

Il referendum abrogativo del reato di omicidio del consenziente: quale l'assetto normativo che ne consegue? Spunti di riflessione e possibili soluzioni.

di **Elisa Bianchi**

Sommario. **1.** La fattispecie di «Omicidio del consenziente» come prospettata dal quesito referendario - **2.** La condotta di omicidio del consenziente all'esito del Referendum Abrogativo: la «ri-espansione» del delitto di omicidio e il principio di proporzionalità della pena - **3.** L'eutanasia attiva ed il diritto alla libera e consapevole autodeterminazione terapeutica - **4.** L'eutanasia attiva ed il principio di parità di trattamento e non discriminazione - **5.** Conclusioni, profili critici e prospettive.

1. La fattispecie di «Omicidio del consenziente» come prospettata dal quesito referendario.

L'art. 579 c.p., rubricato «Omicidio del consenziente», sanziona penalmente «chiunque cagiona la morte di un uomo, con il consenso di lui» (primo comma), prevedendo, poi, da una parte, la non applicazione delle aggravanti di cui all'art. 61 c.p. (secondo comma) e, dall'altra, l'applicazione della pena di cui all'art. 575 c.p. qualora la vittima, consenziente, sia minorenni, infermo di mente o in condizioni di deficienza psichica o se il consenso è stato estorto con violenza, minaccia, suggestione o inganno (terzo comma).

L'iniziativa referendaria in commento ha ad oggetto la parziale abrogazione di tale disposizione.

Precisamente, è stato sottoposto al corpo elettorale il seguente quesito: «Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole "la reclusione da sei a quindici anni"; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"?» Secondo il comitato promotore dell'iniziativa referendaria, tale intervento mira a rendere esente da responsabilità il sanitario che realizza, nel rispetto della volontà del paziente, una condotta di cosiddetta «eutanasia attiva». Con il termine «eutanasia» - dal greco «dolce morte» - si suole indicare un'azione che procura anticipatamente la morte di un malato con lo scopo di alleviarne le sofferenze¹.

¹ Enciclopedia online Treccani, voce «eutanasia» - <https://www.treccani.it/enciclopedia/eutanasia/>

Si distingue tra «attiva» e «passiva» a seconda della natura commissiva o omissiva della condotta eutanasi: si ha «eutanasia attiva» se viene somministrata una cura terminale ad un soggetto che, a causa di questa, decede; si ha, invece, «eutanasia passiva» se sono omesse le cure salvavita, con conseguente morte del malato.

Al concetto di «eutanasia» sono riconducibili anche le condotte di cosiddetto «suicidio assistito», ovvero i comportamenti di agevolazione della condotta suicidiaria.

Invero, l'eutanasia (attiva e passiva) ed il suicidio assistito, seppur realizzati con comportamenti naturalisticamente differenti, condividono sia lo scopo che il risultato: lo scopo è la tutela dell'autodeterminazione del soggetto in ogni momento della sua esistenza, anche in quello terminale; il risultato è la morte di un soggetto che, in grado di autodeterminarsi, ha espresso la volontà di morire.

La loro disciplina è, però, attualmente, molto diversa: mentre l'eutanasia attiva è penalmente sanzionata in quanto si ritiene integri il delitto di omicidio del consenziente, l'eutanasia passiva ed il suicidio assistito, a certe condizioni, sono oggi ammessi².

2. La condotta di omicidio del consenziente all'esito del Referendum Abrogativo: la «ri-espansione» del delitto di omicidio e il principio di proporzionalità della pena.

Come già indicato, l'intervento referendario, nelle intenzioni dei promotori, mira a rendere non più punibile l'omicidio del consenziente realizzato in ambito terapeutico (ovvero l'eutanasia attiva).

A ben vedere, però, il quesito referendario - al quale è evidentemente precluso ogni intervento manipolativo delle norme - «stravolge» l'art. 579

² Si veda, con riguardo all'eutanasia passiva, l'art. 1 comma 6 della Legge n. 219/2017 e, con riguardo al suicidio assistito, la sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019 con la quale è stato stabilito che «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

c.p. in quanto ne dispone l'abrogazione del primo e secondo comma, lasciando in vigore il solo terzo comma.

L'interprete, dunque, si troverà davanti ad una norma che incrimina con le pene di cui all'art. 575 c.p. le sole condotte omicidiarie realizzate ai danni di soggetti che, seppur consenzienti, si trovano in situazioni di particolare vulnerabilità e debolezza ex art. 579 terzo comma c.p. .

