



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 4

Fascicolo speciale monografico

A cura di

Marilisa D'AMICO – Benedetta LIBERALI

**Il referendum sull'art. 579 c.p.:
*aspettando la Corte costituzionale***



La Rivista / Quaderno n° 4
Fascicolo speciale monografico

A cura di

Marilisa D'AMICO - Benedetta LIBERALI

**Il referendum sull'art. 579 c.p.:
*aspettando la Corte costituzionale***

*Atti del Convegno del 15 dicembre 2021
Università degli Studi di Milano*

Contributi di:

S. Bissaro, M. D'Amico, F. Lazzeri, B. Liberali, G. Silvestri, B. Vimercati.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2022/1 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Convegno del 15 dicembre 2021 su “Il referendum sull’art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale” – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di gennaio 2022

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D’Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi “Roma Tre”*), Giacomo D’Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*), Federica Grandi (*“Sapienza” Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*“Sapienza” Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*“Sapienza” Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli “Parthenope”*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi “Roma Tre”*), Valentina Pupo (*Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*), Giuliano Serges (*Università degli Studi “Roma Tre”*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL QUADERNO N° 4

Presentazione

Marilisa D'AMICO, Benedetta LIBERALI, *Il referendum sull'art. 579 c.p.:
aspettando la Corte costituzionale*..... 1

Introduzione

Gaetano SILVESTRI, *Introduzione*..... 3

Relazioni

Marilisa D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale:
alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.* 7

Benedetta LIBERALI, *Un'occasione "storica" per la Corte costituzionale
(fra giudizio di ammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente
e iniziativa legislativa sul suicidio assistito)?*..... 17

Benedetta VIMERCATI, *Del referendum sull'eutanasia e della sua ammissibilità(?):
in attesa della decisione della Corte costituzionale*..... 29

Stefano BISSARO, *Alla vigilia della decisione della Corte costituzionale,
brevi riflessioni sulla natura del presidio penale in materia di fine vita*..... 51

Francesco LAZZERI, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia:
alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita
e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta* 59

Informazioni sulle Curatrici e sugli Autori..... 69



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.:
ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE.
PRESENTAZIONE

MARILISA D'AMICO – BENEDETTA LIBERALI

Il 15 febbraio 2022 la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario avente a oggetto l'abrogazione parziale dell'art. 579 (*Omicidio del consenziente*) c.p.

La disposizione risultante dall'abrogazione prevederebbe che “Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”.

La richiesta referendaria, dunque, mira a mantenere la punizione penale della condotta nei casi di omicidio del consenziente minorenni, infermo di mente o che si trovi in condizioni di deficienza psichica o il cui consenso sia stato estorto: queste ipotesi, infatti, continuerebbero a essere punite con la sanzione penale prevista all'art. 575 (*Omicidio*) c.p.

È indubbio che l'oggetto del quesito referendario sia particolarmente delicato e complesso, anche se si tiene in considerazione il contesto complessivo in cui esso si inserisce. Pensiamo innanzitutto ai percorsi giudiziari che hanno condotto a definire la perimetrazione del diritto alla salute e del diritto all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche sia dei pazienti coscienti sia di quelli incoscienti (casi Welby ed Englaro) e

a riconoscere la liceità delle condotte di aiuto al suicidio laddove il paziente si trovi nelle specifiche condizione di salute individuate dalla Corte costituzionale nella ben nota sentenza n. 242 del 2019 (caso Antoniani-Cappato).

Si pensi, inoltre, al ruolo del legislatore, chiamato dalla stessa Corte a ridefinire in modo organico la disciplina del cd. fine vita, che solo con la legge n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) ha deciso di regolare le disposizioni anticipate di trattamento, recependo i principi costituzionali e le indicazioni della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, e che nel 2021 ha iniziato la discussione di un disegno di legge sulla morte volontaria medicalmente assistita che presenta diversi profili di criticità. Il legislatore, peraltro, non ha mai dato seguito alle chiare indicazioni contenute nell'ordinanza n. 207 del 2018, con cui la Corte aveva dato tempo al Parlamento per disciplinare la materia dell'aiuto al suicidio ponendone in rilievo i profili di incostituzionalità.

In questo contesto si inserisce e deve essere inquadrata l'iniziativa referendaria in commento. Proprio in vista della prossima decisione della Corte costituzionale si è ritenuto necessario offrire un'occasione di incontro e di confronto su questi temi con il seminario *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, che si è tenuto presso l'Università degli Studi di Milano il 15 dicembre 2021, e i cui contributi scritti vengono in questa sede raccolti.



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

INTRODUZIONE

GAETANO SILVESTRI

La Costituzione italiana è ispirata ai due principi fondamentali della libertà e dell'eguaglianza, che non si pongono come una coppia oppositiva, ma come due facce della stessa medaglia. Si è liberi perché si è uguali, si è uguali perché si è liberi. La nostra Carta fondamentale ha realizzato il superamento del liberalismo elitario del XIX secolo e, ad un tempo, del collettivismo liberticida del regime sovietico. È bandita pertanto ogni forma di organicismo, sia che si presenti come restaurazione del passato, sia che aspiri a fornire la base teorica di uno statalismo oppressivo vestito di panni "rivoluzionari". Fascismo e stalinismo furono lasciati per sempre alle spalle.

La conseguenza logica e assiologica di questa impostazione di fondo è la priorità etica e giuridica della persona rispetto allo Stato. In nessun caso e in nessun modo può essere sostenuto o avallato l'assorbimento della prima nel secondo. La persona non può essere funzionalizzata ad alcuna finalità collettiva, ma solo tenuta alla solidarietà verso gli altri, intesi, a loro volta, come persone o gruppi sociali.

Ulteriore effetto di questo cambio radicale di prospettiva generale è che esiste un diritto, non un dovere alla vita. Il punto estremo di questa concezione lo troviamo nella morale stoica dell'*eulogos exagoghé*, dell'uscita ragionata dalla vita, secondo la libera decisione dell'individuo. Sul piano giuridico si deve aggiungere – a moderazione dell'astrattezza di tale teoria etica - che la sovranità della persona su se stessa deve incontrare limiti di natura formale e sostanziale, perché l'accertamento della natura genuina della volontà di porre fine alla propria esistenza è molto complessa e potrebbe essere inquinata non solo da rozzi e clamorosi condizionamenti (o addirittura da violenza), ma da induzione quotidiana, sommersa, ma non per questo meno efficace.

Di fronte alla domanda se la vita sia un bene disponibile o indisponibile, la risposta non può essere netta: a) è disponibile proprio in quanto intangibile e inalienabile (solo il titolare può disporre, neanche lo Stato, che non può costringere la persona a vivere contro la sua volontà e, meno che mai, prevedere la pena di morte); b) è indisponibile in quanto non può essere oggetto di alienazione valida, sia a titolo gratuito sia, *a fortiori*, oneroso. La procedurizzazione del fine vita deliberato dalla persona su se stessa serve anche a determinare in che misura eventuali doveri di solidarietà si oppongano alla decisione di non proseguire la propria esistenza. Esempio: l'unico genitore di figli minori o disabili, che si troverebbero d'improvviso senza mezzi di sussistenza.

Solo le situazioni estreme – con relative cautele – prese in considerazione dalla Corte costituzionale possono evitare un difficilissimo e “tragico” bilanciamento tra autodeterminazione della persona e i suoi doveri di solidarietà. Si tratta di un peso che nessun giudice (e forse neppure il legislatore) potrebbe sostenere e sarebbe assurdo pretendere l'assolvimento di un simile compito.

Per le considerazioni che precedono, il referendum sull'art. 579 c.p. assume il significato di una integrazione e un completamento della giurisprudenza costituzionale sull'art. 580. In altre parole, si tratta di far cadere l'artificiosa barriera tra suicidio come atto compiuto, anche materialmente, dalla persona che non vuole più vivere ed eutanasia, che, a parità di volontà libera e consapevole, tende allo stesso risultato con l'intervento attivo di un terzo, che si pone come mero strumento della volontà suicidaria.

A chi sostiene che, con l'approvazione del quesito referendario, si creerebbe una situazione normativa irragionevole, in quanto l'eutanasia attiva (a mezzo terzi) sarebbe più “libera” del suicidio assistito (sottoposto alle condizioni imposte dalla Corte) si può rispondere che la disposizione “di risulta”, dopo l'amputazione referendaria, suonerebbe così:

“Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso

1. Contro una persona minore di anni diciotto;
2. Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;
3. Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.”

Come si vede chiaramente, l'intervento referendario capovolge in modo netto e immediatamente riconoscibile la *ratio* del vigente art. 579 c.p. e, trasferendo la soppressione volontaria della propria vita dalla sfera dell'illecito a quella del lecito, opera un allineamento tra le sue fattispecie, sinora separatamente regolate dagli artt. 579 e 580 c.p. sulla base del tenue (e ipocrita!) elemento di distinzione costituito dall'atto materiale. Del resto, nessuno potrebbe dubitare che le esclusioni di cui ai commi 1 e 2 del “nuovo” art. 579 c.p. si possano applicare anche all'aiuto al suicidio, mentre la previsione di cui al comma 3 tende ad essere assorbita dalla fattispecie dell'istigazione al suicidio.

Nella prospettiva referendaria, ciò che conta è la piena libertà della volontà della persona interessata, indipendentemente dal “mezzo” di cui si serve per realizzare il suo intento. L'applicazione delle condizioni poste dalla Corte per il suicidio assistito non

sarebbe frutto di interpretazione analogica, ma l'effetto di una originaria conformazione della fattispecie post-referendaria dello stesso art. 579, una volta eliminato il vincolo assoluto e generale dell'indisponibilità della vita e sostituito – com'è evidente dalla logica della normativa di risulta – con vincoli specifici relativi, in funzione di tutela di valori costituzionalmente sanciti. Sarebbe errato quindi ritenere che l'abrogazione referendaria farebbe espandere l'area di applicabilità del reato di omicidio di cui all'art. 575 c.p. Al contrario, la scomparsa della minorante di cui all'attuale art. 579 avrebbe l'effetto – per la chiara struttura della norma di risulta – di restringere l'incriminabilità alle sole ipotesi espressamente previste nei tre commi citati: queste autonome ipotesi di reato nascerebbero già regolate dalla sentenza n. 242/19 della Corte (o da una legge che vi desse attuazione). Non di allargamento dell'area di incriminabilità si tratterebbe, ma, al contrario, di restrizione dell'attuale generale incriminabilità. Le ipotesi di cui ai tre commi prima citati si trasformerebbero da eccezioni ad uniche fattispecie di reato in questo campo. Si tratta di limiti impliciti all'incriminazione tratti dal sistema e dai principi generali.

Tutto ciò a parte la considerazione sulla non scrutinabilità della normativa di risulta, che si risolverebbe in un giudizio anticipato di legittimità costituzionale, introdotto in modo irrituale, come affermato più volte dalla Corte costituzionale, anche se quest'ultima non sempre, nei casi particolari, ha tenuto fede in modo lineare a questo principio.

Si tratta di un quesito referendario che si pone nel solco di grandi referendum del passato, che implicavano grandi scelte di civiltà etica e giuridica (divorzio, aborto) ed hanno dimostrato che i cittadini italiani sono meno condizionati da suggestioni confessionali o ideologiche di quanto supponessero i “benpensanti”.

Non si tratta neppure di un referendum manipolativo, nel senso – stigmatizzato dalla Corte – dell'utilizzazione di spezzoni di frasi, singole parole o particelle, in sé e per sé privi di significato, ma volti ad introdurre normative nuove, del tutto indipendenti dai testi originari.

L'esito positivo del referendum non precluderà certamente al legislatore la possibilità di costruire una riforma organica di tutto il complesso di principi, regole e rapporti, personali e istituzionali, collegati alla tematica generale del fine vita. Il binario tracciato dal referendum potrà essere soltanto il rispetto del supremo principio di autodeterminazione dell'individuo, nucleo duro di una cultura liberale finalmente non più compressa da diversi organicismi, religiosi o ideologici. Il principio supremo non può che essere: vivere in unione con gli altri, senza annullare la propria individualità, base ineliminabile perché abbia un senso parlare di libertà e di democrazia.

Abbandonare gli atti ed i comportamenti connessi all'interruzione volontaria della vita alla sfera del meramente lecito avrebbe tuttavia l'effetto inaccettabile – e non compatibile con il principio personalistico – di banalizzarli, in una logica che potrebbe presto aprirsi ad interessi di profitto o addirittura speculativi. Per questo motivo – senza agitare lo spauracchio della “china scivolosa – il legislatore, e, prima del suo intervento, i giudici, dovranno attivarsi per indirizzare la disciplina normativa e la giurisprudenza verso un'attuazione ragionevole di quello che la Corte costituzionale ha definito, in altra occasione, il “fine incorporato” nel quesito. Dopo che il popolo si sarà pronunciato,

l'agitazione propagandistica dovrà cedere il passo ad una riflessione seria imperniata sui principi fondamentali della nostra civiltà giuridica.

Sono fiducioso che, al di là di esasperati tecnicismi, sarà consentito al popolo italiano di esprimersi sulla grande alternativa: disponibilità/indisponibilità della vita da parte delle singole persone, nel rispetto dei diritti fondamentali dei terzi. Impedirlo con divieti o con complicate (e, secondo me, fallaci) argomentazioni ermeneutiche significherebbe imporre una battuta di arresto ad un processo di modernizzazione e laicizzazione ormai difficilmente arrestabile nella coscienza dei cittadini.



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE:
ALCUNE RIFLESSIONI SUL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.

MARILISA D'AMICO

Il dibattito che da anni riguarda le tematiche del fine vita si è arricchito, negli ultimi tempi, di molteplici e, per certi versi, inediti profili di interesse, alla luce di alcune note vicende di cronaca, giunte all'attenzione della giurisprudenza di merito e costituzionale.

Vengono in particolare rilievo, dopo i ben noti casi Welby ed Englaro, che hanno contribuito a definire il quadro complessivo dei principi in materia di scelte terapeutiche di fine vita, ulteriori vicende che hanno problematizzato alcune questioni interpretative, intorno alle quali, invero, le prospettive giuridiche si sono intrecciate con problemi medico-legali e complessi interrogativi di tipo filosofico, etico e morale.

Senza dubbio assume un rilievo particolarmente importante, per la ricostruzione della complessiva regolamentazione della materia, l'approvazione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), che costituisce la prima organica disciplina sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento¹.

¹ Per una sintetica ricognizione delle tappe del percorso legislativo e giurisprudenziale, in materia, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 579 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022.

Sulla legge n. 219 del 2017, si vedano C. CASONATO, *Introduzione. La legge 219 tra conferme e novità*, in *BioLawJournal*, 1/2018, 11 ss., F. G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *BioLawJournal*, 1/2018, 54 ss., C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2017, B.

Se, dunque, i principi costituzionali per come essi sono stati interpretati innanzitutto dalla Corte costituzionale e anche dalla Corte di cassazione, in particolare con la sentenza n. 21748 del 2007, in materia di consenso informato e di libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche sono stati ormai definitivamente recepiti dal legislatore nella legge n. 219 del 2017 e se, dunque, ormai non si pongono più dubbi circa la possibilità per il paziente di decidere in piena autonomia, con l'aiuto e il sostegno anche informativo del medico, quali trattamenti accettare o sospendere, il caso Antoniani-Cappato ha posto in evidenza una importante lacuna dell'ordinamento, cui il successivo intervento della Corte costituzionale ha posto rimedio.

Come è noto, infatti, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale avente a oggetto l'art. 580 c.p., censurato nella parte in cui non riteneva non penalmente rilevanti le condotte di aiuto al suicidio di coloro che si trovassero in specifiche e peculiari condizioni di salute.

Come è altrettanto noto, la Corte costituzionale ha dapprima indicato al legislatore i profili di effettiva criticità della disposizione, concedendo un tempo di undici mesi per intervenire in modo organico in materia (ordinanza n. 207 del 2018), e successivamente ha confermato la propria impostazione, pervenendo alla relativa dichiarazione di illegittimità costituzionale e individuando definitivamente le condizioni in cui il paziente deve trovarsi per rendere lecita la condotta del terzo che lo aiuta a porre in essere il proprio intento suicidario (sentenza n. 242 del 2019)².

In questa ultima pronuncia, peraltro, la Corte non ha in ogni caso mancato di fare riferimento al possibile intervento del Parlamento, che nonostante i plurimi moniti e inviti a regolamentare complessivamente la disciplina non è ad oggi pervenuto nemmeno all'approvazione del testo unico recante *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*, che peraltro presenta molteplici profili di criticità, discostandosi dalle precise indicazioni della stessa Corte costituzionale³.

LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018, 1 ss., e L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 95 ss.

² Numerosi sono i contributi della dottrina a commento delle due decisioni, la prima delle quali ha introdotto una innovativa tecnica decisoria, cui la Corte costituzionale sta mostrando di fare ricorso anche in rapporto ad altri settori dell'ordinamento. Si vedano fra i molti le osservazioni di M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018, 1 ss., F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2019, 1 ss., P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, ivi, 28 giugno 2019, 1 ss., M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato"*, in *Federalismi.it*, 17/2019, 2 ss., e N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*. *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 ottobre 2018, 1 ss.

³ Si veda a questo specifico riguardo B. LIBERALI, *Un'occasione "storica" per la Corte costituzionale (fra giudizio di ammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente e iniziativa legislativa sul suicidio assistito)?*, in questo fascicolo.

In questo complesso contesto si colloca l'odierna richiesta referendaria, avente a oggetto l'art. 579 c.p. che punisce l'omicidio del consenziente: in particolare, con il quesito si mira a ottenere l'abrogazione parziale della disposizione, eliminando la rilevanza penale della condotta omicidiaria, tranne nei casi – peraltro già previsti dallo stesso art. 579 c.p. – che sarebbero ricondotti allo stesso trattamento sanzionatorio di cui all'art. 575 c.p. in cui la persona uccisa sia minorenni, inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica per altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, oppure ancora il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia, suggestione o carpito con l'inganno.

Ciò premesso, vorrei soffermarmi su alcuni punti specifici, cercando di mettere in luce aspetti di ordine generale, utili per comprendere il significato del referendum e il ruolo riconosciuto a questo riguardo alla Corte costituzionale.

Proprio tenendo conto del complessivo contesto in cui si inserisce la richiesta abrogativa e della vigente disciplina in materia di fine vita sembra emergere in modo particolarmente intenso, in fondo, la specifica e peculiare natura oppositiva dello strumento referendario. Tale natura emerge dai lavori dell'Assemblea costituente, nel corso dei quali come noto si decise di circoscriverne la portata alla mera abrogazione delle disposizioni di legge, senza riconoscere la possibilità di introdurre referendum di carattere propositivo.

La perdurante inerzia legislativa, pur a fronte di espresse indicazioni da parte della Corte costituzionale, cui ha fatto seguito l'avvio della discussione del sopra citato Testo unico che proprio da quelle indicazioni pare discostarsi sostanzialmente, e, di conseguenza, la differenziazione che nel nostro ordinamento ancora permane fra tipologie di pazienti che pure si trovano in analoghe se non del tutto omogenee condizioni di salute in considerazione della sola capacità o meno di compiere l'ultimo atto che conduce alla propria morte rende ancora più evidente l'importanza non solo della decisione che la Corte costituzionale è chiamata a assumere intorno all'ammissibilità del quesito avente a oggetto l'art. 579 c.p., ma anche l'esito della stessa successiva consultazione referendaria.

La natura e la strutturazione dell'istituto del referendum abrogativo, quindi, assumono una importanza particolarmente importante nel caso specifico, tenendo peraltro conto che il ricorso a esso costituisce uno “strumento per opporsi a singole decisioni legislative” (ma anche, come si è detto, a mancate decisioni del legislatore) e, in definitiva, “un elemento partecipativo che si innesta in modo ragionevole sul tronco della rappresentanza parlamentare”: esso però mostra anche “tutta la sua carica antagonista al circuito democratico rappresentativo”, laddove sia utilizzato come “veicolo alternativo per tradurre in decisione normativa una coerente proposta politica”⁴.

A questo proposito si possono richiamare quelle grandi questioni che, nella storia della nostra democrazia, hanno sollecitato il ricorso alla via referendaria, in espressa contrapposizione alle scelte maturate in Parlamento: si pensi a questo proposito ai quesiti referendari relativi al divorzio e all'aborto, che hanno marcato tappe fondamentali

⁴ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Ritorno alle origini*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, 31. Sull'istituto referendario si veda, da ultimo, G. BARCELONA, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma*, Miano, 2016.

nell'evoluzione del nostro ordinamento sul versante del riconoscimento e della tutela dei diritti civili; si pensi anche ai quesiti che avevano a oggetto la legge n. 40 del 2004 in materia di fecondazione assistita, che però, come altrettanto noto, non hanno superato il relativo quorum di partecipazione.

Senza potermi dilungare sui molteplici aspetti di interesse che il quesito referendario sull'art. 579 c.p. pone⁵, alla luce delle considerazioni introduttive svolte, vorrei partire da una domanda di fondo: qual è il significato storico del referendum?

Rispondere a questo interrogativo consente di ragionare in fondo sulla stessa funzione che la Consulta è chiamata a svolgere in sede di giudizio di ammissibilità.

Il giudizio di ammissibilità del referendum, come noto, non rientra tra le funzioni che la Costituzione assegna alla Corte costituzionale; esso è stato previsto solo successivamente, con la legge costituzionale n. 1 del 1953.

Veziò Crisafulli la definì in modo enfatico come “un dono avvelenato”; e, in effetti, nella storia della giurisprudenza costituzionale, questo ruolo ambivalente e controverso ha ricevuto numerose conferme⁶.

A tal riguardo, si può ricordare, in sintesi, che di fronte alle numerose richieste referendarie presentate nel 1978, la Corte ha superato quello che doveva essere il suo tradizionale limite e cioè verificare che il referendum non si svolgesse sulle materie espressamente vietate dall'art. 75 Cost.; nelle parole della stessa Corte, era necessario evitare che uno specifico strumento di democrazia diretta – di “genuina manifestazione della volontà popolare”⁷ – si trasformasse in un improprio strumento di democrazia rappresentativa.

Da qui, poi, come noto, la teorizzazione di una serie di criteri che, di volta in volta, si sono evoluti e trasformati, a partire dalla nota sentenza n. 16 del 1978, e che per questo non hanno mancato di essere oggetto di approfondita riflessione da parte della dottrina, che in alcune occasioni ne ha rilevato la mancanza di linea di continuità⁸.

Deve infatti essere anche ricordato che questa giurisprudenza della Corte è stata in alcuni casi molto discussa e criticata: ciò si è verificato per esempio in materia di aborto, con la decisione n. 35 del 1997, o in materia elettorale, con le decisioni del 1990 e, successivamente, del 1993; in questi ultimi casi, in particolare, si chiedeva ai cittadini, nell'ambito di una vera manipolazione, di pronunciarsi sul senso da dare alla legge elettorale, attraverso una operazione complessa, la quale ha poi indotto a porsi il problema dell'eccessiva manipolatività, della normativa di risulta e degli eventuali vuoti determinati dall'approvazione del quesito referendario.

⁵ Per i quali rinvio, in particolare, a R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, e T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit.

⁶ Tra i molti, v., di recente, P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della cd. Democrazia diretta*, in *Nomos*, 2020; e dello stesso A., *Colloquiando... con tre dense paginette* in G. GONZALES MANTILLA (cur.), *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, II, Lima, 2021, 1099 ss.

