

**LA VIA REFERENDARIA
AL FINE VITA**
*Ammissibilità e normativa di risulta
del quesito sull'art. 579 c.p.*

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



2022



Atti dei Nuovi Seminari “preventivi” ferraresi

LA VIA REFERENDARIA AL FINE VITA

Ammissibilità e normativa di risulta
del quesito sull'art. 579 c.p.

*Atti del Seminario
Ferrara, 26 novembre 2021*

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI

*FORUM DI QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA,
fasc. n. 1 del 2022*

INDICE

<i>Prefazione</i>	XI
<i>Documentazione</i>	XVII
<i>Traccia per la discussione</i>	XXIII

Relazioni introduttive

RIFLESSIONI COSTITUZIONALISTICHE CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. di ROBERTO ROMBOLI	1
---	---

RIFLESSIONI PENALISTICHE CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. di TULLIO PADOVANI.....	20
--	----

Discussione

IL REFERENDUM SULL'OMICIDIO DEL CONSENZIENTE FRA AMMISSIBILITÀ E MERITO di UGO ADAMO.....	30
---	----

ANALOGIE IMPOSSIBILI E POSSIBILI: PERCHÉ IL QUESITO SULL'ART. 579 C.P. È INAMMISSIBILE di ANNA ALBERTI.....	36
---	----

È INAMMISSIBILE IL QUESITO REFERENDARIO PER LA COSIDDETTA "EUTANASIA LEGALE" di ADELE ANZON DEMMIG	40
--	----

CHI SONO I "VULNERABILI" CHE L'ART. 579 C.P. DEVE PROTEGGERE? di PIER FRANCESCO BRESCIANI	45
---	----

IL QUESITO ABROGATIVO LETTO IN CONTROLUCE di GIUDITTA BRUNELLI.....	51
«IL CUORE E LA RAGIONE DISCUTEVANO. E IL DUBBIO SEDEVA TRA LORO» di ANGELA CARUSO.....	55
AL VAGLIO DI AMMISSIBILITÀ COSTITUZIONALE IL DIRITTO DI POTER DISPORRE DELLA PROPRIA VITA di FABIO CEMBRANI	63
IL REFERENDUM AMMISSIBILE CON RISULTATO DISARMONICO: LE RECIPROCHE IMPLICAZIONI TRA OMICIDIO DEL CONSENZIENTE, AIUTO AL SUICIDIO E DAT di Francesco Cirillo.....	71
AMMISSIBILE? ALCUNI DUBBI SUL REFERENDUM FINE-VITA di NICOLA COLAIANNI	77
EUTANASIA, SUICIDIO ASSISTITO, OMICIDIO DEL CONSENZIENTE: L'IMPORTANZA DELLA DISTINZIONE di GIUSEPPE CRICENTI.....	84
LA VIA REFERENDARIA AL FINE VITA: UN'INIZIATIVA AMBIGUA, INUTILE E DANNOSA di GIOVANNI D'ALESSANDRO	88
QUALCHE DUBBIO SULL'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'EUTANASIA LEGALE di ANTONIO D'ALOIA.....	91
IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P., TRA (PRESUNTI) OBBLIGHI DI PENALIZZAZIONE ED ESIGENZE DI PROTEZIONE DELLE PERSONE PIÙ FRAGILI di MARILISA D'AMICO e STEFANO BISSARO	97
BREVI OSSERVAZIONI CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL QUESITO PER LA PARZIALE ABROGAZIONE DELL'ART. 579 C.P. di ROBERTO D'ANDREA	108
SULL'INAMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM PROPOSTO SULL'ART. 579 C.P. di ALFREDO DE FRANCESCO.....	114
IL SENSO "AMMISSIBILE" DEL QUESITO REFERENDARIO SULL'AIUTO A MORIRE di MASSIMO DONINI	117

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. E LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLA VITA di GIANLUCA GENTILE	123
IL REFERENDUM "EUTANASIA LEGALE": LEGALIZZAZIONE DELL'EUTANASIA O SUPERAMENTO DEL DIVIETO DI UCCIDERE? di REBECCA GIRANI.....	129
"IL FINE OGGETTIVATO NELLA DOMANDA": L'UNICA VIA PERCORRIBILE di LUANA LEO	137
LE RAGIONI DELLA INAMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM ABROGATIVO SULL'ART. 579 C.P. di CARMELO DOMENICO LEOTTA	144
IL LIMITE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE (A PROPOSITO DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.) di FEDERICO LOSURDO	152
L'ART. 579 C.P.: UNA NORMA VOTATA ALL'INEFFETTIVITÀ? di MARIA BEATRICE MAGRO.....	159
UN REFERENDUM PROPOSITIVO PER RELATIVIZZARE IL VALORE FONDAMENTALE DELLA VITA UMANA di ANDREA MORRONE	165
RIFLESSIONI CIVILISTICHE SUL REFERENDUM PER L'EUTANASIA LEGALE di ALESSANDRA PISU.....	171
IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE IN MATERIA REFERENDARIA (PRESO SUL SERIO) di ANDREA PUGIOTTO	178
LA MORTE MEDICALMENTE ASSISTITA: IL PUNTO DI VISTA DEL MEDICO CLINICO di MARIO RICCIO.....	186
VERSO UN TESTAMENTO "TANATOLOGICO"? (BREVI CONSIDERAZIONI SULL'AMMISSIBILITÀ DEL QUESITO ABROGATIVO PARZIALE DELL'ART. 579 C.P.) di ANTONIO RIVIEZZO	189

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: INAMMISSIBILE E, ALLO STESSO TEMPO, DAGLI EFFETTI INCOSTITUZIONALI di ANTONIO RUGGERI	194
IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. TRA L'INTENTO E L'EFFETTO di LAURA SANCILIO	201
EMERSIONE DELL'EUTANASIA LEGALE VS RICONOSCIMENTO DELLA TOTALE DISPONIBILITÀ DEL BENE-VITA. PROFILI CRITICI CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. di ELEONORA SANTORO.....	208
IL REFERENDUM COME FONTE A LEGITTIMAZIONE POTENZIATA NELLO SPECCHIO DELLA RISERVA DI LEGGE PENALE di SARA BIANCA TAVERRITI.....	214
<i>EN ATTENDANT GODOT</i> , UNA CORAGGIOSA E IMPROCRASTINABILE INIZIATIVA REFERENDARIA di ANDREA TIGRINO	220
OBIETTIVO LEGITTIMO MA STRUMENTO (FORSE) SBAGLIATO: PROBLEMI DI AMMISSIBILITÀ PER IL QUESITO SULL'ART. 579 C.P.? di PAOLO VERONESI	225

PREFAZIONE

Con ordinanza 16 dicembre 2021, l'Ufficio Centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione ha dichiarato conforme alla legge il quesito per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., promosso dall'Associazione Luca Coscioni (insieme ad altre 27 associazioni e 31 movimenti politici).

La campagna di raccolta delle firme necessarie, ora certificate in numero adeguato, si è svolta all'insegna del motto "Referendum eutanasia legale. Liberi fino alla fine". La scheda referendaria che sarà consegnata ad ogni elettore riporterà la seguente denominazione: "Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)", non essendo stata accolta l'integrazione esplicativa proposta dal Comitato promotore mirante ad aggiungervi la locuzione "Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato".

Il tutto, ovviamente, a condizione che la Corte costituzionale giudichi ammissibile il quesito referendario. Non dovremo aspettare molto per saperlo: l'udienza per la relativa deliberazione è fissata il 15 febbraio, mentre la pubblicazione della sentenza dovrà avvenire entro il 10 marzo (secondo la scansione temporale introdotta, una tantum, dall'art. 3, decreto legge n. 132 del 2021, in deroga agli ordinari termini fissati agli artt. 33, commi 1 e 4, legge n. 352 del 1970).

Se lo vorranno, nel decisivo compito che li attende i giudici costituzionali potranno avvalersi anche degli esiti del Seminario "preventivo" ferrarese, svoltosi il 26 novembre scorso, sul tema La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p., di cui il presente volume riproduce gli atti.

Il referendum in esame agisce sull'art. 579 c.p. abrogandolo solo in parte. Il reato sopravvivrà a sanzionare l'omicidio del consenziente se il fatto è commesso contro un soggetto vulnerabile: perché minore, o perché le sue condizioni personali escludono l'autenticità del consenso prestato, o perché quel consenso è stato estorto o carpito con inganno.

Quanto alle modalità eutanasiche – secondo le intenzioni del Comitato promotore – l'espressione «con il consenso di lui» (che sopravvive nell'art. 579 c.p.) andrà reinterpretata all'interno dell'attuale quadro ordinamentale, coordinandola con quanto proceduralmente prescritto dalla legge n. 219 del 2017 in tema di consenso informato e testamento biologico.

Sul piano della politica del diritto – sempre nelle intenzioni del Comitato promotore – l'esito referendario mira a sostituire il principio di indisponibilità del diritto alla vita (cui si ispira il codice Rocco) con l'opposto principio di autodeterminazione in ordine alla scelta sul se, come e quando porre termine legalmente e dignitosamente alla propria vita.

Eppure, già la corrispondenza tra intento dei promotori e conseguenze ordinamentali effettive dell'esito abrogativo è oggetto di discussione, ritenendosi da parte di settori della dottrina che il quesito, nella sua oggettività, si spinga ben oltre i propositi del Comitato. Il che potrebbe non essere indifferente per le sorti dell'ammissibilità della richiesta referendaria: l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. soddisfa davvero il criterio che impone al quesito referendario di assicurare la libertà di scelta degli elettori, da valutarsi in riferimento all'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo?

Del resto, come è noto, a partire dalla sent. n. 16/1978 il giudizio di ammissibilità referendaria ha conosciuto una stratificazione di criteri di origine pretoria così spesso da rendere altamente problematica una previsione attendibile sui suoi esiti. Vale anche nella presente circostanza.

Il quesito in esame è frutto di un "taglia&cuci" tutto interno all'art. 579 c.p. Il confezionamento di una richiesta referendaria frutto del combinato disposto tra abrogazioni chirurgiche e saldatura delle sopravvissute locuzioni lessicali, «non è di per sé causa di inammissibilità del quesito» (sent. n. 26/2017). Lo è solo quando la normativa di risulta è frutto di una costruzione del tutto artificiosa. In simili ipotesi, infatti, il referendum, perdendo la propria natura abrogativa, tradirebbe la ragione ispiratrice dell'istituto, diventando «surrettiziamente propositivo» (ex plurimis, sentt. nn. 13/2012, 28/2011, 23 e 33/2000, 13/1999; nello stesso senso, sentt. nn. 43/2003, 34 e 38/2000): un'ipotesi non ammessa dalla Costituzione, perché il referendum non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento» (sent. n. 36/1997). Ebbene: la tecnica del ritaglio, adoperata per formulare l'attuale quesito, riesce a superare lo scrutinio della Corte costituzionale che distingue tra referendum parziali (ammissibili) e referendum manipolativi (inammissibili)?

Non è il solo interrogativo sul tappeto. Eventuali profili di irragionevolezza normativa di cui il quesito in esame sarebbe - in ipotesi - causa efficiente, potranno entrare in gioco già in sede di ammissibilità del referendum? Esiste, certamente, una consolidata giurisprudenza costituzionale che tiene ben distinte la competenza che l'art. 2, legge cost. n. 1 del 1953 assegna alla Consulta e la competenza che l'art. 134, primo alinea, Cost. le riconosce quale giudice sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi. Dunque, eventuali vizi materiali della normativa di risulta potranno essere sottoposti al sindacato di costituzionalità solo poi, in via incidentale. O invece - come si è sostenuto in dottrina - l'attesa di una quaestio legitimitatis avente ad oggetto le conseguenze normative dell'esito abrogativo rischierebbe di mettere nel frattempo a repentaglio il diritto fondamentale alla vita, proprio in ragione delle cadenze processuali necessarie per la rituale impugnazione incidentale?