Ci si deve a questo punto interrogare su quale sia la sorte delle condotte omicidiarie ai danni di un soggetto consenziente.

Orbene, si ritiene che la parziale abrogazione dell'art. 579 c.p. renda applicabile, in quanto suscettibile di «ri - espansione», il più generale delitto di omicidio.

Non è peraltro prospettabile, rispetto all'art. 575 c.p., l'operatività della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) poiché la giurisprudenza è pacifica nel ritenere il diritto alla vita, seppur bilanciabile con altri diritti costituzionalmente tutelati, non pienamente né liberamente disponibile dal suo titolare.

Si consideri che recentemente la Corte Costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittimo il delitto di istigazione ed aiuto al suicidio - con la sola eccezione delle particolari condotte riconducibili al suicidio assistito - proprio affermando che dal diritto alla vita non discende un diritto a lasciarsi morire³.

Nello stesso senso si è pronunciata anche la Corte EDU con la sentenza «Pretty contro Regno Unito». Precisamente, si è rilevato che dall'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non può dedursi un diritto a morire: «l'articolo 2 della Convenzione sancisce anzitutto e soprattutto un divieto di ricorso alla forza o a qualsiasi altro comportamento idoneo a provocare la morte di un essere umano, e non conferisce affatto all'individuo un diritto di esigere dallo Stato che consenta o faciliti la sua morte»⁴.

L'intervento di parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., pertanto, non rende le condotte di omicidio del consenziente penalmente irrilevanti ma, anzi, determina la loro punibilità a titolo di omicidio.

³ Corte Costituzionale, ordinanza n. 207/2018: «Dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato, del resto, da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, Pretty contro Regno Unito)». In senso conforme, Corte Costituzionale, sentenza n. 242/2019.

⁴ Corte EDU, Pretty contro Regno Unito, 29 aprile 2002.

Tale soluzione - oltre ad essere evidentemente incongruente rispetto alle ragioni del Referendum che, però, lo si ricorda, non vincolano il giudice nell'interpretazione del risultante assetto normativo - è censurabile sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza della sanzione (artt. 3 e 27 comma terzo Cost.).

La sanzione penale deve essere proporzionata al disvalore del fatto concreto. Secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, il vaglio di proporzionalità ha ad oggetto la razionalità e ragionevolezza intrinseca della fattispecie incriminatrice e, per il tramite di «precisi punti di riferimento» e «soluzioni già esistenti», determina l'eliminazione o la riduzione del trattamento sanzionatorio ritenuto sproporzionato⁵.

Nel caso di specie, dunque, ci si deve chiedere se la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno (art. 575 c.p.), al posto della reclusione da sei a quindici anni (art. 579 c.p.), sia proporzionata al disvalore della condotta omicidiaria che appare sorretta da un consenso effettivo e libero della vittima.

Un tale consenso è ravvisabile, ad esempio, nel caso dell'omicidio di un individuo affetto da una patologia terminale o comunque non curabile che, all'esito di una corretta informazione da parte dei medici, si determina a porre fine alla sua vita. Una tale azione omicidiaria è sorretta da un consenso effettivo e libero ed è mossa proprio dalla sola intenzione di soddisfare la volontà del malato.

Per tale ragione, l'incriminazione di tali vicende con la pena prevista per l'omicidio contrasta con il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio e finisce per vanificare la stessa funzione rieducativa della pena.

⁵ Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 236/2016 e n. 222/2018 con le quali si è superata la tradizionale tesi della natura triadica del giudizio di proporzionalità, che presupponeva l'individuazione di un cosiddetto «tertium comparationis», e si è affermato che il vaglio di proporzionalità della pena va rapportato al disvalore del fatto concreto al fine di valutare la razionalità e ragionevolezza intrinseca della fattispecie. Il metodo comparativo, però, non è stato definitivamente accantonato, ma viene in rilievo in un secondo momento ai fini dell'eliminazione/riduzione della sanzione sproporzionata. La Corte, difatti, non può sostituirsi al Parlamento, dunque, si devono individuare dei «precisi punti di riferimento e soluzioni già esistenti» che permettono di eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata. Con la sentenza n. 222/2018 si è anche statuito che i predetti «punti» non devono essere intesi nel senso che debba esservi, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima; è sufficiente che vi siano delle soluzioni immuni da vizi di illegittimità, ancorché non costituzionalmente obbligate.

