a causa delle "formule

³¹ Ivi, p. 164.

³² *Ibid.*

³³ G. Impallomeni, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino 1899, p. 62: "Crediamo tuttavia che vi sarebbero state delle buone ragioni per un titolo speciale, o meglio per elevare a ragione di scusa la consensualità dell'omicidio, giacchè l'autore di un omicidio consensuale, né più né meno come l'autore di un omicidio in duello [...] è certamente di gran lunga meno pericoloso alla sicurezza altrui di colui che uccide contro l'altrui volontà"; M. Cavina, *Andarsene*, cit., p. 165: "Alcuni giuristi auspicarono, inascoltati, l'introduzione di una norma specifica e criticarono la mancata valutazione della scarsa pericolosità dell'omicida di un consenziente. [...] Non a caso Cesare Lombroso si dimostrò particolarmente attento alla questione, facendo rientrare l'omicidio del consenziente fra i così detti 'delitti convenzionali'".

³⁴ Su questa parte introduttiva si veda M. Cavina, *Andarsene*, cit., *passim*.

³⁵ Ivi, p. 166: "Il volumetto era concentrato su quei casi ambigui in cui omicidio e suicidio si miscelano creando complessi problemi all'analisi del giurista: dagli amanti che si uccidono vicendevolmente sino all'omicidio del consenziente e alla eutanasia propriamente detta. L'impostazione sociologica del Ferri permise un decisivo allargamento di visuale nell'inquadramento di queste tipologie criminose, al di fuori delle strette concettuali e formali nelle quali il problema era stato sino ad allora rattrappito dai giuristi".

vaghe ed inconcrete” e della palese “disinvoltura sul piano tecnico davanti ai principi generali del diritto penale”³⁶.

Ferri riteneva che l’omicidio del consenziente potesse addirittura andare esente da pena a seconda del ricorrere o meno di “motivi determinanti”, precisando come questa eventualità avrebbe potuto trovare spazio solo nell’ottica *iure condendo*, giacché “di fronte al nostro diritto positivo, il criterio dei motivi determinanti non potrà che ridurre al minimo la pena”³⁷. Dopo essersi impegnato a confutare la natura di reato del suicidio, in accordo con la maggioranza dei giuristi e dei codici penali del tempo, il Ferri studiò il consenso della vittima sottolineando la contrapposizione tra la scuola classica, che lo interpretava quale mero elemento oggettivo, e la scuola positiva che lo valutava sulla base della personalità, pericolosità e responsabilità dell’agente³⁸. La differenza fra assistenza al suicidio e omicidio del consenziente imponeva, secondo lui, una attenta valutazione psicologica caso per caso, che permettesse di considerare la validità del consenso prestato e valutare se l’uccisore fosse stato mosso all’azione, oltre che dal consenso della vittima, da un motivo giuridico o sociale quale, per esempio, il sentimento di pietà o il desiderio di salvare l’onore della famiglia. Era quindi possibile, secondo il Ferri, applicare il principio *volenti non fit iniuria*, sulla base della valutazione dei motivi e prescindendo del tutto dalla distinzione - propria della penalistica - fra diritti alienabili e diritti inalienabili. Essendo, dunque, il diritto al suicidio giuridicamente lecito, l’omicidio del consenziente o la partecipazione al suicidio non avrebbero dovuto essere di per sé azioni illecite se non in presenza di motivi antiggiuridici e antisociali.

Secondo la maggioranza dei giuristi contemporanei del Ferri, il richiamo ai “motivi” era da ritenersi il punto critico della sua riflessione dal momento che, per tal via, si affidava ai giudici il potere di decidere in maniera del tutto discrezionale. Onde evitare soluzioni pratiche che potessero porsi in contrasto con il principio di legalità che è regola per l’intera materia penale, alcuni autori cercarono di individuare quali potessero considerarsi “motivi rilevanti” ai fini di una eventuale depenalizzazione dell’omicidio del consenziente. Liszt, ad esempio, riteneva non meritevole di sanzione penale, in quanto non pericoloso chi - mosso da un motivo di pietà - avesse deciso di porre fine alle sofferenze di un malato inguaribile, al quale fosse legato da un vincolo affettivo (con esclusione del medico). Grispigni invece, secondo una accezione di più ampio respiro, considerava “motivi” giuridicamente rilevanti e scriminanti quelli attinenti - in senso lato - alle “condizioni fisiche o morali della persona”, includendo anche i c.c.d.d. “motivi d’onore”.