Il che introduce un terzo motivo di discussione. La proposta abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. finisce per colpire una norma costituzionalmente necessaria perché posta a tutela del diritto alla vita? O, al contrario, ne preserva adeguatamente il nucleo essenziale in ragione dell'ambito di applicazione della

fattispecie che residua anche dopo l'eventuale abrogazione popolare? Anche dalla risposta a tale interrogativo dipenderà la sorte del quesito in esame. Stando alla giurisprudenza costituzionale, infatti, è vietata una abrogazione totale (cfr. sentt. nn. 49/2000, referendum sulle norme a tutela del lavoro a domicilio; 45/2005, referendum sulla legge in tema di procreazione medicalmente assistita) ovvero un'abrogazione parziale che intacchi il livello minimo di tutela del diritto costituzionalmente garantito dalla norma oggetto del quesito (cfr., ex plurimis, sentt. nn. 26/1981 e 35/1997, entrambe riguardanti referendum in tema di interruzione volontaria della gravidanza).

Omicidio del consenziente (oggetto del quesito) e aiuto al suicidio (oggetto della nota sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale, pronunciata nel c.d. "caso Cappato") sono reati distinti ma non distanti: in quale modo e in che misura, dunque, il chirurgico ritaglio normativo frutto del giudicato costituzionale potrà giocare un ruolo in sede di giudizio di ammissibilità del referendum in esame?

Proprio perché contigue, il Seminario ha inteso prestare attenzione sia alla situazione normativa post sent. n. 242/2019 (la quale registra evidenti problemi di applicazione, nonostante la sua natura di decisione di accoglimento vincolante erga omnes ed ex tunc), sia all'eventuale normativa di risulta del referendum.

L'iniziativa referendaria, infatti, reagisce all'inerzia legislativa davanti a ripetuti moniti a normare la materia delle scelte di fine vita (provenienti dal Capo dello Stato e dalla Corte costituzionale) e alla mancata discussione della relativa proposta di legge di iniziativa popolare depositata in Parlamento già nel 2013. Lo stesso testo base approvato dalle Commissioni Giustizia e Affari sociali il 6 luglio scorso, ora in discussione alla Camera dei deputati ("Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita"), non sembra spingersi oltre il perimetro già tracciato dalla sent. n. 242/2019, di cui anzi rende ancor più selettive le condizioni e i presupposti della richiesta di morte volontaria. Se approvata nell'attuale formulazione, dunque, non sarebbe idonea a inibire la consultazione referendaria, ex art. 39, legge n. 352 del 1970.

Sono altri, semmai, gli interrogativi che accompagnano la permanente dialettica tra esercizio della funzione legislativa e del diritto di voto referendario: tra i fattori da considerare nel giudizio di ammissibilità del quesito, potrà entrare in gioco anche la possibile inerzia del legislatore? Una volta ipotecata la consultazione popolare sull'art. 579 c.p., quali spazi residueranno per un intervento legislativo in extremis finalizzato ad evitare l'appuntamento referendario? Quali vincoli graveranno sul legislatore futuro, in caso di vittoria del Sì nelle urne?

Nel frattempo, il procedimento referendario ha già registrato rilevanti innovazioni normative rispetto al passato: allargamento della platea degli autenticatori, allungamento dei termini per il deposito delle firme, possibile

sottoscrizione digitale del quesito. Di tali agevolazioni ha beneficiato il Comitato promotore del quesito in tema di eutanasia legale, così come i promotori delle altre contestuali richieste referendarie promosse, con alterne fortune, in tema di giustizia (6 quesiti), cannabis legale (1 quesito), abolizione della caccia (1 quesito), abolizione del green pass (4 quesiti).

Come valutare simili innovazioni procedurali, le più importanti delle quali destinate a sopravvivere all'attuale tornata referendaria? Che impatto avranno, in futuro, sul ricorso all'abrogazione popolare? Come paventato nel (forse troppo precipitoso e non adeguatamente informato) dibattito dottrinale che ne è seguito, con la possibile sottoscrizione online del quesito abrogativo è stata davvero varcata la soglia che separa l'esercizio di un diritto di partecipazione politica da una sua trasfigurazione populista e plebiscitaria?

Riassumendo: il quesito referendario e la sua ratio dichiarata. L'intentio del Comitato promotore. La struttura del quesito. La garanzia di libertà di voto dell'elettore. La legittimità costituzionale della normativa di risulta. La natura costituzionalmente necessaria delle norme oggetto del quesito referendario. I problemi applicativi del suo esito normativo. Il vincolo per il legislatore derivante dall'appuntamento referendario, una volta dichiarato ammissibile il relativo quesito. Le novità legislative introdotte nel procedimento referendario. Squadernati nell'apposita traccia per la discussione e supportati dalla documentazione pertinente (messe entrambe a disposizione di tutti i partecipanti al Seminario), sono questi i problemi posti al centro dell'ultimo dei nostri oramai tradizionali appuntamenti ferraresi.

Introdotta da due relazioni generali, affidate alla sapienza giuridica unanimemente riconosciuta di Roberto Romboli (Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa) e di Tullio Padovani (Accademico dei Lincei, Emerito di Diritto penale nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa), la discussione che ne è seguita ha registrato un'elevata vocazione interdisciplinare: hanno preso parola costituzionalisti, penalisti, privatisti, filosofi del diritto, magistrati, avvocati, medici. Nella sua integralità, può essere fruita da tutte e da tutti grazie alla registrazione audio-video, presente sia nel sito istituzionale dei nostri Seminari preventivi (www.amicuscuriae.it) sia nel sempre più prezioso sito di Radio Radicale (www.radioradicale.it) che, anche quest'anno, ha rinnovato la collaborazione pluriennale con i seminari della filiera Amicus Curiae, giunti così alla loro XVIII edizione.

Pubblicato attraverso la Rassegna del Forum di Quaderni Costituzionali, il volume che avete in mano ospita i contributi scritti di molti degli intervenuti nella discussione, come anche di chi – pur non avendovi preso parte – ha inteso comunque offrire una propria riflessione in tema, sollecitato proprio da quanto ascoltato.

Come organizzatori dell'incontro non possiamo che dichiararci soddisfatti per la ricchezza dei punti di vista così raccolti. La lettura delle pagine che seguono restituisce la pluralità degli approcci e delle soluzioni argomentate, nel solco della

tradizione di questi nostri seminari “preventivi”, mai a tesi precostituite e sempre aperti al contributo di tutta la comunità degli interpreti, senza alcuna preclusione di sorta: accademica, disciplinare, generazionale.

Il solo rammarico deriva dalla forzata scelta, dettata da ragioni precauzionali, di svolgere i nostri lavori secondo una modalità mista: ospitando “in presenza” a Ferrara i nostri due illustri relatori, dialogando “da remoto” con tutti gli oltre trecento iscritti al Seminario. È già un passo avanti, rispetto allo scorso anno, quando fummo costretti alla scelta di un appuntamento seminariale integralmente online. La speranza è che il nuovo anno appena iniziato veda finalmente abdicare il virus incoronato, restituendoci così la possibilità di tornare a discutere, nell’Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara. Tutti insieme appassionatamente.

Last but not least, a Silvia Pellino, Ilaria Aquironi, Andrea Trevisani e Manuela Barattini un ringraziamento del tutto particolare per il supporto tecnologico garantito nelle diverse fasi di realizzazione del Seminario e dei suoi atti, tanto prezioso quanto complicato (almeno per noi vecchi arnesi del secolo scorso).

ANDREA PUGIOTTO

DOCUMENTAZIONE

[Tutti i documenti sono consultabili nel sito dei nuovi Seminari “preventivi” ferraresi, all’indirizzo www.amicuscuriae.it]

IL QUESITO REFERENDARIO

Testo del quesito, pubblicato in *G.U., Serie generale*, 21 aprile 2021, n. 95

Art. 579 codice penale: testo vigente e normativa di risulta

Ufficio centrale per il referendum, Corte di Cassazione
ordinanza depositata in data 16 dicembre 2021

SUL PROCEDIMENTO REFERENDARIO

Legge n. 352 del 1970, *Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*

Comitato diritti umani ONU, 21 gennaio 2020

Comitato diritti umani ONU, 24 marzo 2021

Art. 1, commi 241-244, legge n. 178 del 2020

Art. 16-bis, legge n. 120 del 2020 di conv. del decreto legge n. 76 del 2020

Art. 11, comma 1-bis, legge n. 87 del 2021 di conv. del decreto legge n. 52 del 2021

Art. 38-quater, legge n. 108 del 2021 di conv. del decreto legge n. 77 del 2021

Art. 3, decreto legge n. 132 del 2021

A.C., Proposta di legge Ceccanti e altri, XVIII Legislatura, 15 settembre 2021

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE REFERENDARIA DI RILIEVO

Quesiti abrogativi di norme penali

251/1975 (delitti contro l’integrità e la sanità della stirpe)

16/1978 (c.p.m.p, c.p.)

70/1978 (legge Reale)

22/1981 (legge Cossiga)
23/1981 (ergastolo)
26/1981 (aborto)
28/1981 (reati di opinione)
28/1993 (stupefacenti e sostanze psicotrope)
27/1997 (stupefacenti e sostanze psicotrope)
31/2000 (testo unico immigrazione)
45/2005 (procreazione medicalmente assistita)

Quesiti abrogativi parziali o manipolativi dichiarati ammissibili

25/1981 (giurisdizione militare)
26/1981 (aborto)
32/1993 (legge elettorale Senato)
33/1993 (legge elettorale Comuni)
3/1995 (disciplina del commercio)
4/1995 (disciplina orario dei negozi)
7/1995 (privatizzazione Rai)
8/1995 (concessioni televisive nazionali)
10/1995 (legge elettorale comunale e provinciale)
25/1997 (comitati regionali di controllo)
31/1997 (obiezione di coscienza alla leva)
13/1999 (legge elettorale Camera)
33/2000 (legge elettorale Camera)
34/2000 (legge elettorale CSM)
37/2000 (separazione carriere dei magistrati)
46/2000 (reintegrazione posto di lavoro)
41/2003 (licenziamenti individuali)
49/2005 (procreazione medicalmente assistita)
15/2008 (legge elettorale Camera)
16/2008 (legge elettorale Senato)
17/2008 (legge elettorale Camera – candidature)
26/2011 (determinazione tariffa servizio idrico integrato)
27/2011 (limitazione gestione pubblica del servizio idrico)
28/2011 (impianti di produzione energia nucleare)
17/2016 (trivelle in mare)
27/2017 (responsabilità solidale in materia di appalti)
28/2017 (voucher)

Quesiti abrogativi parziali o manipolativi dichiarati inammissibili

27/1981 (attività venatoria)
28/1987 (attività venatoria)
29/1987 (legge elettorale CSM)
47/1991 (legge elettorale Senato)
5/1995 (legge elettorale Camera)
6/1995 (cassa integrazione guadagni)
19/1997 (attività promozionali all'estero delle Regioni)

26/1997 (legge elettorale Camera)
27/1997 (stupefacenti e sostanze psicotrope)
34/1997 (responsabilità civile magistrati)
36/1997 (raccolta pubblicità radiotelevisiva)
39/1997 (servizio sanitario nazionale)
40/1997 (organizzazione didattica)
38/2000 (responsabilità civile magistrati)
40/2000 (termini processuali perentori)
43/2000 (obbligo di iscrizione al SSN per assicurazione obbligatoria malattie)
50/2000 (termini massimi di custodia cautelare)
43/2003 (rifiuti)
46/2003 (sicurezza alimentare)
25/2011 (servizio idrico integrato)
13/2012 (legge elettorale Camera e Senato)
5/2015 (organizzazione uffici giudiziari)
26/2017 (licenziamenti individuali illegittimi)
10/2020 (legge elettorale Camera e Senato)