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 16 del 1978, *Considerato in diritto* n. 3.

⁸ Così, tra i molti, P. VERONESI, *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 2021.

Tutti questi profili emergono anche in relazione all'odierno quesito referendario relativo all'art. 579 c.p. e, considerando anche l'indubbia delicatezza della materia sottesa, impongono una riflessione approfondita che, però, non può prescindere, evidentemente, dai chiari punti di riferimento che devono guidare la valutazione intorno alla sua ammissibilità.

In particolare, occorre considerare che, rispetto alla manipolatività, è del tutto "inevitabile che l'abrogazione parziale [...] porti ad una diversa disciplina dello stesso oggetto", contenendo sempre i referendum parziali "un grado più o meno alto di manipolatività, nel senso che incidendo sul tessuto normativo, alla fine il risultato è che quello stesso oggetto, prima disciplinato in un modo, finisce per essere disciplinato in un altro modo"⁹.

Per quanto concerne la valutazione intorno alla normativa di risulta, ecco che la stessa Corte costituzionale, in modo molto chiaro, ha chiarito di essere "chiamata a giudicare della sola ammissibilità della richiesta referendaria": "tale competenza si atteggia, per giurisprudenza costante, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge». Ciò comporta che non sia "in discussione [...] la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della normativa oggetto dell'iniziativa referendaria" (sentenza n. 25 del 2011). Con la sentenza n. 24 del 2011 la stessa Corte aveva sottolineato che "al giudizio di ammissibilità dei referendum popolari abrogativi è estranea qualunque valutazione di merito (in particolare di legittimità costituzionale) in ordine sia alla normativa oggetto di referendum sia alla normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria". Ovviamente, ciò non comporta che sia inibita "l'individuazione della cosiddetta normativa di risulta conseguente all'abrogazione referendaria. Al contrario, l'individuazione di tale normativa è necessaria per valutare se essa comporti un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione". La conseguente valutazione, però, non deve avere i caratteri di "un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale", bensì deve consistere in una "mera «valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali".

Venendo all'esame delle questioni che riguardano direttamente la fattispecie di omicidio del consenziente, di cui all'art. 579 c.p., occorre anzitutto rilevare che la richiesta di abrogazione parziale avanzata dal comitato promotore deriva da una lacuna che caratterizza il quadro normativo vigente e che è indubbiamente suscettibile di determinare trattamenti irragionevolmente differenziati per categorie di soggetti che pure si trovano in condizioni di salute del tutto analoghe, alla luce del fatto, come già anticipato, che il Parlamento, più volte sollecitato dalla stessa Corte costituzionale, ha omesso di offrire una compiuta regolamentazione in materia, atta da un lato a recepire quanto la Corte ha stabilito nella sentenza n. 242 del 2019 rispetto alla fattispecie di aiuto

⁹ G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum*, cit., 146.

al suicidio e dall'altro a regolare la pur differente fattispecie dell'omicidio del consenziente, introducendo le opportune modifiche tese a superare la sopra accennata irragionevole differenziazione¹⁰.

Tale lacuna (e la conseguente irragionevole discriminazione nei confronti di diverse categorie di pazienti) è emersa chiaramente alla luce delle vicende di cronaca successive ai recenti interventi della Consulta in materia: il carattere eccessivamente circoscritto delle condizioni poste dalla sentenza n. 242 del 2019, per esempio, ha posto seri problemi interpretativi con riferimento, soprattutto, alla nozione di "trattamento di sostegno vitale"; si tratta, in effetti, di un profilo dalla cui precisa perimetrazione può derivare il rischio di creare gravi discriminazioni in danno di alcune categorie di soggetti; discriminazione che, sulla base del quadro normativo vigente, rischiano di subire anche coloro che, pur determinatisi nel rispetto di tutte le condizioni poste dalla Corte, non siano in grado di compiere l'ultimo atto in autonomia ma necessitano dell'intervento, attivo, di terzi. Certamente, però, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 242, non avrebbe potuto spingersi fino a regolamentare anche questa ben diversa ipotesi, dovendo limitare evidentemente il proprio scrutinio entro il preciso perimetro definito dalle sollevate questioni di legittimità costituzionale. Proprio per questo emerge ancora più intensamente l'opportunità e la necessità di un intervento normativo organico.

Tanto ricordato, in questa sede vorrei soffermarmi in particolare su alcuni profili emersi nel dibattito creatosi intorno all'odierno quesito referendario.

Il primo di questi è suggerito dalla rilettura degli atti che hanno preceduto l'approvazione del testo del codice penale nel 1930: dalla relazione del Guardasigilli emergono, a mio avviso, una serie di spunti interessanti.

Nel documento si osserva, anzitutto, che la Commissione parlamentare propose la soppressione della disposizione in commento, perché preoccupata di una sua applicazione estensiva, fonte cioè di potenziali abusi. La stessa Commissione, inoltre, sottolineò il fatto che "la vita umana è un bene indisponibile; e che, in ogni modo, [la fattispecie] dovesse essere limitata alla così detta eutanasia".

L'intenzione del legislatore storico era, in sostanza, quella di penalizzare l'eutanasia; però, come sottolineato efficacemente dal Prof. Silvestri¹¹, il bene giuridico che l'art. 579 c.p. mira a presidiare è profondamente cambiato, alla luce dell'entrata in vigore della Costituzione: la stessa Corte costituzionale, del resto, con le due pronunce rese nell'ambito del caso Antoniani-Cappato, ha ribadito che il principio personalista impone di rivedere l'oggettività giuridica della fattispecie di istigazione e aiuto al suicidio, nel senso di ritenere che la vita umana non va intesa alla stregua di un bene sempre e comunque indisponibile al suo titolare¹².

¹⁰ Sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.

¹¹ Cfr. G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o "diritto"?*, Relazione al XVIII Congresso dell'Associazione Luca Coscioni, 9 ottobre 2021.

¹² Come più volte osservato nel corso del procedimento da cui hanno poi tratto origine le decisioni della Corte del 2018 e del 2019, il suicidio, nel modello valoriale precedente all'entrata in vigore della Costituzione, era considerato un atto che sottraeva "forza, lavoro e cittadini alla Patria"; volendo su questo

Queste considerazioni vanno tenute insieme con quelle che investono il tema dell'applicazione – o, meglio, della non applicazione – dell'art. 579 c.p. da parte della giurisprudenza penale¹³.

Le pronunce in materia sembrano tutte rispondere, in modo più o meno intenso, alla preoccupazione che si punisca con meno severità proprio quei soggetti che si sono resi protagonisti di condotte omicidiarie, pur se con l'elemento specializzato del consenso della vittima. Peraltro, le decisioni giudiziarie che fanno riferimento all'omicidio del consenziente sono molto poche e, alla fine, attraverso una valutazione molto rigorosa del consenso, la giurisprudenza finisce sempre per applicare l'ipotesi generale ex art. 575 c.p.

C'è, allora, un punto di principio che la lettura di queste decisioni suggerisce e che può essere compendiato nei seguenti termini: serve davvero una norma speciale, quando l'ordinamento già conosce quella generale, ex art. 575 c.p., per i casi in cui il consenso non c'è?

È una problematica già evidente al legislatore del 1930 che pure intende offrire tutela ad un bene giuridico che non è oggi quello che il quadro assiologico disegnato dalla Costituzione restituisce; negli stessi lavori preparatori si legge che “eventuali motivi di pietà, da accertarsi sempre con la massima circospezione e da valutarsi con una intelligente diffidenza, potranno essere apprezzati all'effetto dell'applicazione dell'attenuante generale, di cui all'art. 62 n. 1 (motivi di particolare valore morale o sociale)”. Sono parole di un tempo lontano che però confermano che già allora ci si poneva il problema dell'omicidio del consenziente *pietatis causa*, sul quale la scure del diritto penale deve necessariamente essere valutata diversamente; si tratta di quelle stesse ipotesi rispetto alle quali, oggi, il comitato promotore si propone di far arretrare la soglia del penalmente rilevante.

Il secondo profilo d'interesse riguarda un ulteriore problema che la Corte costituzionale è chiamata ad affrontare, rispetto al quale le argomentazioni di chi sostiene l'inammissibilità del quesito si fanno in apparenza più insidiose: il presunto carattere costituzionalmente vincolato della fattispecie oggetto del quesito, la cui parziale ablazione lascerebbe sfornito di tutela penale il bene vita, in situazioni, peraltro, in cui la persona è più debole e fragile.

Anche da questo punto di vista, è però necessario verificare come la giurisprudenza in concreto ha applicato – o non applicato – la fattispecie di cui all'art. 579 c.p.: come già detto, di pronunce che applicano il primo comma, riconoscendo cioè l'attenuazione di pena, non se ne trovano.

Per affrontare questa specifica questione è necessario muovere da una impostazione che abbraccia l'idea di un diritto penale laico, nel cui contesto alla sanzione penale non può essere chiesto di promuovere valori, ma di garantire diritti, a fronte di lesioni o potenziali aggressioni significativamente rilevanti.

profilo v. M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza penale*, 2017.

Si vedano altresì le osservazioni di G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro italiano*, 2009, VI, 227 ss.

¹³ Sul tema, da ultimo, M. BRUCALE, *Il consenso dell'avente diritto. Quando la vita è un bene disponibile*, in *Giurisprudenza penale*, 2022.

Ed, invero, quand'anche si volesse ammettere una sanzione penale piegata alla promozione di valori (del bene vita, per esempio), il fatto che quella stessa sanzione sia di fatto e nella generalità dei casi inapplicata comporta il delinarsi di un diritto penale meramente simbolico, che è controproducente nei confronti del valore che si intende promuovere.

La vicenda dell'aborto è, in questo senso, illuminante: non solo in Italia ma soprattutto in Germania¹⁴. Il *Bundesverfassungsgericht*, nel 1975, aveva mantenuto la punizione penale dell'aborto sulla base di un ragionamento legato ad un presunto obbligo costituzionale di tutela penale del bene vita, che nella Costituzione tedesca viene riconosciuto anche al nascituro, da tutelare in quanto bene posto al massimo livello nella *Wertordnung* costituzionale. Nel 1993, di fronte ad una nuova questione e ad una legge che nel frattempo era cambiata, il Giudice costituzionale tedesco ha avuto l'occasione per tornare sul tema, ritenendo che l'aborto debba essere considerato "illegittimo, ma non penalmente punibile", valorizzando anche il fatto che la punizione penale dell'aborto fosse inutile e controproducente.

Una norma penale totalmente simbolica, che non viene applicata e che regola una materia, peraltro, molto particolare, in cui il principale interesse dell'ordinamento è aiutare le persone più vulnerabili, appare priva di senso e, come detto, anche controproducente.

Lo si comprende bene andando a guardare proprio quei limitati casi portati all'attenzione della giurisprudenza penale: casi drammatici in cui anche le persone poi ritenute responsabili, ai sensi della fattispecie generale di omicidio, ex art. 575 c.p., avevano vissuto situazioni di estrema difficoltà, all'esito di percorsi, anche molto lunghi, di convivenza con le gravi patologie sofferte dai familiari assistiti.

Un simile elemento suggerisce anche una riflessione, di carattere generale, sul modo in cui lo Stato decide di tradurre il concetto di solidarietà per stare vicino alle persone coinvolte in queste drammatiche vicende: sia, ovviamente e in primo luogo, alle persone che decidono, pur consapevolmente, di porre fine alle proprie sofferenze; sia ai cd. *caregiver*, i quali, nei momenti di sconforto, possono arrivare a sperare che il dolore patito dalla persona vicina ad un certo punto conosca la parola "fine".

Alla stessa categoria di vulnerabilità, in fondo, la stessa Corte costituzionale ha fatto riferimento nell'ordinanza n. 207 del 2018 e anche nella sentenza n. 242 del 2019, sottolineando che specificamente in rapporto a questi casi la punizione penale dell'aiuto al suicidio non sia affatto incompatibile con la Costituzione. Ciononostante, come altrettanto noto, la stessa Corte ha individuato le condizioni specifiche della persona che rendono lecita la condotta del terzo che aiuta ad attuare il proposito suicidario, dando evidente rilievo alla nozione di dignità personale soggettiva, con specifico riferimento al grado di tollerabilità delle sofferenze fisiche o psichiche¹⁵.

¹⁴ Cfr., in particolare, M. D'AMICO, *Donna e Aborto nella Germania riunita*, Milano, 1994; nonché, più di recente, volendo, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016.

¹⁵ È interessante porre a raffronto le due decisioni rese in materia di aiuto al suicidio con la sentenza n. 141 del 2019 in materia di prostituzione libera e consapevole: in questo ultimo caso, infatti, la Corte individua una accezione di dignità oggettiva, che induce a non ritenere penalmente irrilevante la condotta

In conclusione, vorrei sviluppare un'ultima riflessione: qualificare l'art. 579 c.p., nella sua formulazione attuale, a contenuto costituzionalmente vincolato, equivale ad affermare che, nel nostro ordinamento, siano presenti (e cogenti) obblighi costituzionali di tutela penale e che la sanzione penale di fatto non può più essere intesa come *extrema ratio*, come invece richiesto dalla nostra Costituzione¹⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo riconosciuto che “le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono (...) nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni (...); ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando (...) lo ritenga necessario per l'assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela”¹⁷.

Questi rilievi, allora, pongono il necessario confronto con alcune coordinate fondamentali del nostro sistema repressivo, che devono necessariamente essere tenute in considerazione: nel linguaggio comune e nella dottrina, come in parte anticipato, si assiste troppo spesso ad una trasformazione dello strumento penale, che da garanzia e da limite posto ad alcuni comportamenti, in via quindi necessariamente residuale, viene inteso come un congegno normativo per la promozione di valori.

Il giudizio di ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p., in definitiva e anche per queste ragioni, potrebbe rappresentare una preziosa occasione, per la Corte costituzionale, per ribadire alcuni punti fermi su questi principi di fondo del nostro ordinamento penale.

dei terzi che accedono all'attività prostitutiva, pur libera e consapevole. Al riguardo si vedano le specifiche osservazioni di B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, III, 1670 ss.

In generale, sulla nozione di dignità si vedano A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1755 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 ss.

¹⁶ Sul tema, la letteratura è molto ricca: si segnalano, in questa sede, i celebri scritti di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Novissimo Digesto*, XIX, 1974; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1983; sia inoltre consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale* (a cura di) V. ANGIOLINI, Torino, 1992; e M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionale*, in *Diritto costituzionale*, 2000.

¹⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 447 del 1998.



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

UN'OCCASIONE “STORICA” PER LA CORTE COSTITUZIONALE (FRA
GIUDIZIO DI AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'OMICIDIO DEL
CONSENZIENTE E INIZIATIVA LEGISLATIVA SUL SUICIDIO ASSISTITO)?

BENEDETTA LIBERALI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Sul campo applicativo della disciplina fra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente. – 3. Sul requisito della capacità di intendere e di volere, oltre che di prendere decisioni libere e consapevoli. – 4. Sul previo coinvolgimento in un percorso di cure palliative. – 5. Sulle condizioni di salute legittimanti l'accesso alla “morte volontaria medicalmente assistita”. – 6. Sulla responsabilità e la coscienza dei medici coinvolti. – 7. Sul fattore “tempo”. – 8. Sui Comitati per la valutazione clinica. – 9. Considerazioni finali.

1. Osservazioni introduttive

L'imminente giudizio di ammissibilità del referendum sull'art. 579 (*Omicidio del consenziente*) c.p. offre una occasione particolarmente intensa per tornare a riflettere su alcuni profili di grande interesse che attengono alla specifica natura oppositiva dello stesso strumento referendario e al complesso rapporto fra legislatore e Corte costituzionale.

La funzione oppositiva del referendum si manifesta evidentemente in relazione sia alle scelte del legislatore sia alle mancate scelte o perduranti non-scelte dello stesso, che si risolvono esse stesse in precise determinazioni normative. Al riguardo, si pensi alla perdurante punizione dell'omicidio del consenziente pur in presenza delle condizioni precisamente individuate dalla Corte costituzionale prima nell'ordinanza n. 207 del 2018 e poi confermate e arricchite ulteriormente nella sentenza n. 242 del 2019 in relazione

alla diversa (ma contigua) fattispecie dell'aiuto al suicidio: un legislatore maggiormente attento e recettivo avrebbe forse potuto decidere di intervenire in materia con una regolamentazione organica e complessiva, cogliendone le indicazioni molto chiare, ed eliminando ogni tipo di irragionevole differenziato trattamento fra categorie di soggetti. Si pensi ancora alla stessa vicenda del cd. caso Antoniani-Cappato, che ha visto susseguirsi il primo intervento della Corte nel 2018, la perdurante inerzia del legislatore e la successiva definitiva pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 580 (*Istigazione o aiuto al suicidio*) c.p.

A seguito della sentenza n. 242 del 2019 il legislatore ha assunto una iniziativa normativa che se ne discosta sostanzialmente in molteplici punti, oltre a presentare notevoli criticità dal punto di vista della tecnica redazionale: si tratta del Testo unico recante *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita* (che raccoglie i testi dei disegni di legge nn. 2-1418-1586-1655-1875-1888-2982-3101-A), approvato dalle Commissioni Giustizia e Affari sociali della Camera dei Deputati il 9 dicembre 2021 e posto in discussione in Assemblea il 13 dicembre.

L'analisi della disciplina e di alcuni profili problematici, anche alla luce dello specifico contesto in cui la discussione parlamentare è stata avviata, sembra confermare l'assunto introduttivo circa la portata che la decisione sull'ammissibilità del quesito potrebbe assumere tenendo conto sia della generale giurisprudenza costituzionale resa in questo tipo di giudizio (soprattutto nel settore penale), sia del complessivo progresso "rapporto" che si è definito fra Corte costituzionale e legislatore nella specifica materia del cd. fine vita.

Proprio considerando questi due profili – l'oggetto del quesito referendario e il rapporto con il legislatore – si potrebbe prefigurare una decisione storica che non solo contribuisca, in via generale, ad arricchire la giurisprudenza costituzionale in materia di ammissibilità dei referendum, ma che non rinunci, alla luce della materia oggetto del quesito, a indirizzare ulteriori moniti al legislatore.

2. Sul campo applicativo della disciplina fra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente

Il Testo unificato mira a regolare "la facoltà della persona affetta da una patologia irreversibile e con prognosi infausta o da una condizione clinica irreversibile di richiedere assistenza medica, al fine di porre fine volontariamente e autonomamente alla propria vita", alle condizioni ed entro i limiti ivi previsti (art. 1).

Per "morte volontaria medicalmente assistita" si intende il "decesso cagionato da un atto autonomo", con cui si pone fine alla propria vita ("in modo volontario, dignitoso e consapevole"), con l'assistenza e il supporto del Servizio Sanitario Nazionale (art. 2, comma 1).

La facoltà di porre fine alla propria vita e di dare attuazione al progetto di "morte volontaria medicalmente assistita" è sostanzialmente e indubitabilmente limitato al solo caso di un *suicidio*, poiché si è inserito espressamente il riferimento all'*atto autonomo*

che deve cagionare il decesso, con esclusione delle ipotesi in cui la persona non sia in grado di determinarlo e, dunque, delle ipotesi in cui si renda necessario a questo fine l'intervento di un terzo (omicidio del consenziente).

Pur a fronte di tale delimitazione (che come si vedrà oltre induce a interrogarsi sulla possibile irragionevole differenziazione nel trattamento di categorie di soggetti a seconda che siano o meno in grado di determinare il proprio decesso), si può riconoscere come con questa disciplina si intenda rendere quella che viene definita una "facoltà" un vero e proprio diritto, che può essere fatto valere nei confronti dell'ordinamento che si impegna a garantirne il supporto e il controllo attraverso l'intervento del Servizio Sanitario Nazionale. La Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019 – e non avrebbe potuto fare diversamente, alla luce dello specifico perimetro della questione allora sollevata – si è occupata ("solo") della rilevanza penale della condotta dei terzi che aiutano al suicidio una determinata e ben individuata categoria di soggetti, senza affatto riconoscere il diritto fondamentale all'aiuto al suicidio (e in tale prospettiva, allora, si può leggere il riferimento inserito nella sentenza n. 242 alla "coscienza" dei medici che possono rifiutare di aiutare al suicidio, proprio considerando che non vi è alcun obbligo di assicurare l'attuazione del proposito suicidario dei pazienti).

Il chiaro riferimento all'*atto autonomo* idoneo a porre fine alla propria vita, però, sembra porsi in contrasto con quanto successivamente si prevede all'art. 5, comma 7. Nello stabilire che con il parere favorevole del Comitato per la valutazione clinica (su cui si tornerà oltre) la direzione sanitaria dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera di riferimento proceda alle "necessarie verifiche" per garantire che il decesso avvenga secondo specifiche modalità, tra cui quella relativa al luogo della sua realizzazione, ossia il domicilio del paziente, si inserisce anche l'alternativa (laddove la prima non sia percorribile) secondo cui il decesso avvenga "presso una struttura ospedaliera e sia consentito anche alle persone prive di autonomia fisica".

Proprio questo ultimo riferimento, che sembrerebbe poter venire incontro alle esigenze concrete della persona che non sia in grado di recarsi in una struttura sanitaria, mostra in realtà un profondo profilo di incoerenza. Espressamente, infatti, si ammette che la morte anticipata medicalmente assistita possa essere raggiunta in ospedale (e non, secondo la prima opzione, presso il proprio domicilio) e, oltre a questo, che a essa possa pervenire anche colui che sia (del tutto?) privo di autonomia fisica. Con ciò, quindi, sembra allargarsi il perimetro di applicabilità della disciplina che regola l'accesso alla morte anticipata, peraltro sfumando i profili di criticità già accennati relativi al trattamento irragionevolmente riservato ai soggetti che non possono autonomamente dare esecuzione al proposito di porre fine alla propria vita, in presenza di determinate condizioni cliniche.

A fronte di quello che appare un "ampliamento" della portata applicativa della disciplina, successivamente si inseriscono alcuni riferimenti che tornano a limitarne espressamente il perimetro alla sfera del suicidio.

Innanzitutto, e per la prima volta, il legislatore fa a esso espresso richiamo: la parola *suicidio* ricorre una sola volta nel testo e - in modo significativo - in relazione al riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza (art. 6, su cui si tornerà oltre). Ancora,

all'art. 8, laddove si disciplina l'esclusione della punibilità dei medici e del personale sanitario e amministrativo, viene espressamente richiamato il solo art. 580 c.p. e non anche l'art. 579 c.p.

3. Sul requisito della capacità di intendere e di volere, oltre che di prendere decisioni libere e consapevoli

Tale *atto autonomo*, inoltre, non solo deve essere frutto di “una volontà attuale, libera e consapevole”, ma deve essere posto in essere da “un soggetto pienamente capace di intendere e di volere” (art. 2, comma 2). Peraltro, la qualificazione della volontà viene ripresa al successivo art. 4, comma 1, e ulteriormente arricchita di altri aggettivi: la richiesta di morte volontaria deve essere “attuale, informata, consapevole, libera ed esplicita”.