Una ventina d’anni dopo la pubblicazione del libro del Ferri, alcuni penalisti

³⁶ Ivi, p.168, nota 53.

³⁷ E. Ferri, *L’omicidio-suicidio*, cit., p. 69.

³⁸ M. Cavina, *Andarsene*, cit., p. 166 distingue, per esempio “fra l’amico che solo per pietà uccide l’amico, condannato da malattia inesorabile, cedendo alle sue preghiere insistenti, e colui che non uccide, ma con false notizie e perfide suggestioni istiga altri al suicidio”.

iniziarono a concepire il diritto alla vita in maniera meno intransigente³⁹, avendo a mente eventuali esigenze dello Stato. Sull'argomento intervenne Arturo Rocco il quale non mancò di evidenziare come la vita e la integrità fisica fossero principalmente ambiti di interesse privatistico, estranei alle logiche del diritto penale orientato, per sua natura, alla tutela di interessi pubblicistici. Al contrario il Ferri - limitando la ingerenza dello Stato, della società e della famiglia rispetto alle scelte dei suoi membri - riteneva si potessero riconoscere all'individuo il diritto di vivere e di morire, ma ancora nell'Italia del primo dopoguerra il clima politico fortemente autoritario lasciava davvero poco spazio ad impostazioni improntate all'individualismo e al volontarismo.

Il Grisigni, pur allievo di Ferri, scriveva lapidariamente che "l'uomo come entra nella vita senza un atto della sua volontà, così non può uscirne per un atto della sua volontà⁴⁰". Tale osservazione trovava conferma nella circostanza per cui l'individuo, anche nel rapidissimo frangente in cui pone fine alla propria esistenza, continua ad essere inserito nella società e nello Stato di cui deve, inevitabilmente, seguirne le regole. Del resto, come fa osservare Giuseppe Del Vecchio, la legge - a prescindere dallo specifico tema dell'eutanasia - già disciplinava

fenomenologie [quali la] legittima difesa, [lo] stato di necessità, [l']ordine delle autorità in cui la tutela del diritto alla vita appariva tradizionalmente subordinata a interessi e considerazioni superiori.

Questi istituti unitamente alla stessa concezione di vita si sono modificati nel tempo per effetto di un complesso di influenze storiche, culturali e ideologiche le quali, dopo aver condotto alla depenalizzazione del suicidio, hanno inevitabilmente portato ad una rivisitazione del "suicidio sotto mentite spoglie", che è l'omicidio del consenziente⁴¹.

A cavallo fra Otto e Novecento il dibattito intorno a queste tematiche si concentrò essenzialmente intorno al concetto di consenso da inquadrare nell'ambito della ricostruzione delle singole fattispecie criminali. A tal proposito,

³⁹ Ivi, p.169.

⁴⁰ Le aperture del Ferri in materia di eutanasia - nell'Italia autoritaria del primo dopoguerra - ebbero scarso seguito. A tal proposito si richiami la riflessione del Grisigni il quale, ne *Il consenso dell'offeso*, prendendo le distanze dal Maestro, scrisse: "L' uomo come entra nella vita senza un atto della sua volontà, così non può uscirne per un atto della sua volontà. Certo, la società non riuscirà sempre ad impedire di fatto che l'uomo si sottragga alla vita sociale, ma niente anche può trattenere la società di [...] impedire all'uomo di uscire dalla società. Senza dire che al Ferri si potrebbe anche obiettare che, nel momento in cui uno si uccide, è ancora nella società; e quindi in quel momento deve ancora sottostare alle leggi della società statuale. [...] Unico criterio per ammettere o non questo diritto è l'interesse dello Stato alla conservazione della vita individuale; e siccome nell'attuale momento storico lo Stato ha un interesse diretto ed immediato alla conservazione della vita individuale, così legittimamente lo Stato limita (ma non sopprime del tutto, perché il suicidio è un atto giuridicamente lecito) il diritto di disporre della propria vita".