LEGGI E CNB IN TEMA DI FINE VITA

Legge n. 38 del 2010, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*

Legge n. 219 del 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*

Presidenza del Consiglio, Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN TEMA DI FINE VITA

Ord. n. 334/2008 (caso Englaro)
Ord. n. 207/2018 (caso Cappato)
Sent. n. 242/2019 (caso Cappato)

GIURISPRUDENZA CORTE EDU IN TEMA DI FINE VITA

CEDU, sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*
CEDU, sez. I, 20 gennaio 2011, n. 31322/07, *Haas c. Svizzera*
CEDU, sez. V, 19 luglio 2012, n. 497/09, *Koch c. Germania*
CEDU, Grand Chambre, 14 maggio 2013, n. 67810/10, *Gross c. Svizzera*

IL SEGUITO DELLA SENTENZA COSTITUZIONALE N. 242/2019

Il piano giurisprudenziale

1^ Corte Assise di Milano, 23-30 dicembre 2019 (caso Cappato)

Corte Assise di Appello di Genova, 28 aprile-20 maggio 2021 (caso Trentini)

Il piano legislativo

Proposta di legge di iniziativa popolare, *Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia* (XVIII Legislatura, AC n. 2)

Proposta di testo base, *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita* (XVIII Legislatura, Camera dei Deputati, Commissioni II-Giustizia e XII-Affari sociali, approvato il 6 luglio 2021)

La vicenda giudiziaria di Davide Trentini

Perizia medico legale

Corte di Assise di Massa, 27 luglio 2020

Corte di Assise d'Appello di Genova, 28 aprile 2021

La vicenda giudiziaria di Mario

Diniego opposto dalla ASUR Marche, Azienda Sanitaria Unica Regionale, 1 ottobre 2020

Tribunale Ordinario di Ancona, 26 marzo 2021

Ordinanza Tribunale Ordinario di Ancona, 9 giugno 2021

Lettera aperta di Mario al Ministro della Salute, 11 agosto 2021

Risposta del Ministro della Salute, 12 agosto 2021

Lettera di diffida, 27 agosto 2021 Comitato Etico Regione Marche, 9 novembre 2021 (*abstract*)

ELEMENTI DI DIRITTO COMPARATO EUROPEO

Germania

Corte costituzionale tedesca in tema di aiuto al suicidio (in originale)

Il dettagliato comunicato stampa della sentenza tedesca (in inglese)

Sintesi, testo originale e traduzione della sentenza tedesca

Olanda

Legge olandese sull'eutanasia (anche minorile) (2001)

Testo della legge in inglese

Sintesi in inglese

Corte costituzionale olandese sulle condizioni per l'eutanasia

Lussemburgo

Legge Lussemburgo (2009)

Spagna

Legge spagnola sull'eutanasia (2021)

Portogallo

Controllo preventivo di costituzionalità promosso dal Presidente della Repubblica portoghese sul decreto del Parlamento che disciplina l'aiuto medico a morire

La pronuncia della Corte costituzionale portoghese (2021)

Decreto b. 109/XIV: (ex) legge portoghese sull'eutanasia e aiuto al suicidio

Belgio

Legge sull'eutanasia del Belgio (2002)

Legge del Belgio sull'eutanasia minorile (2014)

Austria

Austria: incostituzionale il divieto assoluto di aiuto al suicidio

Gran Bretagna

Gran Bretagna – caso Purdy (2009)

Gran Bretagna – Caso Nicklison (2012)

Gran Bretagna – caso Ross (2016)

Gran Bretagna - Caso Conway (2017)

Gran Bretagna – Caso Ninian (2019)

Francia

Francia – caso Lambert

Legge francese sulla sedazione profonda e continua

TRACCIA PER LA DISCUSSIONE
[In **neretto** sono indicati i documenti scaricabili
dal sito www.amicuscuriae.it]

Il quesito referendario e la sua ratio dichiarata

1.1. L'Associazione Luca Coscioni, insieme a 27 associazioni e 31 movimenti politici, ha promosso la campagna referendaria "Eutanasia legale-Liberi fino alla fine" (www.referendum.eutanasialegale.it).

Il referendum agisce sull'art. 579 c.p. abrogandolo solo in parte [cfr. **Testo del quesito pubblicato in G.U., Serie generale, 21 aprile 2021, n. 95**]. Il reato di omicidio del consenziente sopravvivrà comunque a sanzionarne l'autore, se il fatto è commesso ai danni di un soggetto *vulnerabile* perché minore o perché le sue condizioni personali escludono l'autenticità del consenso prestato o perché quel consenso è stato estorto o carpito con l'inganno [cfr. **Art. 579 c.p.: testo vigente e normativa di risulta**].

1.2. Quanto alle modalità eutanasiche consentite in esito al referendum – secondo il Comitato promotore – l'espressione «col consenso di lui» (che sopravvive nell'art. 579 c.p.) andrà reinterpretata all'interno dell'attuale quadro ordinamentale, coordinandola con quanto proceduralmente prescritto dalla **legge n. 219 del 2017** in tema di consenso informato e testamento biologico e con quanto già stabilito nella sent. n. 242/2019 in materia di aiuto al suicidio (c.d. "caso Cappato").

1.3. Sul piano della politica del diritto – nelle intenzioni del Comitato promotore – l'esito referendario mira a sostituire il principio d'indisponibilità del diritto alla vita (cui si ispira il codice Rocco) con l'opposto principio di autodeterminazione in ordine alla scelta sul se, come e quando porre termine legalmente alla propria vita.

Sull'intentio del Comitato promotore

2.1. Con l'abrogazione proposta i promotori intendono davvero affermare la totale disponibilità del bene-vita, consentendosi a chiunque, in qualsiasi condizione personale si trovi, di autodeterminarsi ad autorizzare la propria morte (con la sola esclusione delle fattispecie che continuerebbero a essere punite dall'art. 579 c.p. referendato)?

Oppure, l'*intentio* dei promotori va ritenuta decisamente più circoscritta, volendo essi semplicemente applicare a quanto residuerà dell'art. 579 c.p. le medesime limitazioni già affermate nella sent. n. 242/2019 (escludendo, cioè, la punibilità solo nei casi in cui chi consente alla propria morte sia 1) affetto da una patologia irreversibile, 2) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche per lui

assolutamente intollerabili, 3) tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale ma 4) capace di prendere decisioni libere e consapevoli)?

Detto altrimenti, in quale misura le innovazioni del sotto-settore normativo introdotte dalla Corte costituzionale influiscono sulla normativa di risulta (vedi anche, *infra*, §7.1)?

2.2. In ogni caso, da quale fonte di prova andrebbe desunta l'*intentio* del Comitato promotore?

Il profilo non è privo di rilievo posto che, in alcune sue pronunce, la Corte costituzionale ha dato risalto, in sede di ammissibilità, proprio alle «intenzioni enunciate dai promotori» (sent. n. 39/1997), ovvero al fatto che il quesito fosse (o meno) univocamente diretto al fine propugnato dai promotori (sent. n. 1/1995). Così come, in altri casi, ha valorizzato la contraddizione esistente nelle diverse memorie presentate dai promotori in merito all'esito della richiesta abrogazione (sent. n. 40/1997).

O, invece, la Corte dovrà attenersi a quanto affermato in altre sue decisioni referendarie, ossia che «ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti», a prescindere dalle intenzioni del Comitato promotore (sent. n. 45/2005)?

Sulla struttura del quesito

3.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale distingue tra referendum abrogativi parziali (ammissibili) e referendum manipolativi (inammissibili).

A far data dal *leading case* della sent. n. 36/1997, la Consulta ha dedicato molta attenzione a definire i tratti della c.d. "tecnica del ritaglio", affermando costantemente che un'abrogazione selettiva della disciplina posta dal legislatore non può perseguire l'effetto di sostituirla con altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo (cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 13/1999 e 33/2000). Il quesito, dunque, non deve produrre una norma del tutto nuova, mediante l'abile saldatura di frammenti lessicali eterogenei, trasformando impropriamente l'istituto da abrogativo in propositivo (sentt. nn. 36/1997 e 26/2017). Può invece perseguire «la riespansione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum» (sent. n. 26/2017, ma anche sentt. nn. 32/1993, 13/1999, 33 e 34/2000, 15 e 16/2008).

3.2. Il quesito referendario in esame in quale delle due alternative si colloca? Il «fine oggettivato nella domanda» (sent. n. 36/1997) consiste cioè in «una proposta referendaria puramente ablativa», che abolirebbe legittimamente un divieto per consentire, di conseguenza, di poter tenere una condotta fino a oggi vietata (sent. n. 49/2005)? Oppure persegue la produzione di una fattispecie inedita ed estranea al contesto normativo attuale?

Sulla libertà di voto dell'elettore

4.1. Il quesito in esame, valutato nella sua oggettività, pone davvero un'alternativa netta all'elettore, messo dunque «in grado di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto» (sent. n. 28/2017)? Oppure il quesito, per come è formulato, non fornisce ai votanti un quadro omogeneo e univoco dei propri effetti?

4.2. A tutta prima, in ragione dell'esito normativo dell'abrogazione popolare, non sembrerebbero prodursi offese alla libertà di coscienza e di voto dell'elettore, al quale viene sottoposta un'alternativa netta sulla quale esprimersi: conservare l'attuale portata dell'art. 579 c.p. o circoscriverne l'area di applicazione. Non si tratterebbe dunque di un quesito che investe «con una sola domanda più contenuti eterogenei», generando possibili equivoci in chi è chiamato a esprimersi (cfr., *ex plurimis*, sent. n. 42/1997, ma già sentt. nn. 16/1978, 28/1981, 6/1995 e, successivamente, 26/2017). Né la mancata chiarezza sembrerebbe derivare da una «insufficiente individuazione della norma da abrogare» (sent. n. 23/1997).

4.3. Leggendo altrimenti il quesito, si può invece sostenere che esso coarta - di fatto - la scelta degli elettori o di parte di essi (cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 16/1978, 29/1981, 6/1995 e 12/2014)? Chi vota, infatti, potrebbe essere senz'altro favorevole a un'estensione “controllata” delle ipotesi che verrebbero scriminate – sostanzialmente aderendo a quanto stabilito dalla Consulta nella sent. n. 242/2019 – ma non condividere la più ampia depenalizzazione derivante dalla proposta abrogazione dell'art. 579 c.p.

In ultima analisi, ciò non potrebbe rendere ambigua e priva di una «matrice razionalmente unitaria» la domanda sottoposta all'elettore?

Sulla legittimità costituzionale della normativa di risulta

5.1. La Corte costituzionale, fin dalla sua prima sentenza referendaria (n. 10/1972), ha negato la trasformazione del suo controllo sull'ammissibilità del quesito in un sindacato anticipato di costituzionalità sull'esito normativo del voto popolare: il primo, infatti, «si atteggia 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 aventi forza di legge» (sent. n. 251/1975; in egual senso cfr., ad esempio, sentt. nn. 16/1978; 24 e 26/1981; 26/1987; 63/1990; 31/1997, 25/2004; 45, 46, 47, 48/2005; 15 e 16/2008; 27/2017).

Analogamente, nel caso ora in esame, la Corte dovrà astenersi dall'esaminare, *ex ante* e in astratto, la conformità a Costituzione della normativa che residuerebbe dopo l'eventuale abrogazione popolare?

5.2. Non sono però mancati casi – segnalati (anche criticamente) in dottrina – in cui la Corte costituzionale ha invece anticipato un sindacato di ragionevolezza

della normativa di risulta già in sede di ammissibilità del relativo quesito. Da qui il possibile rilievo di eventuali dubbi di costituzionalità che sembrerebbero accompagnare l'esito normativo della proposta abrogazione dell'art. 579 c.p.