Rispetto alla scelta di questi aggettivi e di queste espressioni emergono ulteriori considerazioni, che attengono innanzitutto al carattere “attuale” della volontà: con esso sembrerebbe escludersi la possibilità di inserire nelle disposizioni anticipate di trattamento, disciplinate dalla legge n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), l'indicazione circa la decisione di porre fine alla propria vita, in presenza di determinate condizioni. Considerando però che, come si è detto, si richiede espressamente che sia lo stesso soggetto interessato a porre in essere l'*autonomo atto* con cui si determina il decesso, l'ipotesi che le DAT possano essere “arricchite” ulteriormente anche con questa opzione non sembra materialmente configurabile, non potendosi trovare per definizione in condizione di incapacità.

Ci si può, dunque, interrogare sulla *ratio* che ha condotto il legislatore a disciplinare esclusivamente questa specifica fattispecie – la morte volontaria medicalmente assistita cui si perviene attraverso un atto suicidario – e non anche la fattispecie (pur diversa, ma certamente per molti profili analoga e contigua se si considerando le peculiari condizioni in cui si trova il soggetto richiedente) dell'omicidio del consenziente. L'interrogativo si pone se si considera, ancora una volta, l'irragionevole differente trattamento che si riserva a chi non sia (più) in grado di porre in essere in modo autonomo l'atto che determina il proprio decesso, rispetto a coloro che invece possono ancora provvedervi, pur in presenza di analoghe o identiche condizioni di salute e di sofferenza psichica o fisica (sul carattere alternativo o cumulativo di questi aggettivi si tornerà oltre).

Con riguardo alla “piena capacità di intendere e di volere” sorgono ulteriori profili problematici laddove si intenda tenere fermo quanto stabilito dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, che specificamente si è occupata delle condotte dei terzi che aiutano la condotta suicidaria. La Corte, in quella decisione, come è noto, ha fatto ricorso a una ben diversa espressione, ossia quella della “capacità di prendere decisioni libere e consapevoli”: espressione certamente più ampia, che ricomprende condizioni anche diverse e ulteriori rispetto a quelle in cui il soggetto interessato sia pienamente (“solo”) capace di intendere e di volere.

La disciplina confluita nel Testo unico, in modo non organico, torna successivamente nell'art. 3, comma 1, a soffermarsi sui requisiti soggettivi relativi allo stato di capacità del soggetto richiedente: da un lato si ribadisce la necessità che la persona sia “capace di intendere e di volere”, dall'altro si aggiunge che essa deve essere anche capace di “prendere decisioni libere attuali e consapevoli”, con ciò in qualche misura richiamando il requisito posto dalla Corte costituzionale (ma confermando la contraddittorietà del duplice riferimento alla capacità di intendere e di volere da una parte e dall'altra alla capacità di prendere decisioni libere e consapevoli).

4. *Sul previo coinvolgimento in un percorso di cure palliative*

Sempre tenendo conto di quanto espressamente stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019, si segnala un ulteriore riferimento che risulta aggravare la procedura che mira a riconoscere la facoltà di porre fine alla propria vita. L'art. 3, comma 1, infatti, prevede che la persona interessata, “adeguatamente informata”, debba essere stata “previamente coinvolta in un percorso di cure palliative al fine di alleviare il suo stato di sofferenza”.

È pur vero che la stessa disposizione stabilisce che le cure palliative debbano essere state espressamente rifiutate: in ogni caso, però, il termine che richiama il coinvolgimento pare evocare l'avvio della relativa procedura e, dunque, quantomeno l'iniziale sottoposizione al relativo percorso, cui fa seguito il rifiuto.

Tale previsione, oltre ad allungare (e aggravare) la procedura prescelta (quella con cui si intende porre fine alla propria vita), risulta contrastante sia con i ben noti principi dello stesso consenso informato, da ultimo cristallizzati nella legge n. 219 del 2017, secondo cui ogni tipo di trattamento diagnostico e terapeutico può essere certamente rifiutato anche prima della sua applicazione e non solo successivamente, sia con la stessa legge n. 38 del 2010 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*), con cui si riconosce e garantisce il diritto all'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. La legge n. 219, peraltro, nell'integrare le previsioni della legge n. 38 prevede la possibilità (e non l'obbligo) di associare la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari alla somministrazione di terapie palliative.

Ancora, tale previsione contrasta con quanto la Corte costituzionale ha stabilito nella sentenza n. 242 del 2019: in particolare, si è “sottolineata l'esigenza di adottare opportune cautele” affinché non si determini un improprio “rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua”. Sebbene anche la Corte si riferisca al “coinvolgimento in un percorso di cure palliative”, quale “pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente”, le argomentazioni della decisione restituiscono chiaramente il quadro di principio di riferimento: come espressamente riconosciuto, infatti, occorre garantire “l'effettività del diritto alle cure palliative” e, quindi, non si impone affatto alcun obbligo di “previo trattamento” che consista nella loro applicazione.

Come per altri profili, anche in questo caso la questione delle cure palliative viene ripresa (in modo quindi parimente disorganico) successivamente, all'art. 5, comma 3, con un assetto che sembra parzialmente discostarsi dalla precedente previsione. E, infatti, qui si stabilisce che nel rapporto che viene inviato al Comitato per la valutazione clinica sia "precisato" non solo se la persona è stata adeguatamente informata sulla propria condizione clinica e sulla prognosi, oltre che sui trattamenti sanitari attuabili e alternativi, ma anche se la stessa "è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative" e se "è già in carico a tale rete di assistenza o se ha esplicitamente rifiutato tale percorso assistenziale".

Da queste (successive) specificazioni sembrerebbe emergere un quadro contraddittorio: non si imporrebbe più un "coinvolgimento" in un percorso di cure palliative, ma "solo" la relativa informazione (in modo da garantire la possibilità di scelta consapevole); e però – e con ciò richiamando la precedente impostazione – si richiede di indicare se la persona è "già" in carico per tale tipo di servizio, con ciò configurando una ulteriore ipotesi di paziente cui vengono somministrate le cure palliative, che ha avanzato richiesta di morte assistita e che non ha (ancora) provveduto a rifiutarne la prosecuzione.

5. Sulle condizioni di salute legittimanti l'accesso alla "morte volontaria medicalmente assistita"

L'art. 3 torna a specificare quanto già accennato dall'art. 1 con riguardo alle condizioni di salute cui è subordinato l'accesso alla morte assistita anticipata. In particolare, la persona deve essere affetta da una "patologia irreversibile e con prognosi infausta" oppure essere "portatrice di una condizione clinica irreversibile", che determinino "sofferenze fisiche e psicologiche" ritenute dalla stessa "assolutamente intollerabili" (art. 3, comma 2, lett. a).

I profili problematici di tale previsione sono in questo caso particolarmente intensi.

Innanzitutto, si aggiunge un requisito sostanziale: la patologia non deve essere solo *irreversibile*, ma deve anche avere una *prognosi infausta*, con ciò discostandosi nettamente da quanto stabilito dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale (che si riferisce solo alla irreversibilità) e restringendo qualitativamente di conseguenza la platea dei destinatari della disciplina.

In secondo luogo, si impone che le sofferenze che derivano dalla propria condizione di salute siano contemporaneamente fisiche e psichiche. Se ragionevolmente la valutazione sul grado di tollerabilità delle sofferenze viene rimessa alla stessa persona interessata, così come ha stabilito la Corte nella sentenza n. 242 ai fini dell'irrelevanza della condotta dei terzi che aiutino ad attuare il proposito suicidario, la scelta della congiunzione "e" fra gli aggettivi *fisiche e psicologiche* si pone in frontale contrasto con la medesima pronuncia, in cui essi sono posti in via alternativa.

Le conseguenze non sono di poco momento, determinandosi una irragionevole differenziazione nel trattamento di categorie omogenee di soggetti, che possono ritenere parimente intollerabili le proprie sofferenze, anche se "solo" esclusivamente fisiche o

“solo” esclusivamente psichiche (e in ogni caso pur sempre relative a una condizione di salute irreversibile).

Si richiede, inoltre, che solo la patologia irreversibile e con prognosi infausta debba essere stata “attestata dal medico curante e dal medico specialista” e non anche la condizione clinica irreversibile.

Peraltro, in questa fase non è previsto il controllo diretto da parte del Servizio Sanitario Nazionale, essendo demandata la suddetta attestazione al medico curante “e” al medico specialista (in modo cumulativo e non alternativo).

Si è poi recepito quanto indicato dalla Corte costituzionale in relazione alla necessità che vi siano trattamenti sanitari di sostegno vitale. Pur aderendo in questo caso a quanto previsto dalla sentenza n. 242, il legislatore ha deciso di non affrontare le problematiche sottese alla condizione in cui versano coloro che - pur essendo nella medesima situazione di patologia irreversibile e con prognosi infausta (o di una condizione clinica irreversibile) caratterizzata da sofferenze fisiche e psichiche ritenute intollerabili - non sono sostenuti in vita da trattamenti sanitari il cui distacco determinerebbe la morte. Anche a tale riguardo si profilano aspetti di criticità, nella conseguente differenziazione di trattamento fra categorie di pazienti, poiché la (sola) circostanza di essere sostenuti in vita da determinati trattamenti sanitari diviene decisiva al fine di riconoscere (o meno) la possibilità di pervenire alla propria morte anticipata.

6. Sulla responsabilità e la coscienza dei medici coinvolti

Delineato il percorso che dovrebbe condurre all’attuazione dell’intenzione di morte medicalmente assistita, ci si può interrogare intorno ai profili di responsabilità dei medici coinvolti.

Come si è visto la disciplina richiede l’intervento di supporto e di controllo del Servizio Sanitario Nazionale (artt. 2 e 9), per poi richiamare la figura del medico curante e del medico specialista (che devono attestare la condizione patologica irreversibile e con esito infausto, ma non anche la condizione clinica irreversibile: art. 3) e, infine, il Comitato per la valutazione clinica (artt. 5 e 7).

Vengono in rilievo, ai fini che in questa sede interessano, le previsioni di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 5. La prima disposizione prevede che il medico che stende il rapporto debba indicare ogni informazione da cui si possa trarre che la richiesta di morte anticipata non è libera, consapevole e informata. Di conseguenza, il medico non è tenuto a interrompere la sequenza delle proprie attività, ma deve comunque completare il proprio rapporto e inviarlo al Comitato. La seconda previsione, invece, stabilisce che laddove il medico ritenga che manchino palesemente i presupposti e le condizioni di cui all’art. 3 (che riguardano la capacità di intendere e volere e di prendere decisioni libere e attuali, oltre alla verifica della condizione di patologia irreversibile e la presenza di trattamenti sanitari di sostegno vitale) egli non debba (nemmeno) trasmettere la richiesta al Comitato (inviando la relativa motivazione).

La responsabilità del medico perdura per tutto il tempo antecedente il decesso: l'art. 5, comma 10, richiede, infatti, che debba "in ogni caso" "previamente" accertare (anche avvalendosi "eventualmente" del supporto di uno psicologo) che la volontà del soggetto persista (e che permangano tutte le condizioni che legittimano la morte anticipata di cui all'art. 3).

Il disegno di legge riconosce, inoltre, espressamente il diritto di obiezione di coscienza, riprendendo (pur non perfettamente) la formulazione del ben noto art. 9 della legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle relative procedure quando sollevi obiezione di coscienza: in particolare, è esonerato dal compimento di procedure e attività "specificamente" (ma non anche, come prevede la legge n. 194, "necessariamente") dirette al "suicidio" e non dall'assistenza antecedente (art. 6).

Appare particolarmente significativo che si sia fatto riferimento alla parola *suicidio* in modo espresso solo in questa disposizione, che peraltro, nell'imporre "in ogni caso" la garanzia della prestazione, richiama gli "enti ospedalieri pubblici autorizzati" e non anche (come prevede la legge n. 194) gli "enti ospedalieri e le case di cura autorizzate"; e, ancora, non richiama (come invece fa la legge n. 194) lo strumento della mobilità del personale cui le Regioni potrebbero fare ricorso nell'attività di controllo e garanzia della prestazione medesima. Tali mancati richiami, anche alla luce delle ben note problematiche applicative che continuano a caratterizzare la legge n. 194, inducono a ritenere che analoghe se non più ampie criticità si potranno registrare a tale proposito anche rispetto a questo tipo di prestazione.

Da ultimo occorre richiamare l'art. 8 relativo all'esclusione della punibilità per le condotte di cui agli artt. 580 e 593 (*Omissione di soccorso*) c.p.: l'area di non punibilità comprende non solo i medici e il personale sanitario, ma anche il personale amministrativo. Considerando che il diritto di obiezione di coscienza può essere esercitato solo in relazione alle attività *specificamente* dirette al suicidio, sembra, dunque, che per questa categoria di soggetti possa valere l'esclusione di punibilità – laddove offrano prestazioni di carattere organizzativo e amministrativo – ma non anche il rilievo della propria coscienza: la formulazione dell'art. 6, allora, forse avrebbe dovuto ricomprendere anche l'avverbio *necessariamente*, poiché nell'ambito della procedura che conduce all'attuazione del proposito suicidario le preliminari attività burocratico-amministrative possono essere "specifiche", ma, con tutta evidenza, non necessarie.

Un ulteriore profilo di criticità che sembra scardinare l'impianto della stessa disciplina laddove vengono coinvolti nella procedura i medici e i componenti del Comitato per la valutazione clinica può essere individuato laddove l'esclusione della punibilità comprende anche coloro che abbiano "agevolato in qualsiasi modo la persona malata" ad attuare ("portare a termine": art. 8, comma 1) il suo proposito, "nel rispetto delle disposizioni della presente legge". È possibile, dunque, che l'attuazione della morte anticipata si fondi sul contributo di persone esterne, senza una specifica competenza professionale o non appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale, come invece sembra essere richiesto dalla stessa disciplina. Di ciò sembra trarsi conferma, in fondo, anche

laddove il legislatore ha previsto all'art. 8, comma 2, che non siano punibili coloro che prima dell'entrata in vigore della disciplina abbiano agevolato "in qualsiasi modo" la morte volontaria, sempre che ricorressero i medesimi presupposti e condizioni.

7. Sul fattore "tempo"

Un ulteriore profilo di non secondaria importanza, proprio considerando la condizione di sofferenza sia fisica sia psichica (e non "solo" fisica o psichica, come impone la stessa disciplina), riguarda lo sviluppo temporale della sopra indicata procedura.

Appare particolarmente significativa al riguardo la previsione di trenta giorni che possono passare dalla ricezione del rapporto del medico da parte del Comitato per la valutazione clinica e l'espressione del suo parere, oltre alla circostanza di una mancata indicazione dei limiti temporali delle fasi precedenti. Il legislatore in fondo si mostra così consapevole della portata di questo profilo che prevede – pur sempre e solo per la fase di attesa del parere del Comitato – che al soggetto interessato sia assicurato "un supporto medico e psicologico adeguato" (art. 5, comma 6).

La scansione temporale del percorso risulta ulteriormente ampliata laddove il medico ritenga di non trasmettere la richiesta di morte anticipata al Comitato oppure quest'ultimo esprima parere contrario: in simili ipotesi viene riconosciuta la possibilità di ricorso al giudice entro un termine di sessanta giorni (dalla ricezione del parere; nulla viene previsto per il primo caso, relativo al diniego di invio della richiesta: probabilmente la data da cui fare decorrere il suddetto termine è quella del documento con cui il medico è tenuto a motivare la propria decisione, come prevede l'art. 5, comma 4).

8. Sui Comitati per la valutazione clinica

L'art. 7 del disegno di legge fissa alcune indicazioni circa la composizione dei Comitati per la valutazione clinica che, come si è visto, rivestono un ruolo centrale nella procedura che può condurre alla morte anticipata assistita, con la finalità di "garantire la dignità delle persone malate e di sostenere gli esercenti le professioni sanitarie nelle scelte etiche" sottese. Viene dunque assegnata a questi organismi una duplice funzione, che si indirizza non solo ai pazienti che richiedono sostegno nella procedura che conduce alla morte assistita, ma anche ai medici e al personale sanitario coinvolto.

In questa prospettiva, si prevede che essi debbano essere "multidisciplinari, autonomi e indipendenti, costituiti da medici specialisti, ivi compresi palliativisti, e da professionisti con competenze cliniche, psicologiche, giuridiche, sociali e bioetiche idonee" al fine di assicurare l'assolvimento ("corretto ed efficace") delle loro funzioni.

Sarà compito del Ministero della Salute adottare un regolamento per la loro istituzione presso le aziende sanitarie locali: proprio questa disciplina, che dovrebbe essere adottata entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge, consentirà di

verificare in che modo, concretamente, saranno regolati questi organismi. Il profilo non è affatto secondario se si considerano da un lato le due finalità che già il disegno di legge assegna a questi ultimi (e, quindi, occorrerà verificare come saranno garantite e tenute insieme le differenti esigenze riconducibili in capo al personale sanitario e ai pazienti) e dall'altro lato la necessità di armonizzare questa stessa regolamentazione dei Comitati per la valutazione clinica con i già esistenti Comitati etici, cui la Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019 ha fatto espresso riferimento.

In quella occasione, infatti, la Corte ha stabilito che la delicatezza dei valori sottesi alla materia richiede l'intervento di un organo collegiale terzo con determinate competenze che possa tutelare specifiche situazioni di vulnerabilità. Nella sentenza si esplicita che l'attribuzione di tali funzioni ai Comitati etici territorialmente competenti è temporanea, in attesa nell'intervento del legislatore.

Se, dunque, è possibile disciplinare questo profilo in modo differente, ci si può in ogni caso interrogare sulle ragioni che hanno condotto all'ideazione di un nuovo soggetto, che evidentemente si distingue dal Comitato etico. Di conseguenza, si pone anche l'esigenza di raccordare le rispettive competenze, poiché dalla lettura del testo sembra che i Comitati etici non possano/debbero essere coinvolti nelle procedure di richiesta di morte volontaria assistita.

In secondo luogo, e questo aspetto attiene maggiormente al merito della stessa procedura tesa alla morte assistita, ci si può interrogare sull'evidente estensione del grado di intervento dei Comitati per la valutazione clinica. Se nella sentenza n. 242 al Comitato etico è attribuita una funzione consultiva e di riferimento dal punto di vista etico e, soprattutto, con il (limitato) fine di soddisfare l'esigenza di tutela di situazioni di specifica vulnerabilità dei pazienti, nel disegno di legge come si è visto il Comitato per la valutazione clinica si esprime sulla "esistenza dei presupposti e dei requisiti stabiliti" dalla stessa disciplina "a supporto della richiesta di morte volontaria medicalmente assistita", potendo convocare il medico di riferimento o l'*equipe* sanitaria e recarsi presso il domicilio del paziente per verificare che la richiesta sia informata, consapevole e libera (art. 5, comma 5), con ciò peraltro sovrapponendosi alle (e potendo superare le) valutazioni e considerazioni già svolte dai medici che hanno in carico il paziente.

9. Considerazioni finali

Alla luce di tali rilievi e tenendo conto anche dello specifico contesto in cui prende avvio il giudizio di ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p., parallelamente alla discussione in Parlamento del disegno di legge sull'aiuto al suicidio o suicidio assistito, si può ritenere che la relativa decisione della Corte costituzionale potrebbe assumere un rilievo particolarmente importante.

L'odierno quesito referendario, infatti, offre alla Corte occasione per tornare non solo sulla propria giurisprudenza in materia di ammissibilità dei referendum, soprattutto con riferimento alla materia penale, ma anche sul rapporto fra giudizi e decisioni costituzionali e attività, iniziativa e responsabilità del legislatore.

Al riguardo non si può dimenticare che proprio in occasione di giudizi di ammissibilità del referendum la stessa Corte non ha mancato di rivolgere specifici moniti a quest'ultimo.

In particolare, nel ribadire la necessità di tenere ben distinti questo tipo di giudizio dal sindacato di legittimità costituzionale e, dunque, nel ribadire che in occasione del primo non è possibile anticipare alcuna valutazione di merito sulla cd. normativa di risulta, pur ritenendo niente affatto inibita l'individuazione della stessa, la Corte sottolinea che simili conclusioni non la esimono dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici della disciplina risultante dall'effetto abrogativo (sentenze nn. 26 del 1981, nn. 15 e 16 del 2008; n. 45 del 2005; nn. 24 e 25 del 2011).

Ecco che proprio considerando quanto già si è sottolineato rispetto all'intreccio fra interventi della Corte costituzionale e inerzia del legislatore, cui ha fatto seguito l'iniziativa di cui si sono in questa sede approfonditi alcuni profili critici che si rilevano tali a fronte delle decisioni richiamate, non potrebbe affatto escludersi che la Corte non colga questa occasione per rivolgere un ulteriore monito particolarmente rafforzato, che riguarda in fondo e pur sempre la necessità di un organico e complessivo riordino della materia del fine vita, che comprenda non solo i casi riconducibili all'aiuto al suicidio, ma anche quelli relativi all'omicidio del consenziente.

Nel rigoroso perimetro del sindacato che le è demandato in punto di ammissibilità del referendum, quindi, la Corte ben potrebbe - laddove dovesse individuare profili di problematicità della normativa di risulta del quesito - dichiararlo ammissibile (al riguardo si veda per esempio la sentenza n. 37 del 2000, con la quale la Corte ha dichiarato ammissibile il quesito allora sottoposto al suo giudizio, non ritenendo a tal fine ostativa la rilevata esigenza di un successivo intervento del legislatore per rivedere in modo organico la disciplina) e accompagnare le motivazioni con chiare indicazioni al legislatore, che peraltro potrebbero coincidere esattamente con quanto stabilito nella sentenza n. 242 del 2019.



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

DEL REFERENDUM SULL'EUTANASIA E DELLA SUA AMMISSIBILITÀ(?):
IN ATTESA DELLA DECISIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

BENEDETTA VIMERCATI

SOMMARIO: 1. Una rapida premessa. – 2. I limiti impliciti che potrebbero ostacolare l'ammissibilità del quesito. – 2.1. La non chiarezza del quesito e l'inidoneità a raggiungere l'obiettivo. – 2.2. La manipolatività. – 2.3. La tutela minima tra obblighi di penalizzazione e tutele di sistema. – 3. Altre possibili strade per superare l'eventuale inammissibilità del referendum? – 4. Alcune considerazioni conclusive.

1. Una rapida premessa

A breve, la Corte costituzionale sarà chiamata a valutare l'ammissibilità del quesito referendario proposto da numerose associazioni, movimenti e partiti per introdurre nel nostro ordinamento l'eutanasia legale attraverso una parziale abrogazione dell'art. 579 c.p. che, ad oggi, sanziona penalmente l'omicidio del consenziente.

Moltissime sono le tematiche su cui sarebbe possibile soffermarsi a partire da questo quesito referendario. Da una parte, emergono questioni di natura generale di sicuro interesse per il costituzionalismo italiano: il riferimento non può che essere alla relazione dialettica tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa¹, oppure alla capacità del referendum, a motivo della sua logica binaria, di adattarsi a questioni che meriterebbero una attenta e non precipitosa istruttoria condotta all'interno di un confronto

¹ Non si menziona volutamente la democrazia diretta, abbracciandosi la lettura di Luciani sul referendum come strumento di democrazia partecipativa e non di democrazia diretta (cfr. M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 2005).

parlamentare trasparente e informato, fino alle più recenti ed eventuali modifiche dell'istituto che si renderebbero necessarie a seguito dell'apertura alla raccolta elettronica delle firme per la presentazione del quesito². Dall'altra, affiorano inevitabilmente le specificità del presente quesito che riguardano sia le ragioni politiche a sostegno o in opposizione all'oggetto della consultazione referendaria sia le ragioni giuridico-costituzionali che la Corte potrebbe sollevare in sede di sindacato di ammissibilità e che sarebbero idonee ad interdire l'esercizio del voto popolare tramite referendum.