⁴¹ G. Del Vecchio, *Morte benefica (l'eutanasia) sotto gli aspetti etico-religioso, sociale e giuridico*, Torino 1928, *passim*.

una facile argomentazione sistematica poggiava sulla constatazione che nel codice penale del tempo la “partecipazione al suicidio” era incriminata, onde anche l’“omicidio del consenziente” non poteva che essere condotta penalmente rilevante. Anche Grispigni aderì all’orientamento maggioritario, ma tenne presenti, come altri autori, le eventuali aberrazioni che potevano conseguire, “conseguenze ripugnanti al senso morale” e a ogni “esigenza di giustizia” soprattutto “nel caso in cui l’uccisore abbia agito mosso dal nobile sentimento di giovare alla vittima, liberandola da danni imminenti e da dolori fisici o morali grandissimi”. Secondo Grispigni tale criticità - non altrimenti ovviabile - era da attribuirsi alla discutibile formulazione della norma la quale, anche nei casi più pietosi di omicidio del consenziente, necessariamente inquadrava tale ipotesi entro quella dell’omicidio volontario, lasciando aperto soltanto l’eventuale beneficio delle circostanze attenuanti generiche, all’epoca disciplinate all’art. 59 c.p..

A fronte di tali situazioni il Ferri sosteneva la possibilità di applicare a tali casi di omicidio del consenziente la scriminante della “forza irresistibile” e del “cieco impulso”, che avrebbe animato l’uccisore. Stante la difficoltà di adeguare la efficacia della repressione penale alle esigenze di giustizia morale, Grispigni si interrogava sulla possibilità di ricorrere al disposto dell’allora art. 49 comma 3 c.p., dedicato allo stato di necessità. In particolare, partendo dall’assunto che lo stato di necessità presuppone che l’agente sia “costretto dalla necessità di salvare altri da un pericolo grave o imminente alla persona”, deduceva che nel caso di un soggetto afflitto da patologie tanto gravi quanto perennemente invalidanti,

non si po[tesse] legittimamente non ritenere che la morte appaia come una liberazione ed un rimedio contro il pericolo dei dolori e dell’agonia inevitabile e terribile del male.

Pur aprendo a tale eventualità, Grispigni precisava che l’eventuale applicazione dello stato di necessità, altro non sarebbe stato se non un ripiego, mentre occorreva uno strumento tecnico-giuridico finalizzato alla necessità di “avvicinare il diritto positivo al sentimento morale dei cittadini.”

5. Resta da considerare la scelta operata da Arturo Rocco, il quale nel 1930 introdusse nel codice penale, l’odierno art. 579 c.p.. Così l’omicidio del consenziente diventava fattispecie autonoma di reato sanzionata con la pena della reclusione da sei a quindici anni. Risulta evidente come nel testo adottato nel 1930 la teorizzazione di Grispigni non fu seguita⁴². Al giurista laziale va comunque riconosciuto il merito non solo di aver fatto dialogare la “scuola classica” e la “scuola positiva”, ma anche e soprattutto di aver colto i mutamenti ed i fermenti sociali e liberali del suo tempo destinati poi - inevitabilmente - ad arrestarsi di fronte all’ascesa dei totalitarismi in Europa come in Italia.

⁴² E. De Cristofaro, *Volenti non fit iniuria. Considerazioni storico-giuridiche sull’omicidio del consenziente* in “Snodi pubblici e privati nella storia contemporanea”, VI (2010), pp. 43-61.

D'altronde, occorre riconoscere che la mancanza di un adeguato riferimento legislativo aveva creato una situazione in cui la risoluzione dei singoli casi veniva interamente rimessa alla valutazione discrezionale dei giudici i quali non mancavano di adottare soluzioni improntate ora ad eccessivo rigorismo, ora ad eccessivo pietismo. Di fronte a tale situazione, si rendeva oltremodo necessario un intervento legislativo finalizzato a scongiurare che

si possa lasciare impunito, per un malriposto umanesimo, il comportamento di chi crede di disporre di quei beni che appartengono allo Stato e dei quali lo Stato solo può disporre

in armonia con lo statualismo di regime.

La stesura del testo dell' art. 579 c.p. fu particolarmente complessa e travagliata arrivando, da un lato, a riaffermare una consuetudine statualista e, dall'altro, ad accordare comunque valore al consenso - se libero e validamente prestato - espresso da parte dell'offeso. Non a caso la cornice edittale appariva intermedia fra quella dell'istigazione o aiuto al suicidio (dai cinque ai dodici anni) e quella dell'omicidio semplice (non inferiore a ventuno anni). Facendo un raffronto con le pene previste dal Codice Zanardelli risulta evidente l'impronta del regime che, in chiave autoritaria, innalzò complessivamente tutte le cornici edittali, ribadendo in generale - e così anche in relazione all'omicidio del consenziente - la prevalenza dello statualismo sull'individualismo.