Come già evidenziato (v., *supra*, § 2.1), la sent. n. 242/2019 ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui puniva l'aiuto al suicidio solo e soltanto se praticato da una persona 1) affetta da una patologia irreversibile, 2) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trovi assolutamente intollerabili, 3) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, 4) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Se fosse vero che l'abrogazione referendaria scriminerebbe anche ipotesi di omicidio nei confronti di un consenziente nient'affatto malato (vedi ancora, *supra*, §2.1.), ciò non produrrebbe un'irragionevolezza tra le discipline dell'art. 580 c.p. (come plasmato dalla Corte) e dell'art. 579 c.p. (uscente dal referendum)? Non sarebbe un irragionevole paradosso quello per cui verrebbe punita meno severamente la condotta penalmente più grave (ossia l'omicidio)?

5.3. L'art. 579 c.p. referendato non punirebbe più "chiunque" provochi l'omicidio di un soggetto consenziente (fatti salvi i casi non coinvolti dalla richiesta abrogazione). Qualora non si potesse estendere in via interpretativa al nuovo art. 579 c.p. quanto già stabilito per l'art. 580 c.p. nella sent. n. 242/2019, davvero potrebbe procedere all'omicidio del consenziente qualunque soggetto disponibile allo scopo? Nella sentenza sul "caso Cappato" la Corte non ha tuttavia legittimato l'aiuto al suicidio praticato da personale non specializzato né eseguito in un qualsiasi luogo.

Non sarebbe anche questo un profilo di irragionevolezza della normativa di risulta, apprezzabile dalla Corte costituzionale già in sede di ammissibilità del relativo quesito?

5.4. Ammessa pure la dubbia costituzionalità di tali profili della normativa di risulta, non si dovrebbe comunque ritenere che i problemi insorgenti dall'esito dell'abrogazione popolare abbiano natura solo interpretativa, e debbano pertanto essere risolti dai giudici comuni in via ermeneutica o, in subordine, attraverso la promozione incidentale di una *quaestio legitimitatis*?

Parallelamente, non dovrebbe essere compito delle Camere – che conservano la propria potestà legislativa lungo tutto il procedimento referendario ed anche dopo l'accoglimento della proposta abrogazione (cfr. sentt. nn. 68/1978, 33/1993) – rivedere organicamente la normativa di risulta eliminandone disarmonie o incongruità discendenti dalla inevitabile parzialità dell'intervento abrogativo popolare, senza che esse pregiudichino l'ammissibilità del quesito (cfr. sent. n. 37/2000)?

Sulla natura costituzionalmente necessaria delle norme oggetto del referendum

6.1. Le disposizioni che residuerebbero dall'abrogazione fanno venir meno la

tutela minima di un diritto fondamentale – il diritto alla vita – che invece esige protezione secondo la Costituzione?

La Consulta ha sempre sostenuto di poter esaminare un quesito abrogativo anche su questo fronte, quale corollario del divieto di svolgere referendum su norme costituzionalmente necessarie o, *a fortiori*, se a contenuto costituzionalmente vincolato (cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 16/1978, 26/1981, 35/1997, 45/2005).

6.2. Nel caso in esame, l'abrogazione popolare non andrebbe a intaccare proprio quel nucleo duro, come sembra suggerito proprio dalla doppia pronuncia della Corte costituzionale nel "caso Cappato"?

Infatti, per un verso, l'ord. n. 207/2018 ha escluso l'apertura a qualsiasi ipotesi di suicidio assistito fondato su un «generico diritto di autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita». Per altro verso, la sent. n. 242/2019, ha ritagliato una scriminante perimetrandola in modo ben più restrittivo rispetto alla pronuncia della **Corte costituzionale tedesca del 26 febbraio 2020** (che, sempre in materia di aiuto al suicidio, valorizza l'autodeterminazione individuale dell'aspirante suicida, a prescindere da ogni motivazione, giustificazione o patologia).

Sui problemi applicativi della normativa di risulta

7.1. L'eventuale normativa di risulta andrà intesa nel senso di rendere costituzionalmente obbligata un'interpretazione dell'omicidio del consenziente ricalcata su quanto la Consulta ha già precisato scriminando talune ipotesi di aiuto al suicidio? Oppure, le due vicende (illegittimità dell'art. 580 c.p. e abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.) non sono sovrapponibili, perché ciò che si genera mediante una sentenza manipolativa relativamente a una disposizione non può essere automaticamente esteso a una diversa disposizione fatta oggetto di referendum?

Davvero solo un successivo intervento normativo (legislativo o mediante giudicato costituzionale) potrà immettere nella fattispecie dell'art. 579 c.p. le cautele già espresse dalla Consulta con riguardo all'art. 580 c.p.? Oppure questa operazione interpretativa è da ritenersi necessaria perché costituzionalmente orientata?

7.2. Più in generale, un simile approccio esegetico è praticabile anche nella definizione di una fattispecie penale (qual è l'art. 579 c.p.)? O, invece, è da considerarsi precluso a priori dai principi di stretta legalità penale, di tassatività e determinatezza, di divieto d'interpretazione analogica in materia penale?

7.3. In attesa di una novella legislativa o di un nuovo giudicato costituzionale, davvero una persona sana di mente, di maggiore età, capace di esprimere un libero consenso, potrà validamente autorizzare la propria morte, senza conseguenze penali per chi l'abbia determinata? O, invece, una condotta simile comunque incorrerà in qualche sanzione penale?

7.4. La normativa residua determinerà, quanto alla misura della pena, un irragionevole squilibrio tra il reato di cui all'art. 579 c.p. referendato (più grave, ma meno sanzionato) e il reato di cui all'art. 580 c.p. manipolato dalla Corte costituzionale (meno grave, ma più sanzionato)?

*Sul vincolo per il legislatore
derivante dall'ipoteca referendaria sull'art. 579 c.p.*

8.1. Quali margini di movimento residuano o residueranno al legislatore prima e dopo l'eventuale decisione di ammissibilità del referendum? Quale novella legislativa (e con quali contenuti) sarebbe in grado di bloccare lo svolgimento della consultazione popolare?

Il testo legislativo attualmente in discussione alla Camera [cfr. **Proposta di testo base, "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita", XVIII Legislatura, Camera dei Deputati, Commissioni II (Giustizia) e XII (Affari sociali), approvato il 6 luglio 2021**], se approvato, sarebbe idoneo a tale scopo?

8.2. Dopo la consultazione referendaria e l'eventuale abrogazione popolare, sarà necessario che il legislatore precisi meglio a quali condizioni l'omicidio del consenziente non è più punibile, delineando altresì la procedura da seguire per accertarne il consenso richiesto dall'art. 579 c.p.?

Potrà limitare l'ambito d'applicazione della scriminante replicando quanto stabilito nella sent. n. 242/2019? O dovrà addirittura farlo per evitare che il nuovo art. 579 c.p. venga – alla prima occasione – impugnato incidentalmente davanti al Giudice delle leggi?

O, invece, simili interventi devono ritenersi non necessari, posto che la norma penale residua in materia di omicidio del consenziente dovrà essere doverosamente letta alla luce di quanto stabilito nella sent. n. 242/2019 sull'aiuto al suicidio?

Sulle novità legislative introdotte nel procedimento referendario

9.1. L'iniziativa referendaria in tema di eutanasia (come pure quelle contestuali in tema di "giustizia giusta", cannabis legale, abolizione della caccia, abolizione del *green pass*) ha potuto beneficiare di alcune rilevanti novità introdotte nel procedimento referendario: allargamento della platea degli autenticatori, proroga dei termini di legge per il deposito delle firme, possibilità di raccolta delle sottoscrizioni anche *on line*.

9.2. Ampliamento della platea degli autenticatori e firma digitale sono innovazioni procedurali introdotte a seguito della condanna subita dall'Italia in sede di Comitato Diritti Umani delle Nazioni Unite, a causa delle «restrizioni irragionevoli» (§9.3) che la **legge n. 352 del 1970** impone alla partecipazione al

procedimento referendario. Secondo il Comitato, infatti, il processo di autenticazione delle firme attraverso agenti statali che «non hanno il dovere di essere disponibili ad assistere nella raccolta delle firme» e che «possono richiedere un compenso» per tale attività (§9.5), si traduce in una «restrizione irragionevole» (§9.5) del diritto alla partecipazione alla gestione degli affari pubblici. In ragione di ciò il Comitato Diritti Umani ha accertato la violazione dell'art. 25(a), in combinato disposto con l'art. 2(3), del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (§9.6). Ne discende per lo Stato italiano «l'obbligo di fornire ai ricorrenti un rimedio effettivo» adottando «tutte le misure necessarie per evitare che simili violazioni si verifichino in futuro» (§11): in particolare, lo Stato «dovrebbe prevedere percorsi per i promotori di iniziative referendarie per far autenticare le firme, per raccogliere le firme in spazi dove i cittadini possano essere raggiunti, e per garantire che la popolazione sia sufficientemente informata su tali processi e sulla possibilità di parteciparvi» (§11) [cfr. **Comitato Diritti Umani ONU, 21 gennaio 2020**]

9.3. Quanto alla platea degli autenticatori, ora è inclusiva anche degli avvocati iscritti all'albo che abbiano comunicato la loro disponibilità all'ordine di appartenenza, dei consiglieri regionali, dei membri del Parlamento [cfr. **art. 16-bis, legge n. 120 del 2020, di conv. con modificazioni del decreto legge n. 76 del 2020**].

9.4. Quanto alla c.d. firma digitale, si tratta di uno strumento già previsto in una norma del bilancio di previsione dello Stato approvata nel 2020 [cfr. **art. 1, commi 341-344, legge n. 178 del 2020**], che obbliga il Governo a realizzare – a decorrere dal 1° gennaio 2022 – una piattaforma elettronica pubblica per la raccolta *online* delle sottoscrizioni per referendum e proposte di iniziativa legislativa popolare, «al fine di contribuire a rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale delle persone con disabilità e di garantire loro il diritto alla partecipazione politica».

L'utilizzo della sottoscrizione digitale è stato transitoriamente anticipato a decorrere dal 1° luglio 2021 e fino alla data di operatività della piattaforma pubblica, consentendone il ricorso – a proprie spese – da parte dei promotori della raccolta delle firme referendarie. Ciò grazie all'approvazione di un emendamento in sede di conversione del decreto legge n. 77 del 2021 [cfr. **art. 38-quater, legge n. 108 del 2021**] presentato dall'on. Riccardo Magi, votato all'unanimità nonostante il parere contrario espresso dal Ministero della Giustizia (favorevole alla firma digitale se circoscritta alle persone con disabilità).

Il Comitato promotore del quesito in tema di eutanasia, a conclusione della campagna referendaria ha depositato in Cassazione 1.231.765 firme; di queste, 387.921 sono state raccolte digitalmente.

9.5. La proroga dei termini di legge per il deposito delle sottoscrizioni e dei relativi certificati elettorali, postergati al 31 ottobre 2021, è stata decisa in ragione delle difficoltà operative nella raccolta firme derivanti dalla pandemia in corso [cfr. **art. 11, comma 1-bis, legge n. 87 del 2021 di conv. del decreto legge n. 52 del 2021; art. 39-bis, legge n. 108 del 2021, di conv., con modificazioni, del decreto**

legge n. 77 del 2021] e «per la concomitanza con le elezioni amministrative e il conseguente rischio che i promotori non potessero depositare le richieste di referendum entro la data del 30 settembre 2021 a causa del ritardo degli apparati amministrativi di numerosi Comuni nel rilascio dei prescritti certificati elettorali» [cfr. **art. 3, decreto legge n. 132 del 2021**].