Dentro questo articolarsi di angoli prospettici, nelle pagine a seguire ci si focalizzerà su una lettura specifica del referendum in oggetto che consentirà altresì di aprire a considerazioni di più ampio respiro. In particolare, ci si concentrerà sulla valutazione di ammissibilità del quesito, proponendo alcune brevi riflessioni che originano dall'analisi della pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale: non solo quella sviluppata nell'ambito delle decisioni di fine vita ma, in particolar modo, quella prodotta in sede di sindacato di ammissibilità di quesiti referendari³.

È infatti proprio sulla base di questa giurisprudenza che è possibile sostenere come la Corte abbia forse margini per esprimersi nel senso della inammissibilità. Utilizzo volutamente una espressione dubitativa perché se è vero che le decisioni di inammissibilità dovrebbero rappresentare una sorta di *extrema ratio* per non frustrare manifestazioni del diritto fondamentale di partecipazione politica del corpo elettorale⁴, è altrettanto vero come, a partire da quella che è stata definita la sentenza-matrice n. 16 del

² Di recente, in argomento si veda F. PACINI, *Verso un mutamento costituzionale tecnicamente indotto? Note sulla digitalizzazione delle firme per il referendum*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2021, 942 ss. L'Autore, dichiarando di prediligere un approccio conservatore, menziona tra le possibili modifiche già paventate nel dibattito l'innalzamento del numero di firme necessarie per la presentazione della richiesta di referendum, l'anticipazione del giudizio di ammissibilità al raggiungimento di una bassa soglia di firme e modifiche del quorum di validità. Si veda inoltre I. NICOTRA, *Intervista Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, in *Giustizia insieme*, 2021: «Per evitare di svalutare il ricorso a tale istituto vi sono diverse iniziative legislative che propongono di “filtrare” il quesito, con l'anticipazione del giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale già subito dopo la raccolta delle prime 100mila firme, di aumentare il numero di firme necessarie per promuovere la richiesta di referendum a 800 mila dalle attuali 500 mila e inoltre abbassare il quorum deliberativo, portandolo dalla metà più uno degli aventi diritto alla metà più uno dei votanti alle precedenti elezioni politiche, affinché si possa raggiungere più facilmente il quorum». Cfr. infine N. LUPO, *La nuova vita “digitale” del referendum abrogativo. Origini e conseguenze*, Luiss School of Government, Policy Brief n. 31/2021; P. COSTANZO, *Democrazia diretta e partecipazione popolare (c'è posto anche per internet?)*, in ID. (a cura di), *Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi*, Milano, 2016, 2 ss.

³ Una giurisprudenza che verrà presa in considerazione nella consapevolezza della unicità che riveste la giurisprudenza di ammissibilità di referendum abrogativi in materia elettorale, non sempre in linea con la più generale giurisprudenza di ammissibilità della Corte e che potrebbe essere evocata, nonostante alcuni profili di contatto, in maniera non del tutto opportuna (sulla peculiarità dei referendum elettorali cfr. G. BRUNELLI, *Quesito manipolativo e statuto peculiare dei referendum elettorali*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, 33 ss.).

⁴ Cfr. N. ZANON, *Memoria per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, 208 ss.: «nel modello costituzionale regola è il referendum, eccezione è l'inammissibilità».

1978⁵, la Corte – insistendo sulla natura di atto-fonte di tipo legislativo del referendum⁶ – si è fatta nel tempo promotrice, per interpretazione sistematica, di un arricchimento del catalogo dei criteri per vagliarne i limiti di ammissibilità⁷.

Muovendosi tra queste due polarità, la Corte ha così sviluppato una copiosa e poliedrica giurisprudenza non sempre prevedibile e coerente⁸, rendendo insidioso il lavoro di ricostruzione sistemica dell'interprete e sollevando per questo numerose critiche in dottrina. Tanto che da più parti, nella consapevolezza di un improbabile *renvirement* della giurisprudenza ad oggi maturata, si è auspicato e si continua ad auspicare almeno un'operazione di "pulizia"⁹ volta a rendere più limpide le "barriere all'ingresso"¹⁰.

Un netto cambio di passo da parte della Corte è infatti aggravato dal consolidamento di alcune linee giurisprudenziali, rafforzato anche dai continui rimandi nelle decisioni della Corte a propri precedenti. È con i limiti enucleabili dall'affermarsi di tali tendenze

⁵ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *L'ammissibilità dei referendum elettorali e la logica di "Yankele, il lattaiio ebreo"*, in A. BARBERA, G. GUZZETTA (a cura di), *Il governo dei cittadini. Referendum elettorali e riforma della politica*, Soveria Mannelli, 2007, 289 ss.

⁶ Si veda, *ex multis*, V. BALDINI, *La variabile ammissibilità (stavolta, negata...) del referendum abrogativo "a valenza propositiva"*, in *Diritti fondamentali*, 1/2017. Nella giurisprudenza della Corte si veda sent. 468 del 1990.

⁷ Se fino agli anni '70 la Corte aveva offerto una interpretazione letterale dell'art. 75 Cost. contenendo il proprio sindacato di ammissibilità ai limiti espliciti contenuti nel dettato costituzionale, con la sent. n. 16 del 1978 la Corte ha inaugurato una giurisprudenza tesa ad estendere il proprio vaglio oltre l'elenco di cui all'art. 75 Cost.: «Vero è che questa Corte giudica dell'ammissibilità dei referendum – stando alle concordi previsioni della legge costituzionale n. 1 del 1953 e della legge ordinaria n. 352 del 1970 – ai sensi del secondo comma dell'art. 75 della Costituzione. Ma non per questo si può sostenere che il secondo comma debba essere isolato, ignorando i nessi che lo ricollegano alle altre componenti della disciplina costituzionale del referendum abrogativo. Il processo interpretativo deve, invece, muoversi nella direzione opposta. Occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa». Cfr. A. CRISCUOLO, *La Corte costituzionale e i referendum abrogativi d'iniziativa popolare*, in www.cortecostituzionale.it, 2013.

⁸ Come affermato da G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *L'ammissibilità dei referendum elettorali*, cit.: «la giurisprudenza sull'ammissibilità dei referendum è quanto di più lontano dai canoni di coerenza e prevedibilità che dovrebbero connotare ogni intervento del giudice costituzionale». Analogamente si veda V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, 1996, secondo il quale si avverte la percezione «di come ormai la Corte costituzionale si atteggi ad arbitro unico e non sempre prevedibile dell'ammissibilità della richiesta referendaria, avendo la stessa costruito nel tempo una trama giurisprudenziale non molto perspicua e, invero, poco sistematica, nella quale ristagna l'esperienza referendaria». Cfr. anche A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

⁹ Cfr. E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2005, 381 ss. Secondo l'Autrice è forse impossibile o per lo meno improbabile una «rifondazione teorica degli stessi criteri impliciti di inammissibilità delle richieste referendarie». Diversamente, la Corte avrebbe potuto «salvaguardare la genuinità della consultazione popolare e della stessa singola espressione di voto dell'elettore», sgombrando il campo dai criteri di inammissibilità delle richieste che si prestano maggiormente, o si sono storicamente prestati, ad applicazioni ambigue e ondivaghe, e valorizzando invece il criterio della omogeneità e univocità del quesito nella sua versione originaria.

¹⁰ N. LUPO, *La nuova vita "digitale"*, cit.: «Tali "barriere all'ingresso" hanno evitato possibili eccessi, ma non hanno impedito al popolo di diventare 'organo di decisione politica, organo di ultima istanza' su "questioni di vasto rilievo politico"». Con barriere si intendono la necessità di raccogliere un numero congruo di sottoscrizioni, la verifica da parte dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, l'esclusione di interventi su materie tributarie o di bilancio o di amnistia e indulto, oltre che sui trattati internazionali, il vaglio di ammissibilità del quesito da parte della Corte Costituzionale.

pretorie che, nel bene o nel male, i giudici dovranno confrontarsi, eventualmente sfruttando il più ampio spazio di manovra conservato dalla mutevolezza che invece contraddistingue la lettura dei presupposti nel singolo caso che, di volta in volta, possono essere o meno sussunti entro i confini tracciati dalla giurisprudenza costituzionale.

2. I limiti impliciti che potrebbero ostacolare l'ammissibilità del quesito

Dei molteplici limiti impliciti ricavati dalla Corte costituzionale e che potrebbero sostanziarsi, anche nel caso in discussione, in un ostacolo alla dichiarazione di ammissibilità, tre sono quelli su cui si soffermeranno queste riflessioni. Tali cause inesprese di inammissibilità sono: la non chiarezza del quesito, a cui si collega anche il più recente criterio della inidoneità del referendum a raggiungere l'obiettivo, la sua manipolatività e, infine, il limite della cd. tutela minima.

2.1. La non chiarezza del quesito e l'inidoneità a raggiungere l'obiettivo: quale il peso dell'intentio del Comitato promotore?

Tra tutti i limiti impliciti che sono emersi dalla giurisprudenza costituzionale e che sono stati contemplati anche con riferimento a questo specifico quesito, il meno spinoso potrebbe essere probabilmente costituito dalla chiarezza. Alcuni commentatori hanno evidenziato come la richiesta referendaria sull'art. 579 c.p. non si presenterebbe infatti opaca nei suoi contenuti e nella sua *ratio*¹¹. La binarietà del quesito che porta ad esprimersi nel senso della depenalizzazione oppure del mantenimento dello *status quo* sembrerebbe quasi riecheggiare i referendum abrogativi della "prima stagione" quali quelli su divorzio e aborto¹².

A onor del vero, si potrebbe forse obiettare come un elemento capace di influire sulla chiarezza del quesito possa ravvisarsi nella discrepanza tra, da un lato, la denominazione con cui viene presentato dallo stesso Comitato promotore il referendum e, dall'altro, il suo contenuto oggettivo¹³. Il Comitato promotore dichiara infatti espressamente che «con questo intervento referendario l'eutanasia attiva, previa valutazione del giudice in sede processuale, potrà essere consentita nelle forme previste

¹¹ Si vedano M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 590 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 97 ss.; I. NICOTRA, *Intervista*, cit.

¹² Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 1 ss.

¹³ A. MORRONE, *Riflessioni problematiche sulla «denominazione della richiesta di referendum»*, in *Giurisprudenza italiana*, 8/2000, 1554 ss.

dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico (l. 22 dicembre 2017, n. 219), e in presenza dei requisiti introdotti dalla sentenza della Consulta sul Caso Cappato»¹⁴.

Non soffermandosi però sulle spiegazioni offerte a corredo del quesito dai promotori ma guardando all'oggettività della richiesta e dei suoi effetti, più che l'introduzione dell'eutanasia legale che viene esplicitata quale fine della consultazione referendaria, il referendum comporta la depenalizzazione *tout court* dell'omicidio del consenziente, ad eccezione del III comma dell'art. 579 c.p. Quest'ultimo prevede l'applicazione delle disposizioni relative all'omicidio qualora il fatto venga commesso in assenza di un consenso autentico ovvero sia quando il fatto sia commesso contro un minore degli anni diciotto, una persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti e, infine, contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, oppure carpito con inganno.

Si affacciano qui due ordini di problematiche: in primo luogo, ciò che si introdurrebbe nell'ordinamento a fronte dell'esito positivo del referendum non sarebbero solo ipotesi di eutanasia attiva. Al di là della *quaestio* definitoria che ormai da decenni impegna la dottrina¹⁵, nella stessa opinione pubblica (chiamata direttamente in causa con l'espressione del proprio voto) il concetto di eutanasia si collega alla possibilità di un'interruzione della propria esistenza in una condizione di malattia al fine di anticipare, attraverso la somministrazione di un farmaco, l'evento morte prima che questo giunga come conseguenza della patologia. La normativa di risulta avrebbe però l'effetto di trascinare da queste ipotesi circoscritte e dalle cautele e regole preposte anche nella quasi totalità degli ordinamenti che prevedono forme di eutanasia attiva. Il precipitato dell'effetto abrogativo è piuttosto quello «di erodere il principio di indisponibilità del diritto alla vita cui si ispira il codice Rocco allargando lo spazio di autodeterminazione in ordine alla scelta sul se, come e quando porre legalmente termine alla propria vita»¹⁶, facoltizzando qualsiasi tipologia di omicidio purché a fronte di un genuino consenso. Un fine che parte della dottrina, sorpassando le dichiarazioni del Comitato promotore, identifica quale precipuo obiettivo del referendum¹⁷.

Rimanendo invece ancorati a tali dichiarazioni, opinabile è altresì l'applicazione automatica al *novum* referendario delle decisioni della Corte costituzionale nel caso Cappato. La volontà che emerge dal voto positivo del corpo elettorale, in quanto fonte del diritto, non sarebbe passibile di interpretazioni diversificate e, soprattutto, di una applicazione analogica mediante un trapianto delle condizioni limitative poste dai giudici

¹⁴ Cit. tratta da <https://referendum.eutanasialeale.it/il-quesito-referendario/>.

¹⁵ Si veda in questo senso A. D'ALOIA, *Eutanasia*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2012, 300 ss.

¹⁶ A. PUGIOTTO, *Intervista Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, in *Giustizia insieme*, 2021.

¹⁷ A. PUGIOTTO, *Intervista*, cit. Diversamente, R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema Penale*, 11/2011, 5 ss.: «la finalità politica dichiarata dai sostenitori del referendum è di consentire l'eutanasia attiva nei limiti indicati dalla Corte costituzionale, ma gli esiti sono ben altri, potremmo parlare di esiti "preterintenzionali", non solo per lo sbilanciamento verso l'autodeterminazione in una prospettiva individualista, ma anche per lo sbilanciamento verso la totale assenza di un controllo preventivo».

costituzionali per la fattispecie dell'aiuto al suicidio¹⁸. Una lettura di tal fatta si scontrerebbe con alcuni principi fondamentali che dominano espressamente la materia penale, quali il divieto di analogia *in malam parte* oltre che i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale¹⁹.

Tenendo in considerazione questa duplice criticità, lo scarto che si verrebbe a creare tra denominazione del referendum, intenzione espressa dal Comitato promotore e normativa di risulta avrebbe la capacità di scalfire la libera espressione del voto come possibilità di comprensione del quesito e, soprattutto, delle sue conseguenze giuridiche²⁰. Potrebbe così riaprirsi una "ferita" lasciata aperta dalla Corte costituzionale con la sent. n. 37 del 2000; nella pronuncia, conclusasi nel senso dell'ammissibilità del quesito referendario, dopo aver affermato che «è la descritta portata oggettiva del quesito, e non già la corrispondenza ad essa del titolo attribuito, che costituisce elemento decisivo per ritenere la ammissibilità della richiesta di referendum» si invitava però – in un'ottica *de jure condendo* con riferimento alla revisione della legge di attuazione del referendum – ad «un'attenta considerazione anche di siffatti aspetti»²¹.

¹⁸ In questo senso, R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit. In senso contrario, v. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 20 ss.

¹⁹ Così P. VERONESI, *Intervista Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, in *Giustizia insieme*, 2021.

²⁰ Cfr. sent. 27 del 1982. Dubbi sulla chiarezza del quesito vengono sollevati da N. COLAIANNI, *Ammissibile? Alcuni dubbi sul referendum fine-vita*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 77 ss.; G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. "sull'eutanasia" fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consulta online*, 3/2021, 973 ss.; A. ANZON DEMMIG, *È inammissibile il quesito referendario per la cosiddetta "eutanasia legale"*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 40 ss.; G. D'ALESSANDRO, *La via referendaria al fine vita: un'iniziativa ambigua, inutile e dannosa*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 88 ss.; C.D. LEOTTA, *Le ragioni della inammissibilità del referendum abrogativo sull'art. 579 c.p.*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 144 ss.

²¹ Sent. 37 del 2000, par. 4 cons. dir.: «ciò non significherebbe che l'eventuale abrogazione, che discenderebbe dalla approvazione del quesito referendario, appaia in grado di realizzare, tanto meno in modo esaustivo, un ordinamento caratterizzato da una vera e propria "separazione delle carriere" dei magistrati addetti alle funzioni giudicanti e rispettivamente a quelle requirenti, obiettivo, questo, che richiederebbe una nuova organica disciplina, suscettibile di essere introdotta solo attraverso una complessa operazione legislativa, e non attraverso la semplice abrogazione di alcune disposizioni vigenti. A questo riguardo, la Corte non può non rilevare che il titolo attribuito al quesito dall'Ufficio centrale per il referendum – "Ordinamento giudiziario: separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti" – appare non del tutto adeguato, e in sostanza eccedente, rispetto alla oggettiva portata delle abrogazioni proposte, concernenti piuttosto, come si è detto, l'attuale disciplina sostanziale e procedimentale dei passaggi dall'una all'altra funzione in occasione dei trasferimenti dei magistrati a domanda. (...) Tuttavia è la descritta portata oggettiva del quesito, e non già la corrispondenza ad essa del titolo attribuito, che costituisce elemento decisivo per ritenere, da tale punto di vista, la ammissibilità della richiesta di referendum: ancorché debba auspicarsi – nell'ambito della tante volte invocata revisione della legge di attuazione del referendum - un'attenta considerazione anche di siffatti aspetti».

Nonostante questa puntualizzazione della Corte, pare però improbabile che questo iato²² possa divenire grimaldello per una pronuncia di inammissibilità per difetto di chiarezza del quesito. Esso potrà semmai essere posto al centro del dibattito politico che si aprirà laddove la Corte dovesse decidere di orientare il proprio sindacato nel senso della ammissibilità. La discrepanza emerge infatti soffermandosi, come primo termine di confronto, sulla denominazione del quesito e sulla annessa spiegazione offerta dal Comitato promotore. Non è la domanda rivolta agli elettori in quanto tale a sollevare dubbi di chiarezza. Alla luce della giurisprudenza costituzionale e considerato come non sia previsto nell'ordinamento un obbligo di motivazione del referendum, il termine di confronto che sembra doversi assumere non è l'intenzione del Comitato promotore e il modo in cui essa sia stata espressa quanto, piuttosto, il quesito in sé e per sé considerato²³. Quando la Corte impone la necessità di trarre dalle norme proposte per l'abrogazione «una matrice razionalmente unitaria», essa lo fa riferendosi al quesito referendario che, interpretabile in un unico ed inequivoco senso, «deve incorporare l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo, cioè la puntuale ratio che lo ispira»²⁴.

Il che non ha invero impedito alla stessa Corte di dare in talune occasioni risalto all'*intentione* espressa dal Comitato promotore, ancorché quest'ultima non dovrebbe rilevare nel giudizio della Corte sulla ammissibilità. Già dalla fine degli anni '80, proprio quando si è ampliato il giudizio di ammissibilità alla valutazione sulla rilevanza del fine intrinseco della domanda²⁵, essa ha iniziato a fare in un certo qual modo capolino nelle argomentazioni dei giudici costituzionali. Così, l'intenzione del Comitato promotore ha iniziato a trovare posto nella giurisprudenza della Corte quale parametro per valutare l'omogeneità e la chiarezza del quesito. Si ricordi quanto affermato dalla Corte nella sent. n. 1 del 1995: «La discrasia fra il significato che assume la cancellazione delle disposizioni ricomprese nel quesito referendario ed i fini concretamente perseguiti dai promotori denota l'assoluta ambiguità della richiesta referendaria, che non consentirebbe all'elettorato di approvare o respingere con la dovuta consapevolezza la proposta di abrogazione»²⁶.

²² D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema Penale*, 2021, 1 ss.: «Lo iato fra gli effetti immediati d'una vittoria del referendum e la presentazione nel sito dei promotori è uno iato fra effetti giuridici e intenzioni politiche».

²³ Si veda il richiamo della Corte nelle sent. 25 e 27 del 2011 ove si afferma che «la richiesta referendaria è atto privo di motivazione, sicché l'obiettivo dei sottoscrittori va desunto non da una loro dichiarazione d'intenti, ma soltanto dalla finalità incorporata nel quesito». Affermazioni criticate in dottrina nella loro poi concreta estrinsecazione nelle medesime sentenze (cfr. R. PINARDI, *Ancora sulla "completezza" delle richieste referendarie*, in *Consulta online*, 2011, 1 ss.). Secondo G. RAZZANO, *Le incognite del referendum*, cit., la denominazione assume un peso rilevante: «La questione della denominazione, del resto, è un aspetto tutt'altro che formale, ove si consideri che questa è riprodotta sulla scheda di voto e che contribuisce, in modo significativo, ad indirizzare le scelte dell'elettorato».

²⁴ Sent. n. 47 del 1991 (par. 4.2. cons. dir.).

²⁵ Cfr. V. BALDINI, *L'intento dei promotori*, cit. In argomento si rimanda anche a A. PERTICI, *Il giudice delle leggi*, cit. Con riferimento alla sent. 28 del 1987 la dottrina ha persino parlato di «processo alle intenzioni dei promotori» (cfr. S. BARTOLE, *Inammissibilità del referendum sulla caccia: una decisione non priva di contraddizioni*, in *Le Regioni*, 1987, 699 ss.).

²⁶ Nella sentenza si richiamano, sul punto, anche le precedenti decisioni nn. 29, 34 e 36 del 1993.

È però soprattutto con le sentenze nn. 35 e 36 del 2000, a cui hanno fatto seguito nel medesimo anno le sentt. nn. 37, 40, 43 e 50²⁷, che la Corte ha ulteriormente ampliato lo spettro del suo vaglio. Nonostante affermazioni di principio contrarie²⁸, i giudizi costituzionali si sono basati sulla volontà politica sottesa alla richiesta referendaria per sindacarne l'inammissibilità²⁹, seguendo una strada di soggettivizzazione nella lettura dell'obiettivo del quesito che si allontana dall'oggettivizzazione della *ratio* ricavabile dalla formula petitoria³⁰. In particolare, la Corte fa derivare l'inammissibilità della richiesta referendaria dalla incongruenza e inidoneità del referendum a conseguire l'obiettivo, sulla base del fatto che per poter perseguire gli scopi insiti nel quesito referendario sarebbero necessarie – a motivo degli imponenti effetti di sistema che potrebbero derivare – operazioni di riassetto legislativo inconciliabili con la natura del referendum abrogativo³¹. Si inserisce pertanto nella ondivaga giurisprudenza costituzionale sulla ammissibilità di referendum abrogativi, un'applicazione ultronea del giudizio di ragionevolezza tipico del sindacato di legittimità³².

Nel caso che qui ci occupa, questo è un elemento che potrebbe non passare inosservato. La depenalizzazione dell'omicidio del consenziente implicherebbe, anzitutto, la necessità di intervenire più generalmente sul sistema, foss'anche solo per riequilibrare le diverse sanzioni previste per la fattispecie – fino ad oggi ritenuta di minor

²⁷ In precedenza riferimenti alla idoneità allo scopo si possono già rinvenire anche nelle sentt. nn. 6 del 1995 e 30 del 1997.

²⁸ Sent. 37 del 2000.

²⁹ Aiutata in questo senso, anche sul piano processuale, dall'art. 33 della legge 352 del 1970 che consente il deposito di memorie da parte dei promotori del referendum che diventano strumento interpretativo per cogliere il fine del quesito.