Solo una sanzione coerente con il disvalore dell'azione criminosa, difatti, può essere rieducativa del soggetto agente⁶.

Per completezza, infine, si consideri il diverso caso dell'omicidio del consenziente commesso ai danni di un individuo non malato.

In tali casi, la prospettata applicazione dell'art. 575 c.p. non pone particolari problemi posto che, anche per l'attuale assetto normativo, tali condotte sono punite con la pena prevista per l'omicidio.

Invero, a fronte dell'innato istinto umano all'auto-conservazione, la volontà di morire è riconducibile ad uno stato di infermità mentale, deficienza psichica (espressione, peraltro, molto ampia, quindi suscettibile di essere interpretata estensivamente) o, comunque, è determinata da violenza, minaccia, inganno o suggestione. Di conseguenza - tralasciando il caso del suicidio che non pone evidentemente problemi di sanzione del soggetto agente - colui che cagiona la morte di un individuo consenziente (*rectius*, apparentemente consenziente) è punito, anche per l'attuale assetto normativo, con le pene previste per l'omicidio ex art. 579 comma terzo c.p. . Si consideri, in aggiunta, che la giurisprudenza riconosce all'art. 579 c.p. un ambito operativo molto ristretto, con conseguente frequente applicazione dell'art. 575 c.p. anche rispetto a condotte di uccisione di soggetti (apparentemente) consenzienti, il cui consenso però non raggiunge il livello di serietà ed effettività richiesto dalla giurisprudenza⁷.

3. L'eutanasia attiva e il diritto alla libera e consapevole autodeterminazione terapeutica.

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento ad una generica condotta omicidiaria ai danni di un individuo malato che ha deciso di porre fine alla propria vita, senza distinguere a seconda che il soggetto agente sia o meno

⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 236/2016, che ha dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., il trattamento sanzionatorio (reclusione da cinque a quindici anni) previsto per il delitto di cui all'art. 567, comma 2, c.p. (alterazione dello stato civile di un neonato realizzato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità). Si è affermato che «laddove la proporzione tra sanzione ed offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso».

⁷ Si richiede che il consenso della vittima sia «serio, esplicito, non ambiguo e perdurante sino al momento della commissione del fatto, in guisa da esprimere un'evidente volontà della stessa di morire» (Cass., n. 32851/2008; Cass. n. 43954/2010; Cass. n. 747/2018).

un sanitario. Tali comportamenti, difatti, possono essere realizzati sia da un sanitario che da un terzo estraneo alla professione medica (ad esempio, un familiare o un amico, magari con le necessarie competenze mediche ma che, comunque, non agisce in veste di sanitario).

A ben vedere, però, il fatto che tale condotta sia o meno posta in essere da un sanitario nel rispetto della «procedura medicalizzata» di cui alla Legge n. 219/2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») non è irrilevante.

Tale normativa, difatti, pone delle puntuali regole cui deve attenersi il sanitario per verificare la genuinità e la consapevolezza della volontà del malato⁸.

Si prescrive, ad esempio, che il medico comunichi al malato in modo completo, aggiornato e comprensibile le sue condizioni di salute, la prognosi, i rischi degli accertamenti diagnostici, i trattamenti sanitari richiesti e delle possibili alternative (art. 1 comma 3 della predetta legge).

Il consenso informato del paziente deve essere documentato in forma scritta o con videoregistrazioni o altri dispositivi che permettano alla persona con disabilità di comunicare e deve essere inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 1 comma 4 della predetta legge).

E' altresì essenziale che il medico attui la cosiddetta «strategia della persuasione», ovvero la promozione di ogni azione di sostegno al paziente, anche dal lato psicologico (art. 1 comma 5 della citata legge).

Ebbene, nell'attesa di un'auspicabile definizione legislativa del concetto di «eutanasia», si ritiene che solo le condotte omicidiarie del sanitario, rispettose della predetta «procedura medicalizzata», siano qualificabili come «eutanasia attiva» ai fini della legge penale.

Ciò posto, si consideri che rispetto a tali condotte, più che porsi (solo) un problema di proporzionalità della pena, si pone, a monte, un problema di compatibilità della loro incriminazione - a titolo di omicidio o omicidio del consenziente - con il diritto alla libera e consapevole autodeterminazione terapeutica e con il principio di parità di trattamento e non discriminazione. In altre parole, all'esito dell'intervento referendario, non si deve censurare (solo) l'applicazione della più severa pena prevista per l'omicidio, bensì la loro stessa rilevanza penale (a titolo di omicidio del consenziente e, a maggior ragione, a titolo di omicidio).