9.6. Anche i termini per il completamento delle operazioni di controllo dell'Ufficio centrale e del giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale sono stati differiti di un mese [cfr. **art. 3, decreto legge n. 132 del 2021**]. La fissazione da parte della Corte costituzionale della data di deliberazione in camera di consiglio dell'ammissibilità della richiesta di referendum slitta così dal 20 gennaio (art. 33, comma 1, **legge n. 352 del 1970**) al 20 febbraio 2022, mentre la pubblicazione della relativa sentenza slitta dal 10 febbraio (art. 33, comma 4, **legge n. 352 del 1970**) al 10 marzo 2022.

9.7. Quanto simili innovazioni procedurali incidono sulla dinamica e finanche sulla natura dello strumento referendario, rispetto alla sua originaria disciplina costituzionale e legislativa?

Con particolare riferimento all'introduzione della c.d. firma digitale, si può parlare di una revisione costituzionale a Costituzione invariata?

RIFLESSIONI COSTITUZIONALISTICHE CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. RELAZIONE INTRODUTTIVA

di ROBERTO ROMBOLI*

SOMMARIO: 1. Il riferimento alla legge 219/2017 ed alle decisioni 207/2018 e 242/2019 della Corte costituzionale. I casi Welby, Englaro e Cappato: gli elementi comuni ed il differente fondamento costituzionale dei diritti fatti valere. - 2. Lo “iato” tra la formulazione del quesito e le finalità indicate dal comitato promotore; la correttezza del riferimento alla eutanasia ed al contesto eutanasiaco. - 3. Il quesito referendario e la necessaria “chiarezza”; - 4. *Segue*: il rilievo della normativa di risulta. Le supposte disarmonie derivanti dall’esito positivo del referendum e gli strumenti per superarle o per prevenirle. - 5. *Segue*: il carattere manipolativo del quesito e la natura abrogativa del referendum. Il rapporto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa di fronte alla latitanza del legislatore ed alla innovazione della firma digitale. - 6. *Segue*: le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e le leggi costituzionalmente necessarie. La tutela del contenuto minimo di un diritto previsto e garantito dalla Costituzione e gli obiettivi non perseguibili per via referendaria.

1. Leggendo i commenti e le prese di posizione in ordine alla richiesta di referendum abrogativo promossa dalla Associazione Coscioni ed avente ad oggetto la parziale abrogazione della disposizione del codice penale che sanziona l’omicidio del consenziente, pare ricavarci l’impressione che quanti sono favorevoli ad una legalizzazione dell’eutanasia si esprimano per l’ammissibilità del quesito, mentre coloro che sostengono il valore sacrale della vita sono invece contrari alla ammissibilità.

Mi pare fin troppo evidente come, al contrario, si possa essere a favore di una disciplina che riconosca, entro certi limiti e con alcune garanzie, la libertà di scelta sul fine vita, ma essere al contempo convinti della inammissibilità della richiesta di referendum oppure viceversa¹.

Il riconoscimento e la tutela dei diritti è finalità certamente da perseguire con tutti gli strumenti a disposizione, ma sempre “nelle forme e nei limiti della Costituzione”, non bastando tale finalità e neppure il raggiungimento di importanti risultati a legittimare comunque gli interventi della magistratura, della Corte costituzionale e finanche del popolo sovrano.

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa.*

¹ Nel suo pregevole recente intervento Massimo Donini rileva come “le sottigliezze dei giuristi non si rivelino sopraffatrici del buon senso e della giustizia sostanziale. È una battaglia per i diritti civili non rinviabile (...). Valga questa consapevolezza a essere un monito per la Consulta: il referendum è oggi ammissibile (...) anche se la disciplina che ne risulta non è compiutamente autoapplicativa” (ID., *Eutanasia, ecco perché la Consulta non può bocciare il referendum*, in *il Riformista*, 13 novembre 2021, 8).

Il quesito sul quale sono state raccolte le firme propone la abrogazione di parte dell'attuale art. 579 c.p. con il risultato di rendere l'omicidio del consenziente punibile solamente in un numero limitato di casi e nei riguardi di persone "fragili".

Nella presentazione del quesito e nelle discussioni che ne sono seguite, frequente è, a vario titolo, il riferimento alla legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento ed alle due decisioni della Corte costituzionale sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. in tema di aiuto al suicidio.

La suddetta legge segna in larga misura il punto di arrivo in ordine alla possibilità di rifiutare trattamenti sanitari, anche se vitali, sollevati dai casi Welby ed Englaro, mentre le pronunce del Giudice costituzionale sono in gran parte ritagliate sulla vicenda del caso Antoniani-Cappato.

Ai fini di questa introduzione al dibattito sulla richiesta referendaria, ritengo possa essere di una qualche utilità ripercorrere, seppure in maniera assolutamente essenziale, gli aspetti più rilevanti delle tre note vicende, allo scopo in particolare di riflettere circa il fondamento costituzionale dei diritti fatti valere e sulle conseguenze che ne derivano anche sul quesito oggetto di questo seminario.

Nel caso di Giorgio Welby si trattava di persona, dipendente dai trattamenti sanitari, il quale coscientemente aveva chiesto di interrompere gli stessi, nella assoluta consapevolezza che ciò avrebbe determinato la sua morte.

Chiaro ed indiscutibile il fondamento costituzionale (art. 32.2 "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"). La Costituzione esprime il principio secondo cui, nell'ambito dei trattamenti sanitari, è di fondamentale rilievo il principio del consenso a tutela della persona e della sua dignità². Questo non può che significare la sua applicazione, sia al momento iniziale del trattamento, come a quello successivo, nel senso di poter chiedere la sospensione dello stesso, dopo averlo inizialmente autorizzato.

Nonostante ciò la mancanza di una legge che disciplinasse il diritto stabilito dalla Costituzione (una legge sul c.d. accanimento terapeutico) fu adotta a motivazione, da parte di un primo giudice, del diniego di autorizzazione al distacco dalla macchina che teneva in vita Welby, negando quindi l'efficacia diretta di un diritto costituzionale e riconoscendo quindi implicitamente al parlamento la possibilità di bloccarne l'applicazione con la semplice inerzia³.

Di differente avviso fu il giudice penale chiamato a giudicare per omicidio del consenziente il medico che ciononostante aveva proceduto al distacco, in base alla motivazione secondo cui, una volta riconosciuto un diritto costituzionale, non è possibile lasciare senza protezione lo stesso solo in ragione della mancanza di una legge di attuazione. Al proposito fu sottolineato come sarebbe stato paradossale se,

² Si veda, volendo, R. ROMBOLI, *Principi costituzionali e Covid 19*, in *lacittadinanzaeuropea online*, rivista di studi e documentazione sulla integrazione europea, 2021, n. 0, spec. 144 ss.

³ Trib. Roma 16 dicembre 2006, *Foro it.*, 2007, I, 571, che dichiarò inammissibile la richiesta di provvedimento d'urgenza, volta a conseguire la cessazione del suo sostentamento mediante ventilazione artificiale, nonché la contestuale sottoposizione ad una terapia di sedazione terminale, atteso che - pur se è configurabile il diritto del paziente alla consapevole ed informata autodeterminazione nella scelta delle terapie cui sottoporsi - tale diritto non è in concreto tutelabile, a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative, in particolare con riferimento all'esatta individuazione del c.d. divieto di accanimento terapeutico.

in presenza di un diritto riconosciuto espressamente dalla Costituzione, venisse considerato come delitto il comportamento del medico che si limita a realizzare concretamente quel diritto⁴.

Nella vicenda relativa a Eluana Englaro il fondamento costituzionale era evidentemente lo stesso ed in quella occasione emersero due aspetti particolari: quello del consenso di chi si trovasse in stato di incoscienza e quello relativo alla possibilità di includere nei trattamenti sanitari di cui all'art. 32.2 Cost. anche quelli vitali.

La perdurante assenza del legislatore in materia di accanimento terapeutico, indusse la Corte di cassazione a fissare, per il caso specifico, le condizioni relative allo stato di salute della paziente ed alla possibilità di ricostruire il consenso sulla base di prove chiare, derivate dalle sue dichiarazioni, dal suo stile di vita e dalla concezione, prima di cadere in stato di incoscienza, della stessa idea di dignità della persona.

La medesima pronuncia ritenne che la alimentazione e la idratazione artificiali debbono essere considerati "trattamenti sanitari", mentre il decreto legge approvato dal governo Berlusconi, che incontrò il rifiuto di emanazione da parte del presidente Napolitano, stabiliva che "in attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi"⁵.

La reazione delle Camere all'intervento ritenuto eccessivamente creativo da parte della cassazione si espresse in un conflitto tra poteri dello Stato, dichiarato inammissibile nella fase preliminare senza contraddittorio da parte della Corte, la quale ebbe a sottolineare come in realtà il giudice aveva solo pronunciato una sentenza (e non certo approvato un atto normativo) e che nessuna violazione si era quindi realizzata nei confronti del parlamento, il quale "può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti"⁶.

Le due esperienze sopra sinteticamente riassunte hanno ispirato l'intervento del legislatore del 2017, dove infatti si fa riferimento ai trattamenti sanitari per specificare le modalità di espressione del consenso informato che può essere contenuto nelle disposizioni anticipate e che tra i primi sono da considerare anche la nutrizione e idratazione artificiali. Nella legge trova poi regolamentazione il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita.

Nelle due esperienze quindi il chiaro fondamento costituzionale era da rinvenirsi nell'art. 32.2, mentre sotto il profilo della responsabilità penale era venuto in considerazione la fattispecie dell'omicidio del consenziente.

Diversa la situazione con riguardo al terzo, più recente, caso Cappato, dove l'ipotesi in considerazione era quella dell'aiuto al suicidio per cui, nonostante i

⁴ Gup presso Trib. Roma 23 luglio 2007, in *www.Biodiritto.org*

⁵ Per una ricostruzione della vicenda v., tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, *www.astrid-online.it*

⁶ Corte cost., ord. 8 ottobre 2008, n. 334.

molti elementi che fanno avvicinare questo caso ai due precedentemente ricordati, il fondamento costituzionale non può essere visto nell'art. 32.2, dal momento che a venire in considerazione non era il rifiuto di un trattamento sanitario, ma l'aiuto prestato per giungere alla autonoma assunzione di un farmaco che conduce alla morte.

Il fondamento costituzionale appare decisivo allo scopo di qualificare, in determinate condizioni, il suicidio come un illecito, seppur non punito⁷, come una mera libertà di fatto⁸ - che legittima la richiesta rivolta a terzi di non impedire la realizzazione della stessa, ma non la prestazione di aiuto - oppure un vero diritto che legittima quindi la richiesta di intervento di un terzo e che potrebbe condurre a vedere, come ha rilevato il Tribunale costituzionale portoghese, il suicidio come il risultato di un'interazione sociale, diventando un suicidio socialmente organizzato⁹.

Nella individuazione del fondamento costituzionale, questo credo facilmente possa essere individuato nel principio personalista, nella libertà di autodeterminazione e nella tutela della dignità umana, ricavabili dall'art. 2 Cost., anche se, in materia, deve essere altrettanto sicuramente tenuto in conto il valore della vita ed il conseguente dovere dello Stato di proteggerla.

È su questa base che si pongono formidabili domande sul carattere sacrale o di "dono divino" – per usare una espressione di Gaetano Silvestri¹⁰ - della vita, sul suo valore assoluto oppure relativo, sulla configurabilità del diritto a decidere sulla propria morte come aspetto negativo del diritto alla vita o ancora se invece il diritto alla vita comporti un obbligo di viverla comunque ed in qualsiasi condizione, anche quando ciò sia ritenuto contrario alla propria dignità.

La posizione espressa dalla Corte costituzionale in ordine al reato di aiuto al suicidio è stata nel senso della sua conformità alla Costituzione, in quanto a tutela del diritto alla vita, dal momento che "dall'art. 2 Cost. (...) discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato da tempo affermato dalla Corte EDU".