³⁰ L. IMARISIO, A. MASTROMARINO, *Il rilievo giuridico dell'intenzione dei proponenti il referendum abrogativo*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, 133 ss.

³¹ Nella sent. 50 del 2000 si legge: «la disciplina che con il quesito si intende porre avrebbe imponenti effetti di sistema, tali da far sì che, quali che siano le finalità che possono essere legittimamente perseguite dal legislatore attraverso l'istituto della carcerazione preventiva previsto dall'articolo 13, ultimo comma, della Costituzione, esse, nel contesto del vigente ordinamento processualpenale, non potrebbero in alcun modo realizzarsi. (...) A una diversa valutazione circa l'ammissibilità della richiesta non inducono le considerazioni svolte nella discussione dalla difesa dei promotori, secondo cui l'intendimento sotteso al quesito non sarebbe la vanificazione dell'istituto della custodia cautelare, ma la promozione del principio di ragionevole durata del processo. Si tratta di un'intendimento riformatore che, pur rispondendo a una esigenza generalmente avvertita ed anzi oramai costituzionalmente imposta dal nuovo testo dell'articolo 111, richiederebbe una riforma complessiva del sistema della giustizia penale, non attuabile in via referendaria, tanto meno attraverso l'abrogazione manipolativa della disciplina dei termini della custodia cautelare, che da quel sistema non può restare avulsa».

³² In questo senso si vedano A. MORRONE, A. PUGIOTTO, *La Corte e i referendum "giustiziati"*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2000, 413 ss. che qualificano il criterio della «idoneità» del quesito al raggiungimento dello scopo quale «tipico seppure controverso test per misurare la ragionevolezza delle scelte legislative che, all'evidenza, dal giudizio sulle leggi è stato trasferito al differente giudizio di ammissibilità del referendum». Nello stesso senso si esprimono A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, 1994; R. BIN, *Potremo mai avere sentenze sui referendum soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni referendarie del 2000: osservazione a Sent. (3 febbraio) 7 febbraio 2000 n. 31*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2000, 222 ss. Cfr. altresì F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. n. 16 del 1978*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3/1997, 98 ss., secondo i quali «a ben guardare l'analogia è ingannevole perché più apparente che reale».

disvalore sociale – di aiuto al suicidio, nel rispetto dei criteri posti dalla Corte costituzionale³³. Nel combinato della sentenza nel caso Cappato e di un eventuale esito positivo del referendum, tale condotta risulterebbe infatti sanzionata in misura maggiore rispetto alle ipotesi di omicidio del consenziente³⁴. A ciò si aggiunga come la natura essenzialmente demolitoria del referendum abrogativo non possieda la capacità di arricchire l'ordinamento di ulteriori strumenti di tutela, analoghi a quelli auspicati e poi direttamente introdotti dalla Corte costituzionale per l'art. 580 c.p. Sicché tale "limite strutturale" potrebbe portare a riconoscere una inidoneità suscettibile di oltrepassare l'*impasse* della specifica modalità di formulazione lessicale del quesito. Quest'ultimo non potrebbe infatti essere scritto diversamente e non vi sarebbe pertanto spazio per una diversa formulazione volta a rendere il referendum idoneo allo scopo. Sempre – ovviamente – che lo scopo sia rinvenuto nell'introduzione dell'eutanasia legale e non nella volontà di un ribaltamento dei beni giuridici tutelati dall'art. 579 c.p. che verrebbe a sbilanciarsi a favore della sola autodeterminazione, comportando – come si vedrà a breve – il sorgere di potenziali ulteriori perplessità in punto di ammissibilità.

Proprio la concretizzazione di ulteriori limiti impliciti potrebbe divenire centrale nella decisione della Corte. Riserve potrebbero infatti avanzarsi sul fatto che questo vizio del quesito relativo alla inidoneità a perseguire lo scopo possa, anche qualora rilevato nel caso *de quo*, risultare da solo sufficiente a decretare l'inammissibilità del referendum poiché, nelle argomentazioni della Corte, esso il più delle volte si accompagna ad altri limiti impliciti, tra i quali la manipolatività del quesito³⁵.

2.2. La manipolatività del quesito

Un secondo limite che viene in rilievo è dunque quello relativo alla natura manipolativa del quesito referendario. Ora, è noto come la manipolatività del referendum abrogativo sia insita nella stessa natura dello strumento, tanto che, soprattutto con riferimento a quesiti abrogativi parziali, risulta difficile «vedere come certa la linea di confine tra disporre in positivo e in negativo dal momento che l'abrogazione puramente

³³ Cfr. V. ONIDA, *Intervista Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, in giustiziainsieme.it, 2021; G.M. FLICK, *Eutanasia, un referendum ambiguo*, in www.avvenire.it/vita/pagine/intervista-flick-eutanasia-referendum-ambiguo.

³⁴ Secondo I. NICOTRA, *Intervista*, cit., «Ciò finirebbe per creare disparità di trattamento tra i due comportamenti di chi aiuta al suicidio e chi attivamente pone fine alla altrui vita. La Corte in sede di ammissibilità potrebbe constatare l'illogicità derivante da una totale depenalizzazione del reato più grave rispetto all'ipotesi meno grave di aiuto al suicidio che rimane una condotta criminosa».

³⁵ Come ricordato da L. IMARISIO, A. MASTROMARINO, *Il rilievo giuridico*, cit., «l'argomento dell'incongruità degli esiti referendari rispetto all'intenzione-obiettivo dei proponenti non pare generalmente costituire l'argomento esclusivo della decisione della Corte». Secondo gli Autori, l'inidoneità del referendum a perseguire gli scopi (per come individuati dai promotori) non ha rappresentato «di per sé il presupposto unico o, comunque, sufficiente, della decisione della Corte» quanto, piuttosto, «un argomento impiegato ad abundantiam al fine di rafforzare la decisione che avrebbe in ogni caso trovato altrove la propria ragion d'essere» (145).

e semplicemente non è non disporre ma disporre diversamente»³⁶. Non si può inoltre non ricordare come secondo parte della dottrina sia stata la stessa giurisprudenza della Corte ad aver contribuito ad incentivare l'impiego di tecniche manipolatorie³⁷: proprio il criterio della idoneità allo scopo così come quello della omogeneità chiamerebbero inevitabilmente alla manipolazione nella formulazione dei quesiti referendari.

Pur con questa premessa, anche la manipolatività trova tuttavia dei confini che sono espressi dal c.d. "effetto di sistema", evocato quale linea di demarcazione tra referendum abrogativo e referendum propositivo e, quindi, quale perimetro entro cui può legittimamente inserirsi il frutto dall'abrogazione referendaria³⁸. Questo limite, che si salda sulla relazione destinata ad instaurarsi tra normativa anteriore abrogata e normativa posteriore applicabile³⁹, recede quando la disciplina di risulta succeda come effetto di sistema ossia quando la nuova norma «non deriva dalla fisiologica espansione delle norme residue, o dai consueti criteri di autointegrazione dell'ordinamento»⁴⁰, riappropriandosi naturalmente degli spazi lasciati liberi a seguito dell'abrogazione. Dalla penna dei giudici costituzionali sembrerebbe dedursi che, affinché la tecnica del ritaglio possa operare entro l'alveo dell'ammissibilità, la normativa derivante dovrebbe rappresentare «una sorta di disciplina "parallela", già contenuta, ancorché a livello embrionale, nell'atto legislativo sottoposto alla richiesta, alla cui espansione ed applicabilità provvederebbe proprio l'abrogazione delle frazioni di testo oggetto del quesito»⁴¹.

Diverso il caso in cui la normativa applicabile sia frutto della diretta manipolazione del testo riscritto che, sfruttando la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, mira alla generazione di una nuova norma «non ricavabile *ex se* dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo» a motivo dello stravolgimento della *ratio* originaria. Il corpo elettorale, attraverso la propria approvazione, manifesterebbe così una diretta volontà propositiva di creare diritto ed esprimerebbe tale volontà tramite un referendum formalmente abrogativo ma sostanzialmente propositivo, atto a fuoriuscire «dallo schema tipo dell'abrogazione parziale»⁴².

³⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 98. Il che è particolarmente vero nel caso delle leggi elettorali che possono essere oggetto di un referendum abrogativo esclusivamente parziale e che «risultano essere intrinsecamente e inevitabilmente "manipolativi", nel senso che, sottraendo ad una disciplina complessa e interrelata singole disposizioni o gruppi di esse, si determina, come effetto naturale, la ricomposizione del tessuto normativo rimanente, in modo da rendere la regolamentazione elettorale successiva all'abrogazione referendaria diversa da quella prima esistente» (sent. n. 16 del 2008).

³⁷ Cfr. *ex multis*, I. NICOTRA, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, 229 ss.

³⁸ A. MORRONE, *Sull'ammissibilità dei nuovi referendum elettorali, sui poteri del legislatore e sulla reviviscenza del "Mattarellum"*, in *astrid-online.it*, 2007. In giurisprudenza si veda la sent. n. 36 del 1997.

³⁹ Cfr. F.S. BERTOLINI, *Il quesito referendario fra abrogazione e novella*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. I, 2020, 124 ss.

⁴⁰ Sent. 36 del 1997, par. 4 cons. dir.

⁴¹ V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione*, cit.

⁴² Cit. sent. n. 36 del 1997. In argomento si rimanda a C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno AIC "Democrazia maggioritaria e referendum", 1993, 1 ss.

Come si atteggia, in questa prospettiva, il quesito referendario sull'eutanasia? Secondo alcune voci in dottrina, questa domanda referendaria utilizza la tecnica del ritaglio con una portata meramente demolitoria, spuria di qualsivoglia carattere propositivo o manipolativo. L'operazione condotta attraverso il referendum consisterebbe nella mera abolizione di un divieto penale senza che si dia simultaneamente vita ad una disciplina estranea e diversa rispetto al contesto normativo di riferimento. Analogamente a quanto avvenuto con il divieto di fecondazione eterologa nel caso del referendum sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita, l'abrogazione legittimerebbe squisitamente la riespansione di una disciplina già contenuta nel tessuto normativo.

Senonché, non pare del tutto pacifico poter affermare come la normativa di risulta possa essere qualificabile come una mera riespansione di una disciplina già *in nuce* presente nel tessuto normativo. L'operazione di ritaglio che verrebbe posta in essere a seguito di esito positivo della consultazione referendaria non si qualificerebbe come particolarmente complessa o artificiosa, da un punto di vista formale, ma estremamente incisiva sul piano sostanziale. Attraverso la giuntura del I e del III comma dell'art. 579 c.p. che, pur racchiusi nella medesima disposizione contemplan fattispecie ben diversificate, si realizzerebbe «la massima dilatazione dello strumento del referendum abrogativo» con uno stravolgimento dell'attuale rapporto regola-eccezione⁴³. Si potrebbero quindi scorgere dei profili di ambiguità nel senso che il frutto del taglio referendario si risolverebbe, di fatto, in un'alterazione assiologica della norma attraverso un ribaltamento del suo contenuto materiale e, sulla base di questo opposto contenuto materiale, nella costruzione di una norma assolutamente nuova⁴⁴.

2.3. La tutela minima tra obblighi di penalizzazione e tutele di sistema

Il ribaltamento assiologico, rilevante nella valutazione della manipolatività del quesito, potrebbe allo stesso tempo connettersi ad un ultimo limite che, secondo la maggioranza dei commentatori, incarna il vero nodo del sindacato di ammissibilità da parte della Corte costituzionale: il riferimento è al concetto di tutela minima, connesso alla duplice categoria di legge costituzionalmente necessaria e di legge a contenuto costituzionalmente vincolato.

Non basta certamente lo spazio di questo contributo per entrare nella discussione sulla confusione definitoria che contraddistingue le due categorie, in parte alimentata dalla stessa Corte. Basti però ricordare come nella sent. n. 16 del 1978 chiara fosse la

⁴³ Così A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 165 ss. secondo cui, per il tramite del referendum, si interverrebbe significativamente nell'ambito della politica criminale consentendo che ciò che è regola diventi eccezione e ciò che è eccezione diventi regola.

⁴⁴ A. MORRONE, *Il referendum manipolativo: abrogare per decidere*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, 305 ss.: «Tra quesito manipolativo e non manipolativo (nelle limitatissime ipotesi in cui quest'ultimo è configurabile) v'è uno scarto quantitativo: l'uno manifesta direttamente una nuova regola, l'altro la lascia intravedere mediamente».

distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi costituzionalmente vincolate⁴⁵: le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, in quanto leggi che «contengono l'unica necessaria disciplina attuativa, consentita in sede attuativa dalla norma costituzionale»⁴⁶, dovrebbero costituire un limite alla ammissibilità del referendum abrogativo⁴⁷ diversamente da quanto avverrebbe per le leggi costituzionalmente necessarie, così considerate nella loro esistenza ma non nel loro contenuto. Eppure, la distinzione si è fatta via via più flebile attraverso una «sovrapposizione tra necessità dell'esistenza di una determinata disciplina legislativa con il vincolo costituzionale in relazione al suo contenuto»⁴⁸, avvenuta soprattutto proprio tramite il riferimento al criterio della tutela minima. E così, per rimanere nell'ambito di questioni bio-giuridiche, la confusione è emersa specialmente in occasione delle due pronunce sull'inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge sull'aborto e del referendum sulla legge in materia di PMA. Se con riferimento al primo la Corte aveva parlato di legge a contenuto costituzionalmente vincolato, nel secondo caso aveva fatto aggio sulla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie⁴⁹.

La confusione definitoria ha quindi irrimediabilmente avuto riflessi anche sul trattamento a cui vengono sottoposte, in sede di sindacato di ammissibilità, richieste referendarie che attengono a tali categorie. Lo ricorda chiaramente Satta: «in tutte le sentenze adottate dalla Corte si colgono agevolmente qualificazioni tali da ritenere ormai definitivamente confuse l'una nell'altra le due categorie di leggi, con effetti in qualche misura innovativi in ordine all'esito dei giudizi di ammissibilità, per lo meno se raffrontati con la giurisprudenza in materia di leggi totalmente o parzialmente sottoponibili al voto popolare»⁵⁰. La distinzione si è fatta a tal punto tenue che, ad oggi, si è pressoché arrivati a sottoporre ad analogo trattamento sia le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato sia quelle costituzionalmente necessarie⁵¹. Le due tipologie di legge vengono di fatto parificate e dalla Corte vengono estrapolati due elementi ormai ritenuti indispensabili a far ottenere al referendum una patente di ammissibilità ossia la necessità di una normativa

⁴⁵ Ripresa poi anche nella successiva decisione n. 27 del 1987.

⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Roma, 1978, 24 ss.

⁴⁷ Secondo la sent. n. 16 del 1978, devono essere «preclusi i referendum aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)».

⁴⁸ T.E. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" nel referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, 307 ss. (spec. 315).

⁴⁹ Confusione che, si è fatto notare in dottrina, investe le proposte referendarie sulla stessa legge sulla PMA: abrogazione totale inammissibile perché legge costituzionalmente necessarie mentre nell'ammettere i singoli quesiti la Corte afferma come l'ammissibilità discenda dal fatto che i quesiti non incidono su norme a contenuto costituzionalmente vincolato. Cfr. D. TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valore*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2005, 385 ss.

⁵⁰ Si veda V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, 1 ss.

⁵¹ A. CRISCUOLO, *La Corte costituzionale*, cit.

di risulta auto-applicativa e idonea ad evitare il vuoto normativo⁵² e la garanzia di un livello minimo di tutela legislativa per assicurare che l'abrogazione non vada a privare totalmente di efficacia un principio costituzionale espresso e garantito dalla norma abroganda⁵³.

Dentro ai limiti derivanti dalla natura del giudizio di ammissibilità ed evitando frattanto di incorrere nel rischio di un'anticipazione del giudizio di costituzionalità⁵⁴, i giudici si sono ritagliati lo spazio per condurre una «valutazione liminare e inevitabilmente limitata dal rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale»⁵⁵. Una valutazione che diviene essenziale quando la disposizione da abrogare sia espressiva di «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»⁵⁶. Sicché dovrebbero ritenersi vietate sia abrogazioni totali sia abrogazioni parziali idonee ad intaccare il livello minimo di tutela del diritto costituzionalmente garantito dalla norma.

Non resta quindi che chiedersi se il quesito referendario sull'art. 579 c.p. e l'ablazione che ne deriverebbe siano rispettosi del livello minimo di tutela assicurato dalla disposizione penale o se, diversamente, l'effetto abrogativo possa determinare un bilanciamento tra interessi costituzionali tanto differente da risolversi in un *vulnus* totale per quegli interessi costituzionali.

Nel rispondere a tale interrogativo, è evidente – di primo acchito – come questo referendum possa apparire meno problematico del precedente referendum abrogativo sulla legge in materia di PMA che coinvolgeva il testo legislativo nella sua interezza, azzerando il bilanciamento e la tutela che la legge mirava a garantire⁵⁷. Il referendum sull'eutanasia prevede, invece, il mantenimento di disposizioni volte a tutelare i soggetti che potrebbero divenire destinatari di un'azione omicidiaria in mancanza di un autentico consenso. La normativa di risulta, preservando il nucleo costituzionalmente irrinunciabile

⁵² Che diventa elemento centrale soprattutto nella valutazione di referendum in materia elettorale.

⁵³ Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit.

⁵⁴ Questo stando alle affermazioni della Corte; si ricordi la lunga premessa elaborata dai giudici in occasione della sent. n. 45 del 2005. Più di recente si rimandi alle sentt. nn. 13 del 2012 e 27 del 2017.

⁵⁵ Sent. n. 45 del 2005, par. 3 cons. dir. Cfr. V. SATTA, *Scompare definitivamente*, cit. secondo cui, con le sentenze del 2005, «appare (...) netto il tentativo del giudice costituzionale di garantire in ogni caso l'attuazione delle norme costituzionali, ogni volta che esse sottendano la tutela di situazioni giuridiche intimamente connesse alla protezione della persona umana. Il che risente ulteriormente dell'immanente preoccupazione di assicurare la conservazione di ogni disciplina – a prescindere dalla qualificazione giuridica delle leggi che di essa sono fonte – riferita alla protezione della persona umana quando questa versi in particolari condizioni di debolezza o fragilità ontologica».

⁵⁶ Sent. n. 45 del 2005, par. 6 cons. dir.

⁵⁷ Bilanciamento che, secondo alcune voci in dottrina, poteva forse darsi anche nel vuoto legislativo (cfr. A. RUGGERI, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, 653 ss.).

della norma penale, garantirebbe quindi una sfera di tutela che consentirebbe al referendum di non incorrere in una dichiarazione di inammissibilità.

Al contempo, per condurre tale tipo di valutazione sul rispetto del limite della tutela minima, la Corte potrebbe guardare a tutti i beni costituzionalmente protetti dalla norma. L'art. 579 c.p. non protegge infatti solo la sfera di libertà del singolo ma anche il bene vita, in particolare di soggetti fragili e vulnerabili. Soggetti in condizioni di vulnerabilità e di fragilità che non per forza – merita di essere sottolineato – sono perfettamente riconducibili ad una delle categorie enucleate dal III comma dell'art. 579 c.p.

Da qui possono pertanto discendere diversi ordini di osservazioni che trovano una matrice comune nel dibattito sull'esistenza o meno nell'ordinamento di obblighi impliciti di penalizzazione e «sulla natura costituzionalmente necessaria che accomuna i divieti penali dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente»⁵⁸. È sull'inesistenza di tali obblighi che si fa talvolta leva per resistere all'integrazione del limite della tutela minima⁵⁹. Presupponendo come l'ordinamento non sia vincolato a riconoscere una sanzione penale a tutela del diritto/bene vita, non si dovrebbe porre, nel caso di abrogazione della fattispecie penale, un pregiudizio a nessun bene giuridico e non si porrebbe, di conseguenza, nemmeno un problema di tutela minima.

Il dibattito sull'esistenza o meno di clausole implicite di penalizzazione rimane però ancora aperto. Una parte della dottrina, seppur forse oggi minoritaria⁶⁰, riconosce la configurabilità di obblighi impliciti di tutela penale anche in assenza di clausole espresse, collegandoli al dovere degli stati di proteggere diritti e beni giuridici primari e fondamentali riconosciuti come tali a livello costituzionale o anche internazionale ed europeo⁶¹. Non si dimentichi, inoltre, che è stata la stessa Corte, nella ord. n. 207 del 2018 (con una affermazione ripresa nella sent. n. 242 del 2019), a non voler procedere nel caso del suicidio assistito con una pronuncia meramente ablativa che avrebbe potuto ingenerare il pericolo della lesione di altri valori costituzionalmente protetti se si fosse

⁵⁸ A. PUGIOTTO, *Intervista*, cit. Si veda inoltre A. RUGGERI, *Il referendum sull'art. 579 c.p.: inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 194 ss.: «le domande referendarie aventi di mira norme di legge che si pongono in funzione immediatamente e necessariamente servente nei riguardi di valori fondamentali positivizzati nella Carta sono, a un tempo, inammissibili, in quanto privano i disposti costituzionali di riferimento della strumentazione necessaria al fine del loro ottimale invero nell'esperienza, incostituzionali per gli effetti prodotti, qui poi resi ancora più evidenti dalla normativa di risulta».

⁵⁹ Cfr. M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 590 c.p.*, cit.

⁶⁰ Sull'esistenza di obblighi impliciti di penalizzazione si rimanda nella ricca dottrina a C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale, La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, 2009; P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993. Cfr. altresì G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e Società*, 1986, 459 ss. secondo il quale, con una posizione forse più sfumata, «lo strumento penale non è un rimedio unico ma (...) è imprescindibile ed il suo eventuale venire meno costituirebbe un serio vulnus delle garanzie poste a tutela di beni costituzionali e quindi comporterebbe una grave violazione della Costituzione». In tema si rimanda altresì a F. MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello Stato di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 710 ss. In senso contrario si vedano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. II, Milano, 2002.

⁶¹ Sul punto cfr. tra i numerosi Autori in dottrina, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2645 ss.

lasciata del tutto priva di disciplina legale la necessità di protezione «soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio». All'art. 580 c.p. è stato infatti ricondotto lo «scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»⁶².

Anche rifiutando la presenza nel nostro ordinamento di obblighi impliciti di penalizzazione, questo non escluderebbe a priori la possibilità per la Corte di condurre un ragionamento sulla sussistenza di una tutela minima a fronte della depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, rinvenendo quindi la necessità sul piano costituzionale del mantenimento della fattispecie di reato. E questo avverrebbe laddove i giudici rintracciassero nell'ordinamento nel suo complesso, oltre il solo piano penale, altre forme o modalità di tutela, conducendo pertanto il vaglio sul livello di tutela minima in un'ottica di sistema. Nel *vacuum* provocato dall'abrogazione del divieto penale, sono rinvenibili altri strumenti giuridici capaci di garantire quel livello di tutela o tali strumenti mancano e rendono quindi costituzionalmente necessario il dispositivo di sicurezza approntato dall'art. 579 c.p.?

Se risposta affermativa può essere fornita per la fattispecie del suicidio assistito, analoga risposta potrebbe non darsi per il caso dell'omicidio del consenziente rispetto al quale non si potrebbero considerare trasponibili i criteri di "sicurezza" elaborati dalla stessa Corte. Tali criteri non riguardano solo le quattro condizioni delineate nell'ord. 207 del 2018⁶³ ma anche la procedimentalizzazione più puntualmente delineata nella sent. 242 del 2019.