Giova soffermarsi, innanzitutto, sul diritto all'autodeterminazione terapeutica, come discendente dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. .

Tale diritto postula che chiunque debba essere messo nelle condizioni di poter scegliere liberamente ed in modo consapevole a quali cure o

⁸ Regole che, peraltro, la Corte Costituzionale ha recentemente esteso anche alla condotta di aiuto materiale al suicidio (il cosiddetto suicidio assistito), ai fini della sua non punibilità (sentenza n. 242/2019).



trattamenti sottoporsi. La scelta deve essere rispettata dal sanitario che, in assenza della stessa, può procedere solo nei casi di urgenza.

Questo diritto è stato inizialmente affermato dalla giurisprudenza⁹ e poi recepito dal legislatore - con riguardo alle patologie terminali - con la già citata Legge n. 219/2017, entrata in vigore il 31 gennaio 2018.

Tale normativa statuisce che, se non per disposizione di legge, nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito senza il consenso informato dell'interessato (art. 1 comma 1). L'autodeterminazione comporta anche «il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso», nonché «il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento» (art. 1 comma 5 della Legge n. 219). Si precisa, inoltre, che il consenso alle cure - inteso in senso lato, sia come assenso che come rifiuto - costituisce «tempo di cura» (art. 1 comma 8 della Legge n. 219), da qui lo stretto collegamento tra l'autodeterminazione ed il diritto alla salute nella realizzazione la cosiddetta «alleanza terapeutica» tra medico e paziente.

Il legislatore ha dunque accolto una nozione di diritto all'autodeterminazione terapeutica comprensiva anche della scelta di lasciarsi morire.

⁹ Si vedano, tra le tante, Cass., sentenza n. 26446/2002 nella quale si è stabilito che «In tema di attività medico-chirurgica (in mancanza di attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 28 marzo 2001 n. 145, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina), deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte»; Cass. civile, sentenza n. 21748/2007 sul caso «Englaro»; Cass., sentenza n. 16375/2008 ha statuito che «Va esclusa, ai sensi degli artt. 32, comma secondo, e 13 della Costituzione, e dell'art. 33 L. n. 833 del 1978, la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questi è in grado di prestare il suo consenso e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità; ricorrendo queste condizioni, nessuna responsabilità è configurabile a carico del medico curante in ordine al decesso del paziente nolente»; Cass., sentenza n. 38914/2015, nel senso che «Integra il reato di violenza privata la condotta dell'infermiere il quale sottoponga a trattamento terapeutico un paziente che in relazione ad esso abbia, invece, manifestato un libero e consapevole rifiuto, non potendosi ritenere applicabili, in tale ipotesi, neppure le scriminanti dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità, condizioni esimenti che cedono il passo rispetto al diritto all'inviolabilità della libertà personale, intesa anche come libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica».

Nello stesso senso, la Corte Costituzionale, con riguardo al delitto di istigazione ed aiuto al suicidio, ha affermato che «entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»¹⁰.

L'emersione del diritto all'autodeterminazione terapeutica ha determinato il progressivo superamento della tradizionale concezione del diritto alla vita. Quest'ultimo, difatti, non è più inteso come un valore supremo, tutelato dal legislatore a prescindere e addirittura contro la volontà del suo titolare, ma viene bilanciato con l'equipollente diritto ad autodeterminarsi.

E' opportuno, a tal riguardo, richiamare anche la sentenza del g.u.p. del Tribunale di Roma sul caso «Welby». In un passaggio di tale pronuncia si legge che «vengono comunemente attribuiti al diritto alla vita i caratteri dell'invulnerabilità e dell'indisponibilità, ma il primo lo connota nel senso di limite verso l'esterno, il secondo come limite verso l'interno. Ovvero l'invulnerabilità costituisce quella tenace difesa che l'ordinamento pone all'aggressione del diritto che possa provenire da persone diverse dallo stesso titolare; l'indisponibilità, invece, rappresenta quella difesa avanzata che l'ordinamento appronta anche contro lo stesso titolare del bene protetto. Entrambi i caratteri hanno comunque come limite invalicabile l'autonomo ed equipollente diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario. In altre parole, se la disposizione del proprio corpo, finanche a determinare la propria morte, viene effettuata nell'ambito dell'esercizio del diritto di cui all'art. 32, comma 2, Cost., allora questa è consentita, proprio in ossequio a quest'ultima previsione costituzionale che attribuisce tale facoltà alla persona, salvo che non sia diversamente stabilito con legge ordinaria»¹¹. In conclusione, il diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica impone al sanitario di rispettare la scelta del malato, anche ove questa conduca alla morte. Questa scelta deve essere tutelata a prescindere dalle modalità di concreta realizzazione della stessa, dunque, sia si compia una condotta commissiva, omissiva o di aiuto al suicidio.