Se la tutela della vita legittima il reato di aiuto al suicidio, questa tutela – in applicazione del principio enunciato dalla stessa Corte secondo cui nessun diritto è

⁷ In tal senso T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 C.P.*, in questo stesso volume.

⁸ Secondo A. PUGIOTTO, *La mia vita appartiene a me. Ecco perché ho firmato*, in *Il Riformista* 15 giugno 2021, 10, "che poi la condotta suicidaria non sia un diritto soggettivo riconosciuto e garantito dall'ordinamento, lascia comunque impregiudicata la sua natura di libertà di fatto".

⁹ Tribunale costituzionale portoghese 15 marzo 2021, n. 123 e, per un commento, A.M. ABRANTES, *La sentenza 123/2021 della Corte costituzionale del Portogallo sulla morte medicalmente assistita: analisi e confronto con il caso Cappato*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2.

¹⁰ G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o diritto?*, relazione al XVIII Congresso dell'Associazione Luca Coscioni, Roma 8-9 ottobre 2021, secondo cui "il diritto costituzionale e, per derivazione, tutti i rami del diritto, non possono tutelare un valore trascendente, come la 'sacralità' della vita, in quanto 'dono' divino, giacché esso è proprio di una o più confessioni religiose e, in una democrazia pluralista, non può assurgere a principio giuridico vincolante anche per chi a quelle confessioni non appartiene".

assoluto, pena il trasformarsi in “tiranno” degli altri diritti – non può essere assoluta, potendosi verificare casi (quale quello oggetto del giudizio “a quo”) in cui la previsione appare irragionevole e risulta pertanto incostituzionale.

Il giudice costituzionale pare quindi operare un bilanciamento tra il dovere dello Stato di tutelare la vita ed il diritto di autodeterminarsi in ordine al proprio fine vita, facendo prevalere, in generale, il primo e dando però, in presenza di certe condizioni specificamente indicate, riconoscimento al secondo.

Nel dichiarare la incostituzionalità della punibilità “in ogni caso” dell’aiuto al suicidio, la Corte ripercorre, in larga misura, la motivazione sulla cui base la Corte suprema canadese nel 2015 aveva dichiarato l’incostituzionalità di una disposizione analoga all’art. 580 c.p., nella considerazione che il diritto alla vita non può tradursi nel dovere di vivere. La Corte canadese aveva infatti rilevato come un divieto “assoluto” di aiuto al suicidio è contrario al diritto alla vita ed alla libertà di coloro che – adulti, capaci e consenzienti - patiscono una infermità di tipo degenerativo e desiderano prendere decisioni di fine vita, ma necessitano dell’aiuto di terzi per realizzare la loro scelta¹¹.

Evidente la presenza di elementi di contatto tra i primi due casi ed il terzo – che potrebbero essere indicate tutte come ipotesi di “aiuto a morire” – ed infatti la dichiarazione di parziale incostituzionalità dell’art. 580 c.p. è motivata proprio in relazione alla riconosciuta libertà di decidere sulla cessazione di trattamenti vitali, attraverso una tecnica che richiama quella del *tertium comparationis*.

La Corte costituzionale rileva infatti come il riconoscimento del diritto a chiedere la cessazione del trattamento vitale, riconosciuto adesso anche dalla l. 219/2017, non si vede come non debba comportare anche la legittimità di un aiuto del terzo, per il caso in cui il paziente sia impossibilitato a compiere l’atto personalmente e perché in questo secondo caso debba esservi un ostacolo assoluto. In sostanza, nell’ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, secondo la Corte, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli una unica modalità di morire, contro la dignità umana.

A ben vedere quindi l’elemento di contatto non deriva tanto dall’art. 580 c.p., quanto dalla specifica previsione in esso aggiunta, come eccezionale deroga alla regola generale, dalla decisione del Giudice costituzionale.

In ragione della motivazione posta a fondamento della dichiarazione di incostituzionalità, la pronuncia della Corte è stata criticata da chi ha ritenuto che, così facendo, essa non avrebbe dato vita ad un nuovo diritto al suicidio assistito, ma avrebbe solo ampliato l’ambito di limitazione dell’accanimento terapeutico, dando una possibilità alternativa per gli infermi terminali dipendenti da una macchina di accelerare la loro fine¹².

¹¹ Corte suprema Canada 6 febbraio 2015, Carter c. Canada e su di essa v. E. STEFANELLI, *La Corte suprema del Canada, il suicidio assistito, l’uso dei precedenti. Brevi note a margine del caso Carter v. Canada (Attorney General)*, in *Federalismi.it*, 3 luglio 2015; A. DI MARTINO, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio Rivista Aic*, aprile 2015.

¹² F. REY MARTINEZ, *El suicidio asistido en Italia: un nuevo derecho?*, in *Teoria y realidad constitucional*, 2020, n. 46.

Accanto a tali elementi che giustificano senza dubbio l'affermazione secondo cui esiste una forte dose di ipocrisia nel distinguere tra il suicidio assistito e l'omicidio del consenziente¹³, debbono però essere tenuti adeguatamente in considerazione gli elementi di differenza, dal momento che solo nei primi due casi esiste un fondamento costituzionale nel diritto a rifiutare, senza alcuna necessità di motivazione, trattamenti sanitari in assenza di una legge che li imponga, mentre nel terzo caso, come abbiamo visto, si tratta di una più delicata attività di bilanciamento che si pone al di fuori dal campo dei trattamenti sanitari e riguarda la libertà di autodeterminarsi in ordine al fine vita e la necessità dello Stato di tutelare la vita.

Chiara ed inequivoca in proposito la posizione della Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 2020 sul suicidio assistito, secondo cui il diritto ad autodeterminarsi alla morte trova diretto fondamento sostanziale nel più ampio diritto generale della personalità.

Dal diritto ad autodeterminarsi deriva quindi un "*diritto a una morte auto-determinata*", sulla base di una decisione libera e consapevole, che non comprende solo il *rifiuto di trattamenti* di sostegno vitale, ma si estende alla scelta di togliersi la vita attraverso una *condotta attiva*.

Su questi presupposti a tale diritto deve riconoscersi *la più ampia portata possibile, senza che possa essere circoscritto* a una certa condizione di *salute* (una malattia incurabile o anche solo grave), a una certa *fase della vita* e nemmeno alla verifica dell'accettabilità dei *motivi* che stanno alla base di un simile gesto. Subordinare la tutela del diritto al ricorrere di specifiche cause o situazioni significherebbe sostituirsi ai singoli in valutazioni loro totalmente riservate, che si fondano sulla *possibilità per ciascuno di definire qual è una "qualità di vita" accettabile e cos'è una "vita dotata di senso"* in termini eminentemente soggettivi, *al di là* di "valori generali", "norme sociali" e "*giudizi di razionalità oggettiva*". A giudizio della Corte tedesca il diritto in esame richiede di essere garantito anche nella sua *proiezione verso l'esterno*, in una dimensione intersoggettiva: esso comprende la "*libertà di cercare e, se offerto, di avvalersi dell'aiuto prestato da terzi*"¹⁴.

Diversa, come detto, è stata invece la posizione della nostra Corte costituzionale nel procedere al bilanciamento tra tutela della vita e principio di autodeterminazione, sulla base della quale è stato sostenuto che "se la Corte mantenesse l'argomento che l'ha portata a ritagliare in stretti limiti l'area fattuale in cui lo Stato rispetta l'autonomia della persona, l'ammissibilità del referendum potrebbe essere a rischio"¹⁵.

2. Il quesito elaborato dal comitato promotore prevede che il reato di omicidio del consenziente, attualmente punito con pena inferiore rispetto a quello dell'omicidio volontario salvo nelle ipotesi relative a persone minorenni, incapaci

¹³ V. ZAGREBELSKY, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, in *La Stampa*, 27 giugno 2021.

¹⁴ Bundesverfassungsricht 26 febbraio 2020

¹⁵ V. ZAGREBELSKY, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, cit.

o il cui consenso sia viziato¹⁶, venga punito solamente in queste ultime ipotesi, risultando quindi non punibile in tutti gli altri casi.

Nel sito dell'Associazione che ha promosso il referendum si legge che “*il referendum vuole abrogare parzialmente la norma penale che impedisce l'introduzione dell'eutanasia legale in Italia. L'omicidio del consenziente, previsto dall'art. 579 c.p. infatti, non è altro che un reato speciale (rispetto a quello di portata generale di cui all'art. 575 c.p. sull'omicidio) inserito nell'ordinamento per punire l'eutanasia. Con questo intervento referendario l'eutanasia attiva, previa valutazione del giudice in sede processuale, potrà essere consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla sentenza della Consulta sul 'caso Cappato', ma rimarrà punita se il fatto è commesso contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni. Dunque, l'esito abrogativo del referendum farebbe venir meno il divieto assoluto dell'eutanasia e la consentirebbe limitatamente alle forme previste dalla legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato*”.

La stessa lettura viene ripresa e fatta propria da otto colleghe e colleghi costituzionalisti della Università della Calabria, i quali pure parlano di eliminazione di un divieto assoluto dell'eutanasia e indicano l'effetto di una eventuale approvazione del referendum nel senso di consentire “una sua praticabilità limitatamente alle forme previste dalla legge n. 219 del 2017 sul consenso informato e alla sola presenza dei requisiti introdotti dalla Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio con la sent. n. 242/2019”¹⁷.

Mi pare evidente quello che è stato da alcuni indicato come “iato”, ossia la distanza tra gli effetti che vengono indicati e quelli che realmente andrebbe a produrre la vittoria del “sì” al referendum¹⁸.

Al di là di ogni valutazione, sulla quale tornerò tra breve, sulla efficacia che può riconoscersi alla intenzione dei promotori, credo che, mentre si potrebbe dubitare dell'automatica applicabilità della legge del 2017 ai fini della valutazione

¹⁶ Qualora il fatto sia commesso “contro una persona minore degli anni diciotto; contro una persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica per altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione ovvero carpito con inganno”.

¹⁷ U. ADAMO, G. D'INGRAZIO, S. GAMBINO, G. GERBASI, G. MASSA GALLERANO, W. NOCITO, F. PUZZO, A.M. RUSSO, *Referendum sull'eutanasia legale: iniziativa popolare contro l'inerzia del parlamento*, in *La C News 24*, 22 giugno 2021.

¹⁸ Si vedano, tra gli altri, N. ROSSI, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione giustizia* 24 novembre 2021, che parla di un solco profondo tra la rappresentazione mediatica della iniziativa e la sua portata effettiva, tra il “desiderio politico” e la razionalità sociale e giuridica; G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. “sull'eutanasia”, fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consultaonline*, 9 dicembre 2021, 973 ss.

In senso contrario v. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum*, cit.

del consenso¹⁹, pochi dubbi dovrebbero aversi circa la non applicabilità nel nostro caso delle limitazioni fissate dalla Corte per il caso dell'aiuto al suicidio.

Quelli che sarebbero previsti dal “nuovo” art. 579 c.p. si porrebbero infatti come limiti alla *liceità* dell'omicidio del consenziente, mentre quelli indicati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019 appaiono come limiti alla *illiceità* del reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e risultano nella sostanza assolutamente diversi e più stringenti rispetto a quelli dell'art. 579 c.p. Di conseguenza una estensione, per via interpretativa, di questi ultimi alla normativa di risulta relativa all'ipotesi di omicidio del consenziente non appare affatto praticabile.

Come è stato esattamente sottolineato da Andrea Pugiotto²⁰ il referendum è una fonte del diritto, alla quale viene unanimemente riconosciuta la forza di legge, da cui consegue che quando il legislatore (nel nostro caso il corpo elettorale) approva un testo normativo la volontà che esprime è quella risultante dal medesimo, senza poter far riferimento a futuri ed eventuali ulteriori interventi normativi.