Per garantire che l'aiuto al suicidio trovi spazi di liceità solo a favore di coloro che potrebbero in alternativa esercitare il diritto di decidere di interrompere i trattamenti sanitari funzionali alla sopravvivenza, i giudici delineano infatti una procedura medicalizzata. Quest'ultima rimanda alla l. n. 219/2017 per quel che concerne l'accertamento della capacità di autodeterminazione del paziente e del carattere libero e

⁶² La Corte prosegue: «Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (ord. n. 207 del 2018 par. 6 cons. dir.). La tutela della vita evocata dalla Corte rimanda anche a quanto affermato dai giudici costituzionali nel dichiarare inammissibile il referendum sull'aborto quando la natura di legge a contenuto costituzionalmente vincolato di quella normativa era stata fatta discendere proprio dalla necessità di salvaguardare la tutela minima del diritto alla vita, «il quale deve iscriversi tra i diritti inviolabili e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione per così dire privilegiata in quanto appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione» (sent. n. 35 del 1997, par. 4 cons. dir.).

⁶³ Per la Corte, infatti, il soggetto agevolato deve identificarsi «in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (ord. n. 207 del 2018, par. 8 cons. dir.).

informato della scelta espressa. Tale accertamento si riferisce ad un consenso raccolto dentro un preciso contesto e, nello specifico, nel contesto della relazione medico-paziente a cui la Corte attribuisce un rilievo centrale nella dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. Tanto che è la stessa Corte a riprendere nel proprio iter argomentativo come parametro di costituzionalità l'art. 32 Cost. (pressoché inesistente nell'ordinanza di rimessione) che le consente di instaurare il parallelismo con la legge sul rifiuto e rinuncia di trattamenti sanitari quale *tertium comparationis*⁶⁴.

In mancanza di un intervento *ad hoc* del legislatore, questa procedimentalizzazione non potrebbe confluire nella disciplina dell'omicidio del consenziente. Innanzitutto, come già affermato, alcuni principi tipici dell'ordinamento penale potrebbero ostacolare una simile diretta trasposizione in via analogica all'esito del referendum di quanto affermato dalla Corte costituzionale nel caso Cappato. In secondo luogo, potrebbe non bastare, a tal fine, la sola attività interpretativa e potenzialmente plurale delle autorità giurisdizionali⁶⁵ che ingenererebbe problemi di certezza del diritto in un ambito come quello penale dove tale principio (benché sempre più contestato e messo in discussione⁶⁶) rimane un cardine della regolamentazione quale strumento di garanzia nel rapporto tra autorità e libertà. Ulteriori dubbi si nutrono infine sull'affidamento da più parti mostrato circa la autosufficienza del diritto vivente e, quindi, sulle applicazioni fin qui registrate dell'art. 579 c.p. Possiamo basarci su questa pregressa giurisprudenza per affermare che, in futuro, l'art. 579 c.p., come modificato a seguito del referendum, rimanga contenuto nell'ambito propriamente eutanacico? Non sarebbe forse più opportuno, nel delineare previsioni future, una cautela che guardi anzitutto alla disposizione nel suo contenuto astratto ed oggettivo?

3. Altre possibili strade per superare l'eventuale inammissibilità del referendum?

⁶⁴ Scelta molto diversa da quella assunta, ad esempio, dal Bundesverfassungsgericht che nella sentenza del 26 febbraio 2020 afferma: «Il diritto di disporre della propria vita, che tocca l'area più interna dell'autodeterminazione individuale, non si limita in particolare a stati di malattia gravi o incurabili o a certe fasi della vita e della malattia. (...) Il diritto generale della personalità (articolo 2.1 in combinato disposto con l'articolo 1.1 della Legge fondamentale) come espressione di autonomia personale comprende anche il diritto alla morte autodeterminata».

⁶⁵ P. VERONESI, *Intervista*, cit. secondo il quale bisognerebbe «evitare impropri spazi d'azione per il soggettivismo dei giudici». Come affermato da G. BATTARINO, *L'iniziativa referendaria sull'articolo 579 del codice penale: gli scenari possibili*, in *Questione Giustizia*, 2021, 1 ss., «All'interprete toccherebbe quindi un'operazione ermeneutica che – in base alla formulazione della norma penale risultante dalla riscrittura referendaria – si dovrebbe basare sulla forma libera del consenso e sulla valutazione sostanziale di validità ed efficacia del consenso prestato. (...) anche a quesito eventualmente accolto, l'assenza di una regolamentazione organica della materia potrebbe lasciare insoddisfatte le esigenze emerse nella realtà sociale che hanno determinato l'iniziativa referendaria; se non attraverso un'ulteriore elaborazione giurisprudenziale: il cui prezzo però dovrebbe essere corrisposto dai futuri agenti del non-omicidio da provare».

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia civile*, 4/2014, 921 ss.; G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in M. GORLANI, A. APOSTOLI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 109 ss.

Non essendo realisticamente realizzabile un intervento anticipatorio da parte del legislatore e in virtù del riconoscimento di possibili barriere alla dichiarazione di ammissibilità del quesito referendario sull'eutanasia, si potrebbero ipotizzare altre possibili strade percorribili dalla Corte per ammettere il referendum.

Una prima strada, più percorribile ma meno efficace, potrebbe essere quella – già sperimentata dalla Corte⁶⁷ – di accompagnare alla dichiarazione di ammissibilità un monito al legislatore affinché quest'ultimo, all'esito del referendum e in caso di risultato favorevole all'abrogazione, intervenga prontamente a sanare le eventuali incompatibilità costituzionali riscontrate dalla Corte. Nondimeno, incerta appare la prontezza di reazione del legislativo che, ritardando il proprio intervento, potrebbe concorrere a delineare una situazione di ambiguità e di rischio per la tutela di alcuni beni fondamentali⁶⁸. Così come incerta, nella peggiore delle ipotesi, resterebbe la stessa reazione del Parlamento che potrebbe rimanere inerte lasciando il monito inascoltato.

Al di là della ammissibilità-monito, due ulteriori strade, ancor meno auspicabili, sono state paventate in dottrina: una decisione interpretativa di ammissibilità o la strada dell'autorimessione.

In merito alla decisione interpretativa di ammissibilità, già alcuni anni fa, Bin rilevava come «pronunce interpretative, parziali, manipolative, nate nelle questioni incidentali, si sono rapidamente diffuse nei giudizi in via principale e poi anche nei conflitti: solo i giudizi di ammissibilità sembrano impenetrabili»⁶⁹. Ciò premesso, egli si domandava come sia «possibile che la Corte costituzionale, non abbia la fantasia necessaria per introdurre anche nelle sue pronunce di ammissibilità quelle variazioni “interpretative” che consentano di contemperare l'effetto del *referendum* abrogativo con le esigenze di funzionalità delle istituzioni»⁷⁰. Con riferimento a questo referendum, tale opzione avrebbe il “pregio” di riuscire a far salva l'espressione di voto del corpo elettorale che vorrebbe introdurre l'eutanasia nell'ordinamento, circondando però già l'esito della consultazione referendaria con le cautele predisposte per l'aiuto al suicidio e indirizzando l'art. 579 c.p. modificato nel solco costituzionale tracciato dalla Corte⁷¹. In questo modo si andrebbe ad instaurare un legame diretto tra i giudici costituzionali, da una parte, e, dall'altra, il corpo elettorale e la coscienza sociale di cui esso è portatore. Ed ecco il risvolto della medaglia: la Corte compirebbe un ulteriore passo verso un'autoinvestitura

⁶⁷ Cfr. sentt. nn. 15 e 16 del 2008: «L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi» (ripreso da sent. n. 13 del 2012).

⁶⁸ Come anche sottolineato più volte quale ragione che ha spinto alla presentazione del quesito referendario.

⁶⁹ R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in ID., *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, 27 ss.

⁷⁰ R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, cit.

⁷¹ A favore di questa eventualità si esprime U. ADAMO, *Il referendum sull'omicidio del consenziente fra ammissibilità e merito*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, www.amicuscuriae.it, 2022, 30 ss.

di interprete della coscienza sociale⁷² con conseguenze di non poco momento, che possono arrivare a toccare anche il suo rapporto con l'organo legislativo, infrangendo gli argini (forse in parte già friabili) che incanalano nel nostro sistema costituzionale la retorica dello spirito di leale collaborazione Parlamento-Corte o, forse più propriamente, i basilari principi della separazione tra poteri.

Inoltre, se si guardasse alla *ratio* obiettivata nel quesito (astruendo dalla intenzione dichiarata dai proponenti), un'interpretazione restrittiva della Corte offerta in sede di vaglio di ammissibilità potrebbe arrivare a falsare la consultazione referendaria restringendo a priori quello che sarebbe il vero fine del referendum e, quindi, il definitivo rovesciamento del bilanciamento tra autodeterminazione e bene vita con l'assunzione da parte del secondo di una posizione indiscutibilmente recessiva a favore del primo. E qui, ancora di più, la Corte potrebbe prestare il fianco alle critiche che già la vedono bersaglio alimentate dal modo in cui si è andato sviluppando, di sentenza in sentenza, il volto del giudizio di ammissibilità del referendum, sempre più penetrato da forme di anticipazione del giudizio di legittimità costituzionale.

Una critica, questa, che diverrebbe lampante laddove la Corte propendesse per un'anticipazione formalizzata tramite una scelta di autorimessione. Quella di percorrere questa via di introduzione di una questione di legittimità è stata da sempre una scelta delicata. Non sconosciuta alla Corte costituzionale⁷³, essa è stata impiegata con parsimonia⁷⁴, in virtù del periglioso intreccio con una pluralità di profili centrali nella configurazione del ruolo e dei poteri della Corte costituzionale: a partire dal profilo della rilevanza della questione, passando al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁷⁵ e a quello concernente i poteri decisori della Corte per arrivare al più generale rapporto tra giudice costituzionale e legislatore. L'utilizzo dell'autorimessione nel giudizio di ammissibilità del referendum non ha mai trovato spazio nella giurisprudenza della Corte. Pur essendo stata paventata come eventualità da una parte

⁷² In argomento si veda N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 1 ss. e, più di recente, ID., *Rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 2021, 86 ss.

⁷³ Anzi, da parte di alcuna dottrina, tale opzione è stata anche incentivata. Esposito, nel commentare la prima decisione di autorimessione (ord. n. 22 del 1960), auspicava un impiego della autorimessione osservando come non fosse possibile operare dei distinguo tra le diverse tipologie di giudizi nel corso dei quali può sorgere una questione di legittimità costituzionale (C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice "a quo"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 212 ss.). Il tema si intreccia con la dibattuta problematica delle "zone franche" sottratte al sindacato di costituzionalità e delle "zone d'ombra" del giudizio di costituzionalità. Nella sterminata dottrina sul tema si ricordino R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2006; A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss.; F. LANCHESTER, *Non ci sono "zone franche" nello Stato di diritto costituzionale*, in *Nomos*, vol. 1, 2013; R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 640 ss.; P. ZICCHITTU, *Le zone franche del potere legislativo*, Torino, 2017; A.M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, 163 ss.

⁷⁴ Dapprima nell'ambito del conflitto di attribuzioni e, in seguito, anche nel giudizio di legittimità costituzionale, come avvenuto di recente con l'ordinanza n. 18 del 2021 sulla trasmissione automatica del cognome paterno al figlio.

⁷⁵ In tema, di recente, si rimanda a G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2021, 161 ss.

della dottrina, essa non è mai stata concretamente presa in considerazione dalla Corte costituzionale⁷⁶. Quest'ultima, invero, non si è mai espressa direttamente sulla sua ammissibilità o sulla sua esclusione in tali contesti lasciando in un certo senso aperto uno spiraglio⁷⁷. Ciononostante, plurimi sono i profili che – a meno di inattesi pronunciamenti – depongo a favore dell'esclusione di un trapianto dell'autorimessione anche nel giudizio di ammissibilità del referendum. Oltre al non infondato timore che essa possa tramutarsi in una sorta di ricorso diretto atipico e ai dubbi sul profilarsi del carattere della rilevanza⁷⁸, non può passare inosservato il risalto dato dalla stessa Corte alla qualificazione di tale giudizio quale «giudizio ad oggetto limitato, con specifiche e autonome caratteristiche rispetto a giudizi di legittimità» sia le dichiarazioni dei giudici costituzionali che negano come in sede di controllo di ammissibilità possano venire in rilievo profili di incostituzionalità né della legge oggetto del referendum né della normativa di risulta⁷⁹.

4. Alcune considerazioni conclusive

Molto delicato è il compito che attende a breve la Corte, forse anche più di quanto generalmente accade nel vaglio di ammissibilità che già di per sé presenta numerose insidie. Riprendendo le parole di Bin, quello che spetta alla Corte è un esercizio “pericoloso” essendo essa «chiamata a regolare, con la sola forza delle proprie argomentazioni, lo scontro politico, quando questo sta ormai raggiungendo il culmine: avvitando i suoi argomenti deve regolare la pressione della pentola già portata ormai ad

⁷⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *La riforma elettorale, la Costituzione e i referendum possibili*, in *astrid-online.it*, 2007.

⁷⁷ Cfr. F. MARONE, *Appunti su Corte costituzionale giudice a quo e giudizio di ammissibilità del referendum*, in *Federalismi.it*, 2013.

⁷⁸ In questo senso P.A. CAPOTOSTI, *Intervento al Seminario di Astrid “Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali”*, in *astrid-online.it*, 2007. Di avviso contrario F. MARONE, *Appunti su Corte costituzionale*, cit.) secondo il quale non vi sono «ostacoli insormontabili alla qualificazione della Corte costituzionale come giudice a quo nel giudizio di ammissibilità del referendum. Sul piano soggettivo la Corte è giudice, quantomeno “ai limitati fini”, e sul piano oggettivo il potere esercitato sembra ricostruibile, seppur nei termini problematici di cui si è detto, quale esercizio di giurisdizione». Il nodo più arduo da sciogliere consisterebbe nella sussistenza della rilevanza anche se, sempre secondo F. MARONE, tale criticità, così come il rischio che l'introduzione dell'autorimessione nel sindacato di ammissibilità possa surrettiziamente introdurre un ricorso diretto atipico, verrebbe compensata dal ripristino della legalità costituzionale attuato dalla Corte costituzionale come organo di chiusura del sistema: «Se, nel giudicare sull'ammissibilità di una richiesta referendaria, la Corte si imbatte in una legge incostituzionale, l'idea che essa non possa intervenire perché manca un nesso di pregiudizialità con il procedimento nel quale il vizio è venuto in rilievo, non sembra coerente con il ruolo di organo di chiusura del sistema che la nostra forma di governo definisce per la Corte costituzionale; ruolo che è fondamento logico della tecnica dell'autorimessione». Analogamente R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, cit.; P. CARNEVALE, *Una sentenza “lineare”*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel “limbo” delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, 2012, 177 ss.

⁷⁹ L'esclusione di uno spazio di sindacato della incostituzionalità della normativa di risulta impedirebbe «la configurabilità stessa del requisito della rilevanza della questione ai fini della decisione del giudizio principale» (R. NEVOLA (a cura di), *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale, 2016).

ebollizione»⁸⁰. La pericolosità insita nel delicato ruolo che svolge la Corte in questa sede è tale che essa, operando su un precario equilibrio tra piano politico e di valutazione della ammissibilità, mette in gioco la sua stessa legittimazione nonché l'operatività dell'istituto referendario quale strumento di partecipazione del corpo elettorale nel circuito democratico⁸¹. Proprio in questa direzione si sono infatti mosse le proposte che hanno condotto alla proposta di legge costituzionale A.S. 1089 *Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum* (c.d. sul referendum propositivo) che, sul piano delle intenzioni, dovrebbe concorrere ad ovviare alla costrittiva perimetrazione dell'istituto referendario operata dalla Corte costituzionale⁸². Si pensi al limite della manipolatività extra effetto sistema che secondo molti Autori finirebbe per sterilizzare la funzione oppositiva del referendum⁸³. Analogamente, con riferimento ai limiti estrapolati per le leggi costituzionalmente necessarie e per quelle a contenuto costituzionalmente vincolato, si è parlato di «un'innaturale torsione semantica dell'originario criterio facente leva sulla natura “vincolata” della normativa oggetto di referendum»⁸⁴. Il che pone la

⁸⁰ R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, cit. Tanto che l'Autore, anticipato e seguito da altre voci in dottrina, ha ritenuto come sia finanche inopportuna, proprio per questi motivi, la collocazione temporale del vaglio di ammissibilità da parte dei giudici costituzionali: «la scelta compiuta dalla legge 352/1970, di collocare il giudizio della Corte come ultima tappa del lungo procedimento referendario, non solo non lo era, ma appare la logica premessa di uno sviluppo perverso che sfocia in esiti paradossali. La Corte, infatti, è posta a regolare i meccanismi del *referendum* – quelli particolari, che attengono al singolo quesito, e quelli generali che, esprimendo le regole dell'uso dello strumento referendario “in sé e per sé”, costituiscono la giustificazione delle singole decisioni di ammissibilità – al termine del lungo processo di lievitazione dell'interesse politico per il quesito, quando ormai esso è al centro dell'attenzione dei (e dello scontro tra i) partiti. È una collocazione sbagliata, perché rende impossibile alla Corte costituzionale di sostenere il ruolo che le è attribuito».

⁸¹ I. NICOTRA, *Le zone d'ombra*, cit., parla di «una sovraesposizione eccessiva, della stessa Corte, dinanzi all'opinione pubblica e al sistema politico» (268).

⁸² La proposta, in corso di esame nella I Commissione permanente (Affari Costituzionali) dal luglio 2019, è diretta a rinforzare l'iniziativa legislativa popolare la quale, qualora supportata da almeno cinquecentomila elettori, dovrà essere sottoposta a referendum popolare nel caso in cui entro diciotto mesi, le Camere non la approvino. Per un approfondimento sulla proposta di legge si rimanda agli interventi di U. DE SIERVO, E. PALICI DI SUNI, M. LUCIANI, E. CHELI, P. CANERVALE, A. PERTICI, G.M. SALERNO, G. GRASSO, G. D'ALESSANDRO. I contributi sono stati redatti in occasione della Tavola rotonda “Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale” tenutosi a Roma nel marzo 2019 e pubblicati sulla rivista *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1-2 del 2019. Si dia altresì atto che come ulteriore strumento di rafforzamento dell'istituto referendario sono state anche presentate proposte di legge volte alla soppressione del *quorum* strutturale di validità. In senso critico rispetto alla proposta si vedano M. BETZU, P. CIARLO, A. DEFFENU, *Per il mantenimento del quorum strutturale nel referendum abrogativo*, in *Astrid Rassegna*, 18/2018, 1 ss., secondo i quali, con l'abolizione del *quorum* «salterebbe proprio l'equilibrio tra le due forme di democrazia salvaguardato dall'attuale configurazione dell'art. 75 Cost. Un equilibrio, si badi, non paritario, ma volto innanzitutto a proteggere, attraverso il *quorum* partecipativo, il principio di rappresentatività su cui si fonda l'assetto repubblicano». In commento alla proposta di legge si veda anche A. ANZON, *L'iniziativa legislativa popolare “indiretta” (c.d. referendum propositivo) nel progetto di legge costituzionale in itinere*, in *forumcostituzionale.it*, 2019; S. CECCANTI, *Il «referendum» propositivo, tra politica, diritto e dottrina. Note dal Parlamento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 131 ss.

⁸³ Cfr. A. MORRONE, A. PUGIOTTO, *La Corte e i referendum “giustiziati”*, cit.: «al referendum si finisce davvero per togliere troppo: non solo la possibilità di introdurre una nuova disciplina, ma anche semplicemente un principio ricavabile per opposizione – e dunque necessariamente non coerente – rispetto a quello espresso nella sistemica della legge abroganda. La funzione oppositiva del referendum abrogativo viene de facto – se non de jure – sterilizzata e costretta nel letto di Procuste delle decisioni di maggioranza».

⁸⁴ A. RUGGERI, “*Tutela minima*”, cit.

Corte su un crinale sottilissimo, quale quello che separa la valutazione di inammissibilità per mancanza di tutela minima e giudizio di illegittimità costituzionale. Sicché si potrebbe giungere alla conclusione della sussistenza concreta del rischio «di impedire lo svolgimento di un referendum popolare ogni volta che siano in gioco diritti fondamentali della persona, i quali abbiano trovato un loro bilanciamento da parte del legislatore ordinario, che li avrebbe così sostanzialmente cristallizzati»⁸⁵.

Dentro questo quadro già di per sé complesso, la Corte si trova inoltre a dover decidere dell'ammissibilità di un referendum vivido di implicazione sostanziali per l'ordinamento e carico di nodi irrisolti che, in un certo senso, la stessa Corte ha contribuito a generare con le sue recenti pronunce nel caso Cappato. Di fronte all'obiezione secondo cui, esprimendosi nel senso dell'inammissibilità del referendum in ottemperanza al limite della tutela minima la Corte rischierebbe di legarsi le mani in vista di successivi giudizi di legittimità inerenti alla stessa disciplina, si potrebbe innanzitutto per lo meno sottolineare l'esigenza di appurare se all'esito del giudizio di ammissibilità possa attribuirsi *ex art. 137 Cost.* valore di giudicato costituzionale⁸⁶. In secondo luogo, non ci si può esimere dal rilevare come la Corte si sia già in parte legata le mani proprio con le pronunce nel caso Cappato, del cui valore di giudicato costituzionale non sussistono dubbi.

Un ultimo elemento di delicatezza tocca poi il versante istituzionale e il complesso rapporto tra Corte costituzionale, Parlamento e corpo elettorale. La Corte si trova infatti in una situazione di crocevia. Dentro una indiscutibile e protratta condizione di una endemica debolezza alimentata da fattori endogeni ed esogeni⁸⁷, il Parlamento è attualmente impegnato nella redazione di un progetto di legge volto a recepire le indicazioni offerte dalla Corte nella sent. n. 242 del 2019⁸⁸. Senza mostrare però l'intenzione di compiere un ulteriore passo verso l'introduzione di forme di eutanasia attiva vera e propria. Sia che si legga la motivazione dell'inerzia legislativa nella incapacità o – sia concesso perlomeno dubitare – nella volontà dell'organo legislativo⁸⁹, verso l'eutanasia spinge invece parte della società civile. Quest'ultima imbraccia quindi l'"arma" del referendum come strumento di pressione e di resistenza verso la crisi che stanno attraversando le istituzioni rappresentative. Il che dovrebbe portare ad interrogarsi, spostando lo sguardo da questo specifico referendum e alzandolo sulle numerose proposte referendarie su cui potrebbe essere chiamato ad esprimersi nei prossimi mesi il corpo

⁸⁵ T.E. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità"*, cit.

⁸⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale lega le mani a se stessa (a proposito di paralisi di funzionamento, leggi elettorali e controllo di costituzionalità)*, in *Il Foro Italiano*, 11/1997, 3119 ss.

⁸⁷ La debolezza dell'organo rappresentativo non è infatti solo alimentata dalla crisi della politica e dalla crisi della rappresentanza ma ha subito una accelerazione anche a fronte di fattori esogeni come la crisi economica, prima, e la ancora attuale crisi pandemica.

⁸⁸ Sono state otto le proposte di legge relative ai temi dell'eutanasia e del suicidio assistito tra le quali solo una di iniziativa popolare. Nel luglio 2021 le proposte sono state riunite in un testo unificato recante "*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*", che è ad oggi in discussione.