¹⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 242/2019 e ordinanza n. 207/2018.

¹¹ G.u.p. Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, pagg. 41-42. Tale pronuncia precisa inoltre che nella riserva di legge di cui all'art. 32 comma 2 Cost. non rientra la disposizione contenuta nell'art. 5 c.c. in quanto essa si limita a prevedere un divieto di disposizione del proprio corpo di carattere generale. Tale norma è estranea rispetto ad una regolamentazione specifica della materia relativa al trattamento sanitario.

Oggi, invece, le scelte di fine vita sono tutelate solo se suscettibili di realizzazione tramite una condotta solo omissiva (affiancata, eventualmente, solo da un'adeguata terapia per il dolore) o di agevolazione del suicidio; da qui la violazione anche del principio di parità di trattamento e non discriminazione ex art. 3 della Costituzione.

4. L'eutanasia attiva ed il principio di parità di trattamento e non discriminazione.

La punibilità delle condotte di eutanasia attiva pone dei problemi anche di disparità di trattamento e discriminazione rispetto alle «similari» pratiche di eutanasia passiva e di aiuto materiale al suicidio (art. 3 Cost.).

Si pensi all'individuo affetto da una patologia grave e terminale che decide di porre fine alla propria esistenza.

Come già visto, la Legge n. 219/2017 riconosce il diritto di rifiutare le cure o di revocare il consenso precedentemente prestato alle stesse. Il sanitario che, nel rispetto di tale volontà, omette o interrompe il trattamento, anche salvavita, è esente da responsabilità civile e penale (art. 1 comma 6 della citata legge).

L'assenza di ogni cura (eventualmente affiancata dalla sola somministrazione di una terapia palliativa ex art. 2 della Legge n. 219/2017) potrebbe non corrispondere alla volontà del paziente. Egli, difatti, potrebbe voler accelerare l'inevitabile e, spesso, lento decorso della malattia in quanto fonte di sofferenze non solo personali ma anche per i propri cari.

In tali casi, l'unica soluzione attualmente percorribile è - entro i precisi confini delineati dalla Corte Costituzionale con la già citata sentenza n. 242/2019 - il suicidio assistito.

Cionondimeno, tale pratica potrebbe non essere fisicamente possibile se il paziente, ad esempio, è affetto da paralisi o da altra una condizione fisica che non gli permette l'assunzione in prima persona del farmaco terminale o di altra cura terminale.

Nel diverso caso del paziente affetto da una patologia grave e non curabile, seppur non terminale, si ripropone lo stesso vuoto di tutela. Anche in questo caso, difatti, la scelta di porre fine alla propria esistenza può essere realizzata solo ricorrendo al suicidio assistito. Se il soggetto non può fisicamente compiere la condotta omicidiaria non residua alcuna alternativa posto che, se la condotta cagionante la morte è naturalisticamente compiuta dal sanitario, è integrata la fattispecie di cui all'art. 579 c.p. .

Orbene, da quanto appena esposto si evince come ciò che differenzia l'eutanasia attiva da quella passiva è la sola natura commissiva, e non omissiva, della condotta del sanitario.

Tale aspetto, però, non è idoneo a sostenere una tale disparità di trattamento in quanto nel nostro ordinamento vige la clausola di equivalenza normativa di cui all'art. 40 comma 2 c.p. .

L'ingiustificata disparità di trattamento è ravvisabile anche rispetto all'agevolazione materiale dell'intento suicidiario (il cosiddetto suicidio assistito). Invero, a fronte di un soggetto affetto da una grave malattia che decide di porre fine alla propria vita, l'eventuale responsabilità penale del sanitario dipende dal solo fatto che egli sia o meno in grado, fisicamente, di auto-somministrarsi la terapia o il farmaco terminale. Ciò - è evidente - finisce per determinare un'ingiusta discriminazione tra individui malati che si sono autodeterminati nello stesso modo.

5. Conclusioni, profili critici e prospettive.

Nei precedenti paragrafi si è cercato di analizzare l'assetto normativo conseguente all'intervento referendario, evidenziando i vari profili di problematicità.