A seguito della eventuale vittoria del “sì” il risultato sarà quello per cui l'omicidio del consenziente di regola non sarà punito, salvo le eccezioni espressamente indicate nell'art. 579 c.p. Qualsiasi riferimento ad una limitazione a casi e situazioni ulteriori (come quelle particolarissime quattro condizioni poste dalla Corte costituzionale per l'aiuto al suicidio) può al massimo essere indicato come auspicio per futuri, successi interventi del parlamento o della Corte costituzionale, ma certamente non potranno essere dedotti dalla c.d. normativa di risulta.

Un simile rilievo, se fondato, potrebbe forse fare dubitare della correttezza del riferimento nel titolo del referendum alla parola “eutanasia”²¹, quanto meno nella sua accezione più diffusa, dal momento che la legalizzazione dell'omicidio del consenziente avrebbe una ampiezza maggiore e verrebbe a potersi riferire a situazioni che nulla hanno a che fare con l'eutanasia o con quello che - nell'ampio dibattito avutosi in Spagna e che ha condotto alla approvazione della legge sul riconoscimento dell'eutanasia²² - è stato chiamato “*contexto eutanásico*”, giusto per differenziarlo dal diritto a decidere, senza alcun limite, sul proprio fine vita. Certamente potrebbe dirsi che “nel più ci sta il meno”, ma nel nostro caso mi pare che l'ambito “del più” sia forse eccessivamente vasto e indeterminato.

Secondo Cricenti²³ non è possibile parlare di eutanasia nei riguardi di un soggetto sano, derivandone che “il quesito mira genericamente a depenalizzare casi di intervento di terzi sulla vita altrui che non sono definibili né come eutanasia attiva, né passiva e che non sono per niente casi di eutanasia, che presuppone

¹⁹ Nel senso che la normativa sul consenso informato di cui alla l. 219/2017 non può ritenersi applicabile, in via analogica, alla ipotesi di eutanasia, trattandosi di situazione radicalmente differente, v. N. ROSSI, *L'impasse del fine vita* cit.

²⁰ A. PUGIOTTO, *La mia vita appartiene a me* cit.

²¹ L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione, con ordinanza 15 dicembre 2021 (sulla quale v. *infra*, testo e nota 26) nel proporre il titolo della richiesta referendaria non ha inserito alcun riferimento alla eutanasia o al contesto eutanásico.

²² Legge organica 24 marzo 2021, n. 3.

²³ *I referendum per l'eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a G. CRICENTI, 6 ottobre 2021.

sempre l'intervento del medico o di un terzo sulla vita di un paziente irreversibilmente sofferente se non terminale”.

La ricordata decisione della Corte costituzionale tedesca che ha affermato, nel senso sopra detto, il diritto alla autoderminazione in ordine alle decisioni di fine vita senza limitazioni o necessità di motivazioni, non fa infatti alcun riferimento alla eutanasia, né al contesto eutanascico.

L'esito positivo del referendum sopra il testo predisposto dal comitato promotore potrebbe addirittura mettere in dubbio la legittimità di un successivo intervento del legislatore in senso riduttivo della libertà di autodeterminarsi, in quanto contrastante con la volontà espressa dal corpo elettorale.

La costante giurisprudenza costituzionale in ordine alle intenzioni espresse dal comitato promotore ai fini della ammissibilità del quesito referendario è infatti nel senso della loro irrilevanza, dovendosi far riferimento “esclusivamente alla finalità incorporata nel quesito, cioè alla finalità obiettivamente ricavabile in base alla formulazione ed alla incidenza del referendum nel quadro normativo di riferimento, essendo irrilevanti le eventuali dichiarazioni rese dai promotori”.

3. Volendo adesso svolgere una riflessione sui limiti alla ammissibilità del referendum abrogativo elaborati dalla giurisprudenza costituzionale ed escludendo i c.d. limiti espressi (le materie di cui all'art. 75.2 Cost.), quelli che più sembrano meritare una qualche attenzione sono a) la chiarezza ed omogeneità del quesito; b) il rilievo (o non rilievo) della normativa di risulta; c) la natura manipolativa e non meramente abrogativa della richiesta; d) il carattere di legge a contenuto costituzionalmente vincolato e la idoneità dello strumento referendario a raggiungere le finalità della richiesta.

Iniziando dal requisito della chiarezza, con esso la Corte ha inteso garantire la consapevolezza del voto popolare, escludendo quindi che il quesito sia presentato in maniera reticente o ingannevole e richiedendo coerenza tra la normativa di risulta e gli scopi come oggettivizzati nel quesito referendario.

Sotto questo aspetto il quesito di cui stiamo parlando appare di assoluta chiarezza, in quanto la domanda, come da diverse parti è stato rilevato, pare tornare alla prima stagione del referendum abrogativo (divorzio, aborto), ponendo l'elettore nella condizione di capire immediatamente l'alternativa che gli viene posta: depenalizzare o meno l'omicidio del consenziente come espressione del riconoscimento della libertà di autodeterminazione sul proprio fine vita.

Si torna quindi a “temi referendari”, immediatamente comprensibili e, data la formulazione, del tutto chiari per l'elettore.

Non sembrano infatti da condividere i dubbi sollevati²⁴ sulla portata del quesito nel senso che esso si presterebbe a due opposte interpretazioni: la prima secondo cui la eliminazione della fattispecie speciale dell'omicidio del consenziente determinerebbe una riespansione della previsione dell'omicidio volontario; la seconda per cui la fattispecie resterebbe solo per le ipotesi speciali ivi previste.

²⁴ F.P. GARZONE, I. IACOBELLIS, *Perché il quesito referendario sull'omicidio del consenziente non è ammissibile*, in *Centrostudilivativo.it*, 12 novembre 2021.

Credo infatti che non vi siano dubbi che l'unica lettura corretta sia la seconda, dal momento che l'ipotesi di omicidio del consenziente non viene cancellata, ma riferita ad ipotesi specifiche con l'ovvia conseguente liceità di tutte le altre.

Richiamando quanto appena detto in ordine allo "iato" fra intenzioni dei promotori e conseguenze dell'esito positivo del referendum, parrebbero superabili le obiezioni di chi ha sostenuto che le indicazioni circa la denominazione del quesito determinerebbe una influenza sulla chiarezza e completezza del quesito, attraverso il riferimento alla legalizzazione dell'eutanasia.²⁵

L'Ufficio centrale per il referendum, con decisione depositata successivamente allo svolgimento di questo Seminario²⁶, ha proposto una denominazione in cui non figura la parola "eutanasia" ed è la seguente: "abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)", ritenendo essa stessa che "non si possa dubitare della [sua]eloquente e nitida chiarezza".

L'Ufficio centrale non ha accolto la richiesta dei promotori di aggiungere al quesito, allo scopo di meglio chiarire il principio giuridico, la seguente integrazione: "disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato". L'Ufficio ha infatti ritenuto che tra i due diritti che vengono in gioco (diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione), l'integrazione proposta contiene l'indicazione di un bilanciamento tra diritti di pari dignità sociale, il quale non trova fondamento nella sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale e non "è rispettoso dei limiti di un quesito di natura abrogativa, spingendosi piuttosto sul terreno di scelte eventualmente spettanti agli organi istituzionalmente competenti all'adozione di una disciplina organica della materia".

4. Con riferimento alla normativa di risulta la Corte costituzionale ha correttamente escluso che un limite implicito ricavabile dal sistema, che può determinare la inammissibilità della richiesta referendaria, possa derivarsi dalla supposta, financo evidente, incostituzionalità della normativa stessa²⁷.

La conclusione pare certamente da condividere potendosi, in caso contrario, giungere a confondere la competenza a giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi con quella circa la ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo ed a svolgere un non previsto controllo preventivo, astratto e senza contraddittorio sopra una normativa meramente eventuale.

Una simile conclusione non pare contraddetta dal fatto che in varie occasioni la Corte si è spinta, nell'ambito del giudizio di ammissibilità, a verificare la normativa di risulta, specie con riguardo a quelle ipotesi in cui ciò si è realizzato allo scopo di verificare la sussistenza di uno dei limiti implicitamente ricavati dal sistema, quali ad esempio quello della chiarezza o più ancora del carattere di legge a contenuto costituzionalmente necessario dell'oggetto della richiesta referendaria.

²⁵ G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. "sull'eutanasia"* cit.

²⁶ Cass., ufficio centrale per il referendum, ord. 15 dicembre 2021.

²⁷ Non mi pare condivisibile la posizione di chi (N. ROSSI, *L'impasse del fine vita* cit.), pur mostrandosi d'accordo con la giurisprudenza costituzionale, ha sostenuto la necessità di una deroga quando venga posto a repentaglio il diritto fondamentale alla vita e la normativa di risulta si esprima in una disciplina per più versi fortemente squilibrata.

Allo scopo appunto di verificare se, in caso di esito positivo del referendum, residuasse una normativa comunque autoapplicabile.

Si pensi al referendum sulla legge elettorale richiesto sul presupposto, in caso di abrogazione, della reviviscenza della normativa precedente, in occasione del quale la Corte escluse che, nella specie, potesse aversi l'effetto di reviviscenza e quindi che residuasse comunque una legge direttamente applicabile²⁸.

In questi casi, infatti, la normativa di risulta non assurge a motivo di inammissibile in ragione della sua incostituzionalità, ma viene esaminata dalla Corte ad altre finalità.

Niente esclude ovviamente che la normativa di risulta possa risultare contraria alla Costituzione, allo stesso modo come lo può essere una legge approvata dal parlamento²⁹, essendo da tempo superata la tesi di una supposta plusvalenza della decisione del corpo elettorale, né potendosi condividere che il controllo della normativa di risulta da parte della Corte potrebbe innescare una contrapposizione tra la Corte costituzionale ed il verdetto popolare³⁰.

Supposte incostituzionalità, derivanti dall'esito positivo del referendum sull'art. 579 c.p., sono state prospettate da più parti, facendo in particolare riferimento alla disarmonia che verrebbe a crearsi rispetto alla previsione dell'art. 580 c.p., come integrato dalla sentenza della Corte costituzionale. Al qual proposito parrebbe in effetti che le limitazioni alla punibilità dell'aiuto al suicidio dovrebbero essere quelle del "nuovo" art. 579 c.p., piuttosto che quelle, assai più limitative, introdotte dalla Corte.

La competenza ad interpretare la normativa di risulta, in relazione alle altre previsioni che si verrebbero a porre in stretto rapporto con la stessa, non potrà, come correttamente sottolineato³¹, che spettare ai giudici, per i quali certamente non mancheranno problemi ed incoerenze da affrontare, al fine di tentare di porvi rimedio.

Così, solo per citare alcuni aspetti messi in rilievo, la interpretazione del "consenso" e le condizioni per ritenerlo valido allo scopo³², se la richiesta di porre fine alla propria vita a seguito di una delusione amorosa debba essere ritenuta proveniente da soggetto incapace di intendere e di volere³³, se non debba ritenersi lecito prestare il proprio consenso a gare sportive che implicano il pericolo di morte³⁴.

²⁸ Corte cost. 24 gennaio 2012, n. 13

²⁹ Si vedano in proposito le osservazioni di A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 235.

³⁰ *I referendum per l'eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a I. NICOTRA, 4 ottobre 2021.

³¹ *I referendum per l'eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a A. PUGIOTTO, 29 settembre 2021; G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o diritto?* cit.

³² T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche* cit.

³³ R. BERARDO, *"Siamo per un fine vita dignitoso, fuori dalla clandestinità e per la libertà...."*, in *ildubbio.news*, 26 agosto 2021

³⁴ M. DONINI, *Eutanasia, ecco perché la Consulta*, cit.