⁸⁹ Una scelta che, se non gradita, rimane sempre sanzionabile politicamente utilizzando lo strumento elettorale.

elettorale⁹⁰, sull'eventualità che un massiccio impiego del referendum dentro una persistente crisi della politica possa, alla lunga e dentro un circolo vizioso, contribuire ad esacerbare proprio la debolezza dell'organo legislativo⁹¹.

Tenendo quindi sullo sfondo queste problematiche che toccano il corretto "innesto"⁹² dell'istituto referendario nelle modalità in cui la nostra forma di governo inverte il principio della democrazia rappresentativa e che non si possono certo qui esaurire, non resta quindi che assistere a come la Corte deciderà di interpretare il proprio ruolo: se restando dentro i solchi ad oggi tracciati dalla propria giurisprudenza, se dando ad essi una diversa lettura o se, finanche, stupendoci ancora una volta proprio come avvenuto, non a caso, nella decisione di incostituzionalità parziale dell'aiuto al suicidio.

⁹⁰ Qualora dovessero passare il vaglio del sindacato di legittimità della Corte costituzionale, infatti, nel 2022 (definitivo giornalmisticamente l'anno dei referendum), oltre al referendum sull'eutanasia i cittadini italiani potrebbero essere chiamati ad esprimersi anche sul referendum per la depenalizzazione della coltivazione della cannabis per uso personale, sul referendum per vietare ogni attività venatoria e, infine, sui ben sei quesiti che riguardano la riforma della giustizia.

⁹¹ Cfr. M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, 1 ss. che ammonisce su come oggi sia necessario «che rappresentanza e partecipazione siano rilanciate e irrobustite insieme e ciò richiede la ricostruzione di una politica capace di esprimere interessi ed esigenze sociali e quindi di colmare il distacco fra cittadini e istituzioni, anche facendo ricorso ad un uso equilibrato e non demagogico degli istituti di democrazia diretta». Si rimanda altresì agli interrogativi posti da M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, 37/2008, 157 ss.: «quale disciplina giuridica è bene adottare per massimizzare il rendimento del referendum e minimizzare i rischi che esso determini lo sconvolgimento del sistema rappresentativo? Un interrogativo, questo, che ovviamente doveva e deve fare i conti con la concreta condizione politico-istituzionale dell'ordinamento di riferimento, perché è evidente che in un sistema rappresentativo nel quale i meccanismi di responsabilità e di responsività funzionano e i partiti sono saldamente presenti e legittimati nella società civile, il referendum e l'iniziativa popolare possono essere assorbiti facilmente, mentre in un sistema frammentato e con partiti deboli, assistito da un flebile consenso per le istituzioni rappresentative, l'evocazione della partecipazione popolare può alterare tanto profondamente il giuoco politico da destabilizzare la forma di governo».

⁹² Formula che, come ricorda Luciani, era stata inizialmente coniata da G. GRASSI, *Il Referendum nel governo di Gabinetto*, Roma, 1913 per essere poi ripresa da altri Autori in dottrina tra i quali si rammentano M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milano, 1953 e C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Democrazia e diritto*, 1981, 57 ss.



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

ALLA VIGILIA DELLA DECISIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
BREVI RIFLESSIONI SULLA NATURA DEL PRESIDIO PENALE
IN MATERIA DI FINE VITA

STEFANO BISSARO

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Le pronunce Cappato e la presunta natura costituzionalmente obbligatoria del presidio penale in materia di fine vita. – 3. La cintura di protezione delle persone fragili e la normativa di risulta.

1. Considerazioni preliminari

In premessa, vorrei svolgere alcune sintetiche considerazioni su una serie di profili che, a mio modesto avviso, anche sulla base di quanto emerso nel dibattito che sta accompagnando la via referendaria al fine vita¹, non sembrano porre eccessivi problemi interpretativi.

Sulla chiarezza del quesito, si può osservare come l'opera di ritaglio proposta dai promotori sia sicuramente frutto di uno spunto originale²; ciò però non toglie che il quesito sia costruito in modo da consentire all'elettore di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto.

¹ Per richiamare la formula proposta dagli organizzatori del seminario preventivo ferrarese, i cui atti sono stati recentemente pubblicati: cfr. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.* (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, ora in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022.

² In modo critico, su questo profilo A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579*, cit.

Il corpo elettorale, infatti, è – o meglio sarà – chiamato ad una presa di posizione sicuramente radicale e netta nei suoi effetti, ma assolutamente intellegibile nella sua portata normativa: «depenalizzare o meno l'omicidio del consenziente come espressione del riconoscimento della libertà di autodeterminazione sul proprio fine vita».

Anche sulle problematiche relative all'intenzioni del comitato promotore e al supposto iato tra queste e i concreti effetti discendenti dall'esito positivo del *referendum*, così come sulla questione della possibile rilevanza, in sede di ammissibilità, di eventuali profili di irragionevolezza della normativa di risulta, mi pare che dalla giurisprudenza costituzionale, che pure viene accostata in dottrina all'immagine metaforica di un caleidoscopio³, sia possibile ricavare utili indicazioni nel senso della marginalità, nella specifica sede in cui la Corte è chiamata ad operare, degli elementi appena citati.

2. Le pronunce Cappato e la presunta natura costituzionalmente obbligatoria del presidio penale in materia di fine vita

Venendo invece al cuore delle problematiche poste dal *referendum* sull'art. 579 c.p., vorrei precisare che le riflessioni che propongo di seguito si inseriscono nel solco tracciato già dalla Prof.ssa D'Amico⁴: vorrei, infatti, ragionare della possibilità o dell'impossibilità di ricavare dalle due decisioni della Corte costituzionale del caso Cappato elementi per sostenere la natura costituzionalmente – imposta o obbligatoria – del presidio penale.

A questi fini, la rilettura delle pronunce rese dalla Corte nel 2018 e nel 2019⁵ non può prescindere da un rinnovato – e mi auguro non inutile – esame dell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise; ritengo, in altre parole, che sia necessario tenere a mente i termini e la sostanza della domanda che, in quell'occasione, il giudice *a quo* aveva posto alla Corte per offrire delle successive risposte di quest'ultima una interpretazione il più possibile fedele ed aderente; tutto ciò con la consapevolezza che è sempre saggio, per chiunque decida di avventurarsi nel commento di una sentenza costituzionale, evitare *di far dire alla Corte quello che la Corte non dice*.

Ora, come noto, la Corte d'Assise di Milano ha dubitato delle legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sotto due distinti profili: in questa sede, interessa ricordare che la Corte milanese ha posto in discussione il perimetro di tipicità della fattispecie di aiuto al suicidio, lamentando che il fatto che quest'ultima incrimini anche quelle condotte che non abbiano contribuito a determinare o rafforzare l'altrui proposito suicidario.

L'essenza della censura prospettata dalla Corte milanese, in disparte la questione della ampiezza del *petitum*, è allora la seguente: il 580 è sospettato d'incostituzionalità

³ Così A. PUGIOTTO, *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 2021.

⁴ Oltre allo scritto pubblicato dalla Prof.ssa Marilisa D'Amico in questo volume monografico, si rinvia a M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 579 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit.

⁵ Il riferimento è, evidentemente, all'ordinanza n. 207 del 2018 e alla sentenza n. 242 del 2019.

perché tramite esso il legislatore ha realizzato un eccesso di tutela penale; si chiede, in sostanza, alla Consulta di rivedere, *in bonam partem* e in senso restrittivo, il confine del penalmente rilevante con riferimento alle condotte di agevolazione al suicidio.

Come risponde la Corte? Lo fa, come noto, con due distinti pronunciamenti che possono essere letti in questa prospettiva congiuntamente, ancorché non perfettamente sovrapponibili sul versante degli argomenti e dei principi richiamati.

In massima sintesi, la risposta della Corte costituzionale si snoda lungo tre passaggi motivazionali.

In *primis*, si dice che, incriminando le condotte tipizzate dall'art. 580 c.p., il legislatore intende proteggere il soggetto da decisioni in suo danno; non ritenendo, tuttavia, di colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una cintura protettiva, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui.

Si osserva, ancora, che, pur nel quadro assiologico trasformato dalla Costituzione Repubblica, non può dubitarsi del fatto che l'art. 580 c.p. sia funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento: esso assolve alla scopo di perdurante attualità di tutelare le persone che attraverso difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere; il divieto in parola conserva una proprio ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto.

Su queste basi, la Consulta giunge ad una conclusione fondamentale: al legislatore non può ritenersi inibito vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Piuttosto, si dice: è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

La Corte in questa prima parte della decisione è quindi tutta impegnata nello spiegare perché l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non possa essere ritenuta incompatibile con la Costituzione, senza prendere posizione sulla diversa questione della doverosità della protezione penale.

Nel passaggio finale del suo itinerario argomentativo, come noto, la Corte tiene in considerazione alcune situazioni eccezionali, come quella oggetto del giudizio principale, inimmaginabili all'epoca in cui fu costruita la fattispecie incriminatrice: proprio rispetto a queste ultime situazioni, il test di costituzionalità conduce, per i Giudici costituzionali, ad un esito opposto, posto che, in tale specifico ambito, 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.

Se questo è, in sintesi, il nucleo motivazione della doppia pronuncia Cappato, è possibile sostenere che la Corte non abbia assegnato natura costituzionalmente – vincolata o obbligatoria – al presidio penale.

Per sostenere la tesi opposta a quella che in questa sede si sta provando ad argomentare si richiama, da parte di qualcuno, il passaggio in cui la Consulta, in conclusione della sentenza n. 242 del 2019, ha affermato che «per evitare che vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta [...] in una menomata protezione di diritti fondamentali [...], questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)»⁶.

È un passaggio, quest'ultimo, sicuramente molto importante, dal quale però non sembra possibile ricavare in modo certo l'idea che la Corte abbia inteso attribuire alla fattispecie penale allora *sub iudice* – l'art. 580 c.p. appunto. – natura costituzionalmente obbligatoria o necessaria: connotati in questi ultimi termini paiono, piuttosto, seguendo alla lettera le parole della Corte, i soli criteri – e cioè le quattro condizioni – in presenza dei quali la punizione dell'agevolazione materiale al suicidio d'altri si pone in contrasto con la Costituzione.

Ad essere imposta dalla Costituzione, in altre parole, non sembra l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, bensì la diversa questione della ripermetrazione, in senso restrittivo e con effetti *in bonam partem*, della fattispecie prevista dall'art. 580 c.p.

Dalla rilettura delle due decisioni Cappato sembra possibile, in definitiva, ricavare il seguente elemento: al di là delle ipotesi caratterizzate dalle quattro condizioni precisate dalla Corte, rispetto alle quali, come detto, la tutela penale si scontra con il tessuto costituzionale, *vietare non è vietato, ma non è neppure imposto*⁷.

Peraltro, i precedenti che la Corte ha evocato a margine di quel controverso passaggio prima riportato richiamano alla mente alcune questioni di legittimità sollevate in materia penale, con cui i giudici *a quibus* avevano, in vario modo, censurato scelte di dosimetria sanzionatoria del legislatore, lamentandone il *quantum* per eccesso; precedenti che, da un punto di vista processuale, hanno consentito alla Corte di superare il proprio tradizionale *self restraint*, slegando, come noto, il giudizio sulla proporzionalità della pena dal necessario confronto con un *tertium comparationis*; giurisprudenza, quest'ultima, che ha segnato l'esordio di un nuovo indirizzo, in forza del quale la Corte ha ritenuto, in diversi casi, di poter aggirare le strettoie della dogmatica delle *rime*

⁶ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 242 del 2019, *Considerato in diritto* n. 4.

⁷ Insiste su questo profilo, T: PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit.

obbligate, andando a cercare nel sistema grandezze, già presenti, idonee a sostituirsi alla misura colpita dalla declaratoria di incostituzionalità⁸.

Anche per questo motivo, insomma, non pare che la doppia pronuncia Cappato possa essere valorizzata al punto da sostenere la natura costituzionalmente – imposta o obbligatoria – del presidio penale in materia di fine vita.

In questa prospettiva, vorrei poi richiamare l'attenzione anche su un ulteriore aspetto che mi pare significativo; si tratta di uno spunto che merita di essere approfondito, ma che vorrei comunque offrire al dibattito: se il legislatore – quello parlamentare s'intende – facesse oggi ciò che il comitato promotore si ripromette di ottenere tramite lo strumento referendario; se fosse cioè una legge a riscrivere, negli stessi esatti termini, il perimetro applicativo dell'art. 579, sarebbe possibile – e se sì, in che modo – costruire una questione di costituzionalità con cui censurare la parziale depenalizzazione, per via legislativa, dell'omicidio del consenziente?

Certo si potrebbe anche dire che, a quel punto, la Corte avrebbe l'occasione per dichiarare l'irragionevolezza della complessiva disciplina penale del fine vita, in ragione del mancato coordinamento tra un 580 c.p. ritagliato sul solo caso Cappato, alla luce delle quattro condizioni, e un 579 c.p., con un'area di impunità molto più larga.

Al netto di questo rilievo, su cui comunque si può discutere perché è stato anche autorevolmente sostenuto che le quattro condizioni siano riferibili, sia pur in via transitoria, anche al 579 c.p.⁹, credo che una questione di costituzionalità avente ad oggetto una scelta di depenalizzazione del legislatore di contenuto analogo all'odierno quesito referendario potrebbe porre serissimi problemi di inammissibilità, considerati i suoi evidenti effetti *in malam partem*.

In proposito, una recentissima decisione della Corte ha ribadito che l'adozione di pronunce con effetti di sfavore risulta, in via generale, preclusa dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale, rimettendo al *soggetto-Parlamento*, che incarna la rappresentanza politica della Nazione, le scelte di politica criminale, impedisce alla Corte, sia di creare nuove fattispecie, sia di estendere quelle esistenti a casi non previsti¹⁰.

Anche per queste ragioni, in conclusione, il legislatore rimane quindi libero di scegliere se e con che intensità ricorrere allo strumento penale, anche quando si tratta di tutelare libertà fondamentali o principi che si ricoprono una posizione centrale nella tavola di valori riconosciuta dalla Costituzione.

3. La cintura di protezione delle persone fragili e la normativa di risulta

⁸ Così nella celebre sentenza n. 236 del 2016, a commento della quale, v., per tutti, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Penale contemporaneo*, 14 novembre 2016.

⁹ Cfr., in particolare, G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o "diritto"?*, Relazione al XVIII Congresso dell'Associazione Luca Coscioni, 9 ottobre 2021.

¹⁰ Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 8 del 2022.

In ogni caso, anche non condividendo la posizione che ho cercato di sostenere nel precedente paragrafo, credo che dalla lettura delle decisioni giudiziarie che sono state adottate nel corso degli anni con riguardo all'art. 579 c.p. siano ricavabili utili indicazioni per escludere che, nello scenario normativo riscritto all'esito del *referendum*, le persone che versano in condizioni di fragilità e vulnerabilità rimangano sguarnite di tutela, e cioè di quella necessaria cintura di protezione di cui parla la Corte.

In primo luogo, è importante ricordare che il consenso richiesto dall'art. 579 c.p. per l'integrazione della ipotesi privilegiata (che prevede, come noto, la pena della reclusione da 6 a 15 anni, in luogo dell'ergastolo) deve presentare alcune caratteristiche peculiari: esso deve, infatti, essere serio, esplicito, non equivoco, attuale, perdurante fino al momento di realizzazione della condotta dell'omicida e non contraddetto dal contegno che la vittima assume nella fase esecutiva della stessa¹¹.

La Suprema Corte, ad esempio, ha sottolineato come non possano essere ritenute «probanti le generiche invocazioni della povera vittima perché cessasse il suo calvario, né la prospettazione di una eutanasia su modelli esterofili, di cui la [stessa] vittima avrebbe, in un recente passato, discettato con i familiari»¹²; o, ancora¹³, che «manifestazioni di sconforto e i precedenti tentativi di suicidio non potevano considerarsi manifestazione univoca di una consapevole volontà di morire».

In secondo luogo, va rilevato che, in numerosi casi, i giudici si sono trovati a dover decidere se riqualificare, proprio ai sensi dell'art. 579 c.p., condotte di omicidio volontario (che si presentano nella forma aggravata dalla circostanza del rapporto di parentela); opzione riqualificatoria che, sulla base di quanto emerge dall'analisi della giurisprudenza, è stata pressoché sempre risolta in termini negativi, attesa l'insussistenza dei requisiti del consenso testé evocati¹⁴.

Si tratta, insomma, di una fattispecie che nella prassi giudiziaria non sembra trovare un proprio, autonomo, ambito di applicazione; tale circostanza, nondimeno, non è tale da privare del suo significato più profondo il quesito referendario: un conto, infatti, è distinguere – a motivo, appunto, della presenza, o meno, di un valido consenso, tra condotte penalmente irrilevanti e condotte sanzionate ai sensi dell'art. 575 c.p., come accadrebbe nello scenario post *referendum*; altro conto è, per le stesse ragioni e sulla base di quanto previsto dal vigente assetto normativo, differenziare condotte punite con la cornice edittale privilegiata prevista dall'art. 579 c.p., da una parte, e condotte di omicidio volontario, dall'altra.

A fronte dell'esito positivo del *referendum*, in altre parole, la valutazione che il giudice del caso concreto è chiamato ad offrire sul punto consentirà di tracciare l'area del penalmente rilevante. Una valutazione che presenta, come è stato più volte evidenziato, un peso specifico senz'altro diverso e sicuramente più alto, che, tuttavia, induce a ritenere,

¹¹ Cfr. Cass., sez. I Pen., sent. n. 747 del 2019.

¹² Cfr. Cass., sez. I Pen., sent. n. 43954 del 2010.

¹³ Cfr. Cass., sez. I Pen., sent. n. 13410 del 2008.

¹⁴ Da ultimo, M. BRUCALE, *Il consenso dell'avente diritto. Quando la vita è un bene disponibile*, in *Giurisprudenza penale*, 2022.

come osservato efficacemente dal Prof. Padovani¹⁵, «che qualora si trattasse di scriminare un omicidio lo scrutinio processuale del consenso sarebbe ancora più cauto, rigido e severo». Detto altrimenti, è ragionevole supporre che la *cintura di protezione* evocata dalla Corte costituzionale nella doppia pronuncia Cappato, non verrebbe per la via referendaria allentata proprio perché, in sede applicativa, la valutazione sui requisiti del consenso rimarrebbe massimamente rigorosa: l'ordinamento penale cioè comunque offrirebbe all'interprete gli strumenti per intercettare (facendole poi ricadere nel perimetro della più grave fattispecie di omicidio volontario ex art. 575 c.p.) tutte quelle situazioni in cui la formazione della volontà autosoppressiva, concretizzatasi con l'intervento del terzo, sia stata in qualche modo viziata e condizionata *ab externo*.

Le condotte di omicidio del consenziente sarebbero, in ogni caso, presidiate a livello penale, non solo nei casi di coinvolgimento di un minore, di una persona che versa nelle condizioni di deficienza e infermità per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, ma anche nei casi in cui il consenso sia estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

Ora, è vero che le ultime due categorie potrebbero porre alcuni problemi interpretativi, riguardando circostanze di non immediato accertamento giudiziale; è vero anche, però, che alcuni dei concetti che il legislatore richiama per definire tali categorie possono essere ricostruiti, alla luce della giurisprudenza che già oggi si impegna nella loro disamina, al fine di escludere interpretazioni restrittive.

Così, ad esempio, le nozioni di *deficienza psichica* ed *infermità*, contemplate dal legislatore anche all'art. 643 c.p., previsione che incrimina le condotte di circonvenzione di incapace, sono state interpretate dalla giurisprudenza in modo piuttosto largo: è stato riconosciuto dalla Cassazione che «lo stato di infermità o di deficienza psichica della persona, pur non dovendo necessariamente consistere in una vera e propria malattia mentale, deve comunque provocare una incisiva menomazione delle facoltà intellettive e volitive, tale da rendere possibile la suggestione del minorato da parte di altri, in quanto l'incapacità del soggetto passivo costituisce un presupposto del reato della cui sussistenza, pertanto, vi deve essere l'assoluta certezza»¹⁶.

Questi rilievi, in conclusione, militano a favore della tesi che guarda alla normativa di risulta come ad un sistema in grado di offrire una sufficiente protezione alle categorie più fragili e vulnerabili.

¹⁵ In proposito, v. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *amicuscuriae.it*, 2021.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. II Pen., n. 5791 del 2016.



«IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 15 DICEMBRE 2021

IL PENDIO VERSO L'AMMISSIBILITÀ
DEL REFERENDUM SULL'EUTANASIA: ALCUNE RIFLESSIONI
SULLA SOGLIA MINIMA DI TUTELA PENALE DELLA VITA
E UNA PROPOSTA PER RITENERE ADEGUATA LA DISCIPLINA DI RISULTA

FRANCESCO LAZZERI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ostacoli apparenti. – 3. Il nodo centrale: la tutela minima del diritto alla vita. – 4. Rifiuto di cure: la disciplina della l. n. 219/2017. – 5. Aiuto a morire: le indicazioni (non decisive) della Corte costituzionale. – 6. (segue): la giurisprudenza della Corte edu. – 7. L'adeguatezza delle condizioni per la liceità dell'aiuto al suicidio. – 8. La duplice inadeguatezza dell'art. 579, comma 3, c.p. – 9. Una possibile soluzione: estendere la procedura di acquisizione del consenso di cui alla l. n. 219/2017. – 10. Questioni aperte.

1. Premessa

L'apertura senza precedenti all'area della liceità nelle scelte di fine vita, oggi promessa dal referendum sull'eutanasia, suscita probabilmente in alcuni il timore che lo spettro evocato dall'immagine del piano inclinato o della china scivolosa, con i relativi costi in termini di vite umane, stia infine per materializzarsi.

In verità, dovendo pensare all'imminente giudizio di ammissibilità del referendum, viene in mente una metafora meno potente ma – temo – più realistica: quella di una strada in salita, peraltro con una forte pendenza.

2. Ostacoli apparenti

Pur nell'incertezza derivante dall'oscillante giurisprudenza costituzionale, convincenti analisi¹ ci portano a dare per assodato, in questa sede, che i problemi non riguardino la *formulazione del quesito* e il modo in cui questo incide sulla disposizione interessata.

Neppure dovrebbero entrare in gioco, insegnano i precedenti e la dottrina², considerazioni inerenti alla questione – più insidiosa – circa la *ragionevolezza della disciplina di risulta*.

A questo proposito conviene comunque fare un breve appunto, ipotizzando un *worst case scenario* in cui la separazione di piani rispetto al giudizio di semplice ammissibilità dovesse venire meno. Il dibattito ha presto segnalato che, in caso di risultato positivo del referendum, sarebbe interamente abrogata la fattispecie più grave (l'omicidio del consenziente), mentre resterebbero in gran parte punibili le condotte (di aiuto al suicidio) connotate dal disvalore minore.

L'esito, di per sé considerato, pare in effetti incoerente, ma l'analisi non dovrebbe fermarsi qui. In particolare, non sembra del tutto persuasivo che, per giudicare della ragionevolezza di un simile assetto normativo, possa assumersi quale parametro una disciplina, come quella vigente, *essa stessa gravemente sospettabile di irragionevolezza*: sia per quanto riguarda il perimetro, eccessivamente ristretto, della non punibilità ritagliata all'interno dell'art. 580 c.p.; sia per quanto riguarda la mancata estensione della liceità, nei termini più o meno ampi riconosciuti per l'aiuto al suicidio, ai casi regolati dall'art. 579 c.p.