Le criticità esposte discendono, a ben vedere, dagli stessi limiti dello strumento referendario che, per sua natura, ha una portata solo demolitoria e non manipolativa o integrativa delle norme.

Si è visto come la prospettata «ri - espansione» dell'art. 575 c.p. determini, con riguardo alle condotte omicidiarie ai danni di un soggetto consenziente, un problema di proporzionalità e ragionevolezza del trattamento sanzionatorio.

L'applicazione dell'art. 575 c.p. è ancora più problematica a fronte di una condotta di eutanasia attiva - ovvero una condotta omicidiaria commessa dal sanitario nel rispetto delle scelte di fine vita del malato - poiché rispetto a tali pratiche, secondo le ragioni del comitato promotore, si deve dubitare, a monte, della stessa legittimità costituzionale della loro incriminazione.

L'intervento referendario finisce così per realizzare (almeno apparentemente) una sorta di eterogenesi dei fini: invece di ottenere l'esclusione della punibilità delle condotte di eutanasia attiva, si ottiene l'applicazione alle stesse di una pena ancora più severa.

Cionondimeno, il Referendum Abrogativo rimane auspicabile poiché ha il merito di rendere «obbligatorio» un intervento legislativo che riporti a proporzionalità il trattamento sanzionatorio e che estenda all'eutanasia attiva la disciplina di cui alla Legge n. 219/2017 o, comunque, introduca una disciplina unitaria a tutela delle scelte di fine vita, a prescindere da come il sanitario le realizzi, se con una condotta commissiva o omissiva o di agevolazione del suicidio.

Si ricorda, peraltro, che il legislatore non potrà intervenire introducendo una disciplina che ripristina la disposizione abrogata¹².

¹² Corte Costituzionale, sentenza n. 199/2012, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011 per violazione del «divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75

Inoltre, se il legislatore dovesse continuare a disinteressarsi, il predetto assetto normativo determinerà la proposizione di una questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 575 c.p. nella parte in cui si applica anche alle condotte di omicidio del consenziente e, in particolare, alle pratiche di eutanasia attiva.

In tale evenienza, dunque, sarà la Corte Costituzionale a doversi pronunciare in merito alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio e alla legittimità costituzionale dell'incriminazione delle condotte di eutanasia attiva, in relazione al diritto all'autodeterminazione terapeutica e al principio di parità di trattamento e non discriminazione.

Con particolare riguardo alle condotte di eutanasia, peraltro, se la «palla» dovesse passare alla Corte Costituzionale si potrebbe prospettare, nel caso di condivisione delle censure suesposte, l'estensione delle conclusioni cui la stessa Corte è recentemente giunta con riguardo al suicidio assistito (sentenza n. 242/2019)¹³.

In conclusione, a fronte dell'intervento referendario in commento e, precisamente, dell'assetto normativo che ne consegue, due sembrano essere le strade percorribili: o un intervento legislativo o una sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 575 c.p. nella parte in cui si applica anche alle condotte di omicidio del consenziente e, in particolare, alle condotte di eutanasia.

Cost.». Tale vincolo, secondo la Corte, viene meno solo a fronte di mutamento del quadro politico o delle circostanze di fatto.

¹³ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 242/2019, ha ritenuto non punibile la condotta di aiuto al suicidio del sanitario se realizzata nel rispetto della «procedura medicalizzata» di cui alla Legge n. 219/2017 e rivolta a persone tenute in vita da trattamenti di sostegno vitale e affette da patologie irreversibili che determinano sofferenze fisiche o psicologiche reputate intollerabili. Si è, inoltre, richiesto che la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio sia affidata a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. Precisamente, si è richiesto «l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti. Tali comitati – quali organismi di consultazione e di riferimento per i problemi di natura etica che possano presentarsi nella pratica sanitaria – sono, infatti, investiti di funzioni consultive intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona in confronto alle sperimentazioni cliniche di medicinali o, amplius, all'uso di questi ultimi e dei dispositivi medici».

Rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della Legge n. 219/2017, invece, la non punibilità delle condotte di eutanasia attiva è stata subordinata a modalità e requisiti che, seppur diversi, siano comunque idonei a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti.



L'intervento referendario, dunque, ha il merito di «scardinare» l'attuale assetto normativo e di dare impulso ad una sua «ricostruzione» in termini di maggior coerenza e rispetto del principio di parità di trattamento e diritto all'autodeterminazione terapeutica.