Se davvero questo difetto di coordinamento fosse l'ostacolo opposto dalla Corte costituzionale, potrebbe meritare domandarsi se la definizione del giudizio non presupponga di risolvere una o più *questioni di legittimità di carattere pregiudiziale*, da fare oggetto di auto-rimessione da parte della Corte stessa³ (schema di recente riscoperto nell'ambito di un giudizio incidentale vertente sulla c.d. regola del patronimico⁴). Resta da verificare la percorribilità, teorica e pratica, di tale via in sede di scrutinio sull'ammissibilità del referendum.

3. Il nodo centrale: la tutela minima del diritto alla vita

La questione a mio avviso cruciale e fonte di maggiori difficoltà, dove i temi del diritto penale si intrecciano inestricabilmente con i principi costituzionali e

¹ Cfr. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, testo della relazione al *Seminario preventivo ferrarese "Amicus curiae"* del 26 novembre 2021 (in corso di pubblicazione negli atti del convegno), 1-3.

² Cfr. l'intervista di A. PUGIOTTO, in *Giustizia insieme*, 29 settembre 2021, e in particolare la risposta alla domanda n. 4.

³ Per la suggestione dell'auto-rimessione, si veda l'intervento di V. SCJARABBA in occasione del *Seminario preventivo ferrarese "Amicus curiae"* del 26 novembre 2021 (registrazione video disponibile su YouTube).

⁴ Corte cost., ord. 11 febbraio 2021, n. 18, Pres. Coraggio, red. Amato.

convenzionali, è se e in che misura l'art. 579 c.p. debba ritenersi norma a contenuto costituzionalmente vincolato o norma costituzionalmente necessaria: due limiti in teoria distinti ma che alla luce della prassi e per semplicità possiamo considerare in maniera unitaria, chiedendoci *se la disciplina penalistica di risulta garantirebbe una tutela minima alla vita umana*⁵, bene allo stato protetto dalla norma incriminatrice che si vorrebbe abrogare.

Consideriamo qui la portata oggettiva del quesito referendario, al di là dell'intento dei promotori.

Offre una tutela minima una disciplina in cui *condizione necessaria ma anche sufficiente* per la liceità della morte direttamente procurata da terzi è il *consenso dell'interessato*?

La radicalità della prospettiva propugnata dal referendum costringe a fare i conti con un territorio perlopiù inesplorato, in cui è difficile trovare punti fermi.

4. Rifiuto di cure: la disciplina della l. 219/2017

Che la *volontà* della persona consenta – *da sola* – di sacrificare lecitamente la vita, scriminando la condotta di terzi, è una possibilità ormai riconosciuta e garantita dall'ordinamento, quando tale volontà si manifesta sotto forma di *rifiuto delle cure*. È questo il significato, anche penalistico, della l. 22 dicembre 2017, n. 219.

È vero che la legge, sotto questo aspetto, non è mai stata portata direttamente all'attenzione della Corte costituzionale. Conviene tuttavia ricordare che con essa il legislatore ha recepito una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale andata consolidandosi negli anni, fondata su una lettura ampiamente condivisa di alcune norme costituzionali (artt. 13 e 32); e che, da ultimo, la stessa Corte costituzionale nelle note pronunce sull'art. 580 ha finito per avallare la legittimità della l. n. 219/2017 *in parte qua*, assumendola ora come parametro (nell'ord. n. 207/18) ora come strumento di disciplina (nella sent. n. 242/2019).

Vale la pena puntualizzare: la l. n. 219/2017 consente già oggi che la persona maggiorenne capace di intendere e di volere ottenga la morte, esprimendo (con le modalità previste dall'art. 1) il rifiuto di iniziare o proseguire un trattamento salvavita, *indipendentemente* dalla patologia, dalle probabilità di sopravvivenza e dalle ragioni che stanno dietro la scelta.

5. Aiuto a morire: le indicazioni (non decisive) della Corte costituzionale

I termini della questione cambiano quando vengono in gioco condotte che, con terminologia aggiornata, chiamerei di *aiuto medico a morire* (nel lessico tradizionale,

⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, testo provvisorio della relazione al *Seminario preventivo ferrarese "Amicus curiae"* del 26 novembre 2021 (in corso di pubblicazione negli atti del convegno), 13-14.

l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente). Non è questa la sede per indagare le ragioni e l'opportunità di un trattamento differenziato delle ipotesi di "eutanasia attiva" in senso lato, per cui mi limiterò a prendere atto di questa specificità.

In materia esisterebbe un precedente-guida, rappresentato dal già richiamato intervento della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.: senonché, ai nostri fini ne ricaviamo indicazioni solo parziali e, per certi versi, ambigue.

La perdurante legittimità di un divieto penale di aiuto al suicidio è stata motivata dalla Corte con la finalità di tutelare la vita «*anche, se non soprattutto*»⁶ delle persone più deboli e vulnerabili, che potrebbero essere condizionate dalla pronta disponibilità di terzi a procurare loro la morte.

Come è stato notato⁷, rimane in ombra se il riferimento alle persone fragili sia esclusivo, o se sia una giustificazione legittima dell'intervento punitivo quello di proteggere, contro il loro volere, *anche persone né deboli né vulnerabili*: in tal caso, sarebbe stato fissato uno standard di tutela penale della vita davvero molto elevato.

Soprattutto, però, in nessun passaggio delle motivazioni la Corte dice espressamente se, oltre a essere legittimo, sia anche *necessario* un divieto *penale* di aiuto al suicidio.

Anzi, la Corte usa la semantica della facoltà, piuttosto che del dovere, laddove afferma che al legislatore «non può ritenersi inibito»⁸ intervenire con la pena, e che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio «non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»⁹.

Non manca il riferimento a un generico dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, ai sensi dell'art. 2 Cost.¹⁰, e al dovere, più specifico, di proteggere chi versa in condizioni di fragilità: ma in quest'ultimo caso la Corte¹¹ richiama l'art. 3, *secondo comma*, Cost. e le «politiche pubbliche» che la norma menziona, le quali farebbero pensare a misure di rafforzamento del sistema di *welfare*, non alla previsione di norme incriminatrici.

Nel senso di un obbligo di tutela penale nemmeno si può argomentare a partire dal rilievo che la Corte ha accolto solo in parte le censure di legittimità sollevate dalla Corte d'assise di Milano. Sarebbe errato sostenere che è costituzionalmente necessario, anche in materia penale, tutto ciò che non è dichiarato incostituzionale: oltre che la teoria generale dei rapporti tra Corte e legislatore, lo dimostra, nella materia in esame, l'ampio consenso circa la possibilità di estendere ulteriormente l'area della liceità (per esempio ad opera del Parlamento, quando intervenisse) senza per ciò solo causare un *vulnus* ai valori costituzionali protetti.

⁶ Corte cost., ord. 207/2018, § 6 del "considerato in diritto".

⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 6.

⁸ Corte cost., ord. 207/2018, § 6 del "considerato in diritto".

⁹ Corte cost., ord. 207/2018, § 8 del "considerato in diritto".

¹⁰ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, § 5 del "considerato in diritto".

¹¹ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, § 6 del "considerato in diritto".

6. (segue): la giurisprudenza della Corte edu

Alla base della reticenza della Corte si può avvertire il peso della cultura giuridica nazionale, che tradizionalmente nega l'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione¹².

Oggi, tuttavia, la complessità del sistema delle fonti rende ineludibile confrontarsi con i vincoli di matrice sovranazionale, e a questo livello si registra ormai una chiara tendenza a individuare nei diritti fondamentali della persona *non solo limiti alla potestà punitiva statale*, ma anche, almeno per alcuni di essi e nei casi delle violazioni più gravi, «ragioni che reclamano l'intervento penale»¹³ da parte del legislatore nazionale, a tutela degli stessi diritti fondamentali.

Ponendoci in questa prospettiva, è allora proficuo rivolgersi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a cui verosimilmente guarderà anche la Corte costituzionale, vista la sempre crescente sensibilità di questa verso i parametri convenzionali nell'interpretazione datane dai giudici di Strasburgo (come si è potuto apprezzare anche nelle due decisioni sull'art. 580).

Premessa necessaria è che un limite (non insuperabile) di tale indagine sta nel fatto che la Corte edu si è sinora pronunciata solo su casi di aiuto al suicidio, e non di omicidio del consenziente.

Il consueto riferimento al caso *Pretty* questa volta non pare risolutivo. La Corte¹⁴ ha stabilito un principio rilevante per definire la cornice delle legislazioni in materia di fine vita – dal diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu non può essere ricavato un diritto di morire; ciò non significa che gli Stati che ammettono forme di aiuto a morire stiano violando la Convenzione – ma non vengono tracciati limiti netti.

Un aggancio più esplicito e pertinente mi pare che possa invece rintracciarsi nella decisione sul caso *Haas*. Qui la Corte¹⁵ ha desunto dall'art. 2 un dovere positivo in capo agli Stati di proteggere la vita delle persone vulnerabili – *solo* di queste, sembrerebbe – da gesti autolesivi: ciò si traduce nel *dovere di impedire* a una persona *di togliersi la vita* se la decisione non è presa in modo libero e con piena cognizione delle conseguenze. Al contrario, l'obbligo sembrerebbe venire meno di fronte a un'autentica volontà di morire.

Tuttavia, anche nella sentenza *Haas* la Corte *non chiarisce* se il dovere di protezione da gesti autolesivi debba essere assistito da *sanzioni penali* nei confronti dei terzi che collaborano alla loro realizzazione.

Si potrebbe essere tentati dal considerarlo un profilo affidato all'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia.

Nondimeno, in varie altre sentenze, rese *fuori dall'ambito eutanascico*, è stata ritenuta condizione imprescindibile per garantire il rispetto del diritto alla vita contro offese intenzionali la predisposizione di norme penali dissuasive e di procedure

¹² Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, 512.

¹³ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2654.

¹⁴ Corte EDU, sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, § 39-42.

¹⁵ Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, § 54.

giurisdizionali in grado di portare a una punizione effettiva degli autori della violazione¹⁶. E a tal fine, si noti, non viene considerata sufficiente la previsione, scontata e del resto onnipresente, di una norma incriminatrice dell'omicidio volontario; ma la Corte si riserva di verificare che non esistano altre norme o istituti tali da depotenziare la portata dell'incriminazione¹⁷. Come sarebbero, ad esempio, scriminanti o cause esimenti non legittime al metro della stessa Convenzione. Come sarebbe – si può ipotizzare alla luce di quanto visto sopra – il consenso alla propria uccisione prestato da un soggetto in condizioni di vulnerabilità, che lo Stato ha il dovere di proteggere anche da sé stesso.

Combinando questi principi, è plausibile sostenere che ai sensi dell'art. 2 Cedu in capo agli Stati sussiste l'*obbligo* di sanzionare *penalmente* i terzi che contribuiscono all'attuazione di scelte di morire *non libere o non informate*.

7. *L'adeguatezza delle condizioni per la liceità dell'aiuto al suicidio*

Assumiamo che proprio quello appena enucleato dalle decisioni della Corte edu sia il livello minimo di tutela da assicurare al bene vita e proviamo a proiettarlo sull'ordinamento italiano.

Le condizioni poste dalla Corte costituzionale nella decisione sull'aiuto al suicidio paiono senz'altro sufficienti per rispettarlo.

Più interessante è chiedersi quale o quali tra le condizioni di non punibilità previste assicurino la conformità ai parametri convenzionali. La malattia irreversibile? La sofferenza intollerabile? La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale? Sarei propenso a escluderlo. Il fatto che l'aiuto al suicidio sia lecito in casi del genere ci rivela informazioni importanti sul fondamento sostanziale del diritto del paziente (nell'alternativa tra diritto ad autodeterminarsi nelle cure, diritto a non soffrire o diritto a morire); ma non sembrano elementi essenziali per garantire la soglia minima di tutela della vita umana.

Il requisito veramente decisivo sembra invece quello di cui alla *lett. d)*, ossia la presenza di una volontà libera e consapevole – che, almeno in linea di principio, prescinde dalle condizioni di salute della persona¹⁸.

A questo punto, l'interrogativo centrale è se la disciplina superstita dopo l'abrogazione referendaria sia in grado di rispettare questa specifica condizione. Ciò peraltro rafforza anche l'idea della irrilevanza – sul piano del giudizio di ammissibilità – dell'asimmetria rispetto alle altre condizioni richieste per la non punibilità nell'ambito dell'art. 580.

¹⁶ Espressamente in tal senso a partire da Corte EDU, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, § 115.

¹⁷ Per una panoramica di sintesi cfr. S. ZIRULIA, sub *Art. 2 Cedu*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 52-53.

¹⁸ Per la tesi secondo cui i requisiti oggettivi di cui alle lett. a), b) e – soprattutto – c) sarebbero giustificabili in quanto garanzie della possibilità di concreto accertamento della autenticità del volere, cfr. però S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bologna, 2021, 33 ss.

8. La duplice inadeguatezza dell'art. 579, comma 3, c.p.

Anche a seguito dell'abrogazione referendaria, il testo dell'art. 579 conserverebbe la disposizione – corrispondente all'attuale comma 3 – che esclude la rilevanza del consenso in alcune ipotesi predefinite (quali minore età, infermità di mente, violenza minaccia inganno).

Ai nostri fini, però, questa clausola di riserva presenta due difetti: da un lato, contribuisce a definire solo *in negativo* il consenso autentico (rilevante, in futuro, per la liceità del fatto); dall'altro lato, le ipotesi contemplate sono tutte o quasi “casi facili”, in cui il consenso è viziato in modo conclamato oppure intrinsecamente invalido, per una condizione strutturale di debolezza.

La norma invece non aiuta a definire *in positivo* gli elementi che caratterizzano la corretta formazione del volere della persona, specialmente nei casi dubbi.

Una disciplina del genere non sarebbe tranquillizzante – *per nessuna delle istanze di tutela in gioco*.

Il consenso della persona vulnerabile – nell'esempio della Corte costituzionale, l'anziano malato e solo – probabilmente non sarebbe “invalido” ai sensi della clausola di riserva in esame, ma questo non darebbe automaticamente garanzie sul rispetto delle condizioni richieste dalla Corte edu (libertà e consapevolezza della scelta di morire). D'altra parte, la vulnerabilità è una condizione da accertare in concreto, e sarebbe comunque difficile incasellarla entro categorie predeterminate in astratto. Accontentarsi della rete di protezione a maglie larghe data dall'art. 579 comma 3 significa con alta probabilità *non tutelare a sufficienza il diritto alla vita*.

A questa considerazione se ne aggiunge un'altra, già affacciatasi nelle riflessioni sul tema¹⁹. Fino ad oggi, quando si trovavano di fronte a un caso di omicidio *pietatis causa*, la giurisprudenza hanno pressoché invariabilmente ritenuto che il consenso prestato dalla persona alla propria uccisione fosse invalido, talora anche al di fuori dei casi descritti dalla clausola di riserva. In mancanza di criteri legali orientativi di segno positivo, è stato elaborato uno standard pretorio di validità, molto rigoroso, di cui in concreto non è mai stata riscontrata la sussistenza: perché si trattava solo di generiche invocazioni di morte, perché il consenso non era stato reiterato al momento della condotta omicidiaria, o perché – l'ipotesi in prospettiva più allarmante – era stato espresso da persona gravemente malata²⁰.

Quindi, con la disciplina superstita non solo in astratto non sarebbe protetto a sufficienza il diritto alla vita, ma è possibile che *non si vedrebbe soddisfatta neppure la domanda di autodeterminazione* che si intende favorire, dato che i terzi sarebbero scoraggiati dal prestare aiuto.

¹⁹ Cfr. ancora T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 9.

²⁰ Sia consentito a rinviare a F. LAZZERI, sub art. 579, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, V ed., Milanofiori Assago, 2021, per i requisiti normativi e giurisprudenziali del consenso rilevante ex art. 579 (910 ss.) e per la casistica più significativa di legittimità e di merito (934 ss.).

Peraltro, all'applicabilità dell'apparato sanzionatorio dell'omicidio volontario occorrerebbe aggiungere la riesplorazione delle *aggravanti* di cui agli artt. 576-577 c.p., che rendono il delitto punibile con l'ergastolo e delle quali potrebbero facilmente ricorrere gli estremi (si pensi all'uso del «mezzo venefico» o alla premeditazione); e anche le possibilità di mitigazione sanzionatoria sarebbero ridotte, data l'inveterata resistenza della giurisprudenza verso il riconoscimento, in questi casi, dell'*attenuante* dei motivi di particolare valore morale o sociale. Nell'escursione incontrollabile tra liceità del fatto ed ergastolo sarebbe frustrata anche una basilare esigenza di *prevedibilità della pena*.

9. Una possibile soluzione: estendere la disciplina di acquisizione del consenso di cui alla l. n. 219/2017

Per salvare l'ammissibilità del quesito – e almeno in parte l'effettività della disciplina di risulta – la strada obbligata sembra quella di individuare una procedura che consenta il controllo (i) *ex ante* e (ii) *in concreto* dell'autenticità del volere, rispettando così esigenze di certezza e garanzia.

La soluzione potrebbe essere, ancora una volta, estendere la “procedura medicalizzata” per l'acquisizione del consenso informato di cui alla l. n. 219/2017, che la stessa Corte costituzionale ha richiamato ai fini dell'accertamento delle condizioni di liceità dell'aiuto al suicidio.

Sarà un'operazione fattibile già *de iure condito* nel quadro normativo post abrogazione, senza necessità di interventi del legislatore o della Corte costituzionale? La questione sembra massimamente opinabile, ma ritengo che non manchino argomenti per sostenere la tesi positiva.

Sgombriamo subito il campo da un equivoco. La Corte costituzionale, con i propri poteri, può legittimamente spingersi là dove l'interprete non arriva; nonostante questo, la scelta di integrare nel dispositivo un rinvio alla l. 219 ha comunque sollevato critiche per un possibile sconfinamento nell'area riservata al legislatore (di cui inizialmente aveva detto di voler attendere l'intervento).

Non credo tuttavia che affermare l'applicabilità della procedura in questione ai casi di morte medicalmente assistita implichi necessariamente un'attività creativa: significa piuttosto valorizzare, tramite interpretazione sistematica, *l'intrinseca vocazione espansiva* della l. n. 219/2017, come legge in grado di disciplinare in generale le modalità di manifestazione del consenso – almeno – *in tutti i rapporti medico-paziente* o che involgono comunque trattamenti a contenuto medico-sanitario (in senso lato).

Si potrebbe obiettare che nell'assetto normativo prefigurato dal quesito referendario la liceità del fatto non è necessariamente collegata a un contesto sanitario, neanche per le modalità di realizzazione. Ma a questa osservazione – che pare la più insidiosa – può

replicarsi che l'autenticità del volere, rispetto a una scelta «estrema e irreparabile» come quella di morire, esige sempre un accertamento medico²¹.

D'altra parte, l'introduzione di un momento "medicalizzato" nella formazione e nella manifestazione della volontà varrebbe ad attenuare, se non a eliminare, *nei fatti*, il disagio avvertito trasversalmente (anche dai promotori, visto l'obiettivo dichiarato di un'abrogazione circoscritta alle ipotesi già eccettuate dall'art. 580) di fronte al rischio di abusi legati a un'espansione incontrollata dei casi di volontario sacrificio della vita²².

Dubbi semmai possono sorgere su *profili di merito*, perché, a ben vedere, la l. n. 219/2017 detta in punto di procedura una disciplina minimale, articolata in un numero limitato di passaggi.

Basta mettere a confronto i pochi commi che la compongono con i numerosi e dettagliati articoli della recente legge spagnola che regola l'eutanasia attiva in tutte le sue forme²³: ad esempio, non è prevista la necessità di reiterare il consenso in più occasioni a distanza di tempo l'una dall'altra, né la pluralità di colloqui, né la consultazione di medici terzi.

Ma queste, più che garanzie minime, potrebbero considerarsi opzioni regolatorie di secondo livello, che spetterà al Parlamento modulare nell'esercizio della sua discrezionalità politica.

Certo è che – tra tutti – *a ritenere inadeguata la procedura* di cui alla l. n. 219/2017 *difficilmente potrà essere la Corte costituzionale*, che già vi ha fatto ricorso per i casi di aiuto al suicidio, rilevando che le condizioni a cui la legge permette alla persona di porre termine alla propria vita non sono incompatibili con l'esigenza di proteggere i più vulnerabili²⁴.

È vero che nella sentenza sull'art. 580, forse consapevole di alcune lacune, la Corte in effetti ha integrato la procedura con un ulteriore passaggio – la richiesta di un parere al comitato etico territoriale. Anche questa eccezione non sembra definitiva: le perplessità sollevate in dottrina²⁵ circa la coerenza tra le competenze di tale organo e il compito assegnatogli possono far dubitare che si tratti di una tappa costituzionalmente necessaria in un'ottica di tutela del diritto alla vita.

²¹ Auspica, in materia di fine vita, una procedura di verifica dell'autodeterminazione che si basi «sull'assistenza, sul supporto, sulla relazione, che coinvolge anche il medico, ma non solo», a prescindere dall'esistenza di una patologia, R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 11/2021, 21-22.

²² Pur nell'ambito di una posizione favorevole all'ammissibilità del referendum, si vedano alcuni esempi estremi ipotizzati da M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, 2.

²³ Una possibile guida alla lettura in F. LAZZERI, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2021.

²⁴ Così può leggersi il penultimo capoverso del § 9 dell'ord. 207/2018.

²⁵ Cfr. C. CUPELLI, *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cassazione penale*, 4/2020, 1444.

10. Questioni aperte

Le considerazioni svolte lasciano impregiudicata la questione se l'estensione in via interpretativa delle regole *ex l. n. 219/2017*, oltre a salvare l'ammissibilità del referendum, sia altresì sufficiente per rendere la disciplina di risulta *autoapplicativa*.

L'interrogativo investe un ordine di problemi – solo in parte penalistici – diverso da quello in esame, per i quali risulterà decisiva la prova della prassi.

In questa sede ci si può limitare a segnalare che, finché continuerà a mancare un quadro legislativo compiuto, *la stessa causa di non punibilità elaborata dalla Corte costituzionale* è destinata, per prima, a incontrare difficoltà operative (come mostra tristemente il recente caso di Mario di Ancona²⁶).

²⁶ Sulla vicenda si veda la scheda informativa di N. ROSSI, *I giudici di Ancona sul fine vita nel caso "Mario"*, in *Questione giustizia*, 24 novembre 2021.



INFORMAZIONI SULLE CURATRICI E SUGLI AUTORI

CURATRICI

Marilisa D'Amico, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale. Prorettrice a Legalità, trasparenza e parità di diritti – Università degli Studi di Milano.

Benedetta Liberali, Professoressa associata di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

AUTORI

Stefano Bissaro, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

Marilisa D'Amico, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale. Prorettrice a Legalità, trasparenza e parità di diritti – Università degli Studi di Milano.

Francesco Lazzeri, Dottorando di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Milano. Borsista della Fondazione F.lli Confalonieri.

Benedetta Liberali, Professoressa associata di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

Gaetano Silvestri, Presidente emerito della Corte costituzionale. Professore emerito di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Messina.

Benedetta Vimercati, Ricercatrice di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