La complessità dei problemi interpretativi che verrebbero a porsi ha fatto ritenere ad alcuni³⁵ che l'esito positivo del referendum possa essere causa di una grande confusione e tale da mettere le basi per nuove ambiguità, nuove contraddizioni e nuove difficoltà interpretative in sede giudiziaria e costituzionale ed affermare da altri³⁶ la necessità che in materia penale siano rispettati i principi di tassatività e determinatezza, escludendo quanto più possibile spazi liberi lasciati al soggettivismo dei giudici. Al proposito è stato rilevato come “è prevedibile che l'assetto scaturente dal referendum sarebbe tale da generare giudizi penali tra i più estremi, incerti ed angosciosi che si siano mai sperimentati, se non altro per la già accennata problematicità di accertare il consenso nei suoi diversi aspetti (genuinità, spontaneità, revocabilità)”³⁷.

L'impressione è che i poteri interpretativi dei giudici, per quanto ampi, non siano sufficienti per risolvere le disarmonie, ponendosi con ogni probabilità la necessità di chiedere l'intervento della Corte costituzionale.

A proposito di un intervento del Giudice costituzionale per un riordino della materia, potrebbe essere di nuovo presentata, anche se con scarsissime possibilità di essere accolta, la proposta propugnata dal mio Maestro in occasione del referendum avente ad oggetto la legge elettorale del 2005³⁸ ossia la richiesta alla Corte di sollevare davanti a se medesima la questione di costituzionalità dell'art. 579 c.p., nella parte in cui prevede la proibizione “assoluta” dell'omicidio del consenziente e non la esclude in determinati casi che potrebbero essere individuati dalla Corte, così come questa ha fatto con riguardo all'aiuto al suicidio.

Nonostante la posizione favorevole espressa da parte della dottrina³⁹, la Corte ha escluso una simile possibilità, osservando come il giudizio di ammissibilità non comprende la valutazione della conformità alla Costituzione della legge oggetto della richiesta referendaria, in quanto eventuali dubbi di costituzionalità della stessa non sono pregiudiziali alla definizione del giudizio costituzionale avente ad oggetto il controllo di ammissibilità della richiesta referendaria⁴⁰.

³⁵ G. M FLICK, *Caos giuridico in vista. “Eutanasia, un referendum ambiguo”*, in *Avvenire*, 21 agosto 2021.

Si veda pure la replica di A. PUGIOTTO, *Quesito sul fine vita. Ecco perché Flick sbaglia*, in *Il Riformista*, 24 agosto 2021.

³⁶ *I referendum per l'eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a P. VERONESI, 1° ottobre 2021.

³⁷ N. ROSSI, *L'impasse del fine vita* cit.

³⁸ A. PIZZORUSSO, *A margine del dibattito sulla riforma elettorale*, in www.astrid-online, 11 giugno 2007, secondo cui svolgendosi il referendum su leggi, si deve supporre che queste siano valide.

³⁹ M. CROCE, “*Se non ora quando?*”: *sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere)*, in www.forumcostituzionale.it; P. CARNEVALE, *Può il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo divenire la sede del controllo di costituzionalità sulla legislazione elettorale?*, in *Rivista AIC*, 14 gennaio 2008; A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità* cit., 236 ss.

⁴⁰ Corte cost. 24 gennaio 2012, n. 13. La soluzione esclusa dalla Corte sarebbe, a mio avviso, certamente preferibile rispetto all'ipotesi avanzata in questo Seminario da Ugo Adamo, nel senso di consentire al Giudice costituzionale, in sede di ammissibilità, di fornire la corretta interpretazione della normativa di risulta.

5. Circa la natura manipolativa del quesito la giurisprudenza costituzionale pare ormai consolidata nel ritenere ammissibili quei referendum che, attraverso una abrogazione parziale, danno vita ad una norma nuova, ma non estranea al contesto normativo di riferimento, mentre sono considerati inammissibili quei quesiti che arrivano a formulare una proposta che non è la trasformazione della disciplina vigente, ma la sua sostituzione con altra frutto di un accidentale opera di tagli e ricuciture (metodo del ritaglio).

Credo possano nutrirsi pochi dubbi che il nostro caso rientri nella prima ipotesi, come pare dimostrare anche la richiesta, dichiarata ammissibile, di abolire per via referendaria il divieto di inseminazione eterologa, con l'effetto che la condotta, prima vietata e sanzionata, sarebbe divenuta lecita⁴¹.

La riflessione circa la natura manipolativa del quesito viene per diversi aspetti ad essere collegata al carattere abrogativo e non approvativo di nuove disposizioni del referendum. In proposito è un classico della letteratura in materia il richiamo ai lavori dell'Assemblea costituente ed alla bocciatura della proposta di un referendum con cui approvare nuove leggi.

Nel nostro caso la innovatività della normativa di risulta rispetto a quella vigente è di tutta evidenza, è stato infatti sottolineato pressoché da tutti come l'asse teleologico e la *ratio* dell'art. 579 c.p. verrebbero totalmente rovesciati, passando dal paradigma proprio del codice Rocco della indisponibilità al principio di autodeterminazione in ordine alle scelte di fine vita.

Nella considerazione che qualsiasi abrogazione produce sempre una modifica dell'ordinamento giuridico e per le ragioni sopra richiamate a proposito della natura manipolativa, il quesito, a mio avviso, non pone alcun problema sotto l'aspetto della sua ammissibilità, mentre molto se ne è parlato sotto l'aspetto istituzionale dei rapporti con il parlamento legislatore.

Certamente, con riguardo alla potestà legislativa, tra la democrazia diretta e quella rappresentativa la Costituzione, per ragioni di tutta evidenza, indica la normalità nella seconda e quindi il carattere eccezionale ed episodico della prima.

L'istituto del referendum abrogativo anche per questo viene indicato come uno strumento di minoranza – che spiega il ritardo di oltre venti anni nella sua attuazione – utilizzato cioè da parte delle forze politiche che non hanno in parlamento i numeri necessari per approvare una legge di abrogazione o modificazione di leggi esistenti. Questa la ragione perché è normale attendersi una prevalenza del “no”, come infatti sempre accaduto nel nostro paese nelle prime esperienze referendarie.

La stagione attuale si caratterizza per un fenomeno che potremmo chiamare di “totale assenza del legislatore”, il quale non esprime una maggioranza favorevole o contraria, ma più semplicemente, a seguito di artifici procedurali di vario genere, non produce alcuna decisione.

Ciò ha costretto la Corte costituzionale ad elaborare strumenti nuovi contro questo fenomeno molto preoccupante delle omissioni del legislatore, tentando di sollecitarlo ad intervenire, assegnando un termine per farlo, con la chiara indicazione che, in caso contrario, avrebbe provveduto a sostituirlo (seppure continuando ad invocare un intervento legislativo).

⁴¹ Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 49.

La Corte lo ha fatto, al momento, in tre diverse occasioni⁴² – la prima delle quali nel ricordato caso Cappato – e nelle prime due il termine assegnato è decorso inutilmente, mentre per la terza il termine è ancora pendente.

Emblematico quello che è accaduto con riguardo alla tutela delle coppie omosessuali, per le quali nel 2010⁴³ la Corte ha affermato il “diritto fondamentale” delle stesse ad una vita di relazione ed invitato quindi il legislatore a disciplinare la materia, togliendo il nostro paese da una posizione davvero imbarazzante per la tutela dei diritti. La inerzia del parlamento è stata rilevata attraverso un monito molto forte dall’allora presidente della Corte Gallo, il quale ha ricordato, tre anni dopo nella consueta conferenza stampa annuale, che il monito della Corte non è un cortese invito, ma una indicazione alla quale il parlamento è tenuto a rispettare. L’anno seguente, nella perdurante inerzia del legislatore, la Corte ha sostanzialmente dichiarato – a proposito del c.d. divorzio imposto – la incostituzionalità della omissione del medesimo in ordine alla regolamentazione delle coppie dello stesso sesso⁴⁴. Successivamente l’Italia è stata condannata, per la stessa ragione, dalla Corte di Strasburgo⁴⁵, con la conseguenza che si sarebbe aperta una spirale di condanne e di obblighi di risarcimento a vantaggio delle coppie omosessuali ricorrenti. Solo a questo punto è stata finalmente approvata la legge sulle unioni civili.

Efficacemente Andrea Pugiotto ha scritto che il referendum abrogativo non è e non deve essere utilizzato come “stimolo” al parlamento – “non è il confetto Falqui”⁴⁶ – ma è un procedimento di approvazione di una fonte del diritto che si pone non in concorrenza e tanto meno come interferenza con l’attività del parlamento, bensì in una relazione dialettica, anche se lo stesso Pugiotto avverte che dal referendum come fonte non ci si possono attendere “miracoli normativi”, stante i suoi evidenti limiti di intervento⁴⁷.

Proprio per questo, pur condividendo lo spirito di certe affermazioni e le evidenti finalità che si intendono perseguire, nutro dubbi sul fatto che nella paralisi del parlamento l’intervento diretto del popolo sia la soluzione prevista dalla Costituzione⁴⁸ o che tanto più la politica non risolve, tanto più è legittimato il ricorso al referendum⁴⁹ o ancora che il referendum abrogativo debba ritenersi lo strumento democratico per il riconoscimento dei diritti⁵⁰.

⁴² Si tratta, come noto, del tipo di decisione inaugurato in occasione del caso Cappato relativo alla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio (Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, seguita da Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242) poi applicato alla questione di costituzionalità del trattamento punitivo della diffamazione a mezzo stampa (Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132, seguita da Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150) ed infine in tema di ergastolo ostativo (Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97).

⁴³ Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138

⁴⁴ Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170.

⁴⁵ Corte Edu 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia.

⁴⁶ A. PUGIOTTO, *La mia vita appartiene a me* cit.

⁴⁷ *I referendum per l’eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a A. PUGIOTTO, cit.

⁴⁸ V. ZAGREBELSKY, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, cit.

⁴⁹ M. AINIS, *Scuotere la politica in stallo sui temi etici*, in *Il Mattino*, 19 giugno 2021.

⁵⁰ M. DONINI, *Eutanasia, ecco perché la Consulta* cit.

Stante la limitatezza dello strumento, del resto derivante dalle finalità per le quali lo stesso è stato previsto nella Costituzione, sarebbe forse preferibile pensare ad altri strumenti più adatti ed efficaci (penso alla valorizzazione e soprattutto al potenziamento dell'efficacia della iniziativa legislativa popolare, ad un referendum approvativo o altro ancora), anziché forzare gli strumenti costituzionali oltre i propri limiti o costringere i giudici (comuni e costituzionale) ad agire fuori dalle proprie competenze, pur se per finalità pienamente condivisibili.

Le relazioni fra referendum abrogativo e parlamento sono state recentemente riesaminate a seguito della prevista possibilità di raccogliere le firme a distanza, vedendo così realizzata una eccessiva facilità di ricorrere all'istituto – Marco Follini ha parlato di una “passeggiata su un letto di rose” che ha reso possibile chiedere un referendum “perfino per il diritto di eutanasia”⁵¹ – con il rischio di rivoluzionare lo strumento referendario (la democrazia diretta del klik) che potrebbe essere utilizzato per “picconare” il parlamento e finire con il delegittimarlo⁵².

Stante la eccessiva facilità di raccogliere le firme necessarie, sono state quindi chieste alcune compensazioni, in realtà rispolverando ipotesi di riforma che da anni sono avanzate pressoché in qualsiasi progetto di riforma istituzionale e costituzionale: aumentare il numero delle firme richieste; anticipare il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale dopo il raggiungimento di un certo numero di firme; relazionare il *quorum* di validità alla percentuale di partecipazione alle ultime elezioni politiche⁵³.

Simili reazioni sembrano da un lato confondere la raccolta delle firme con la votazione popolare sul quesito, quest'ultima infatti e non la prima può determinare la formazione della fonte del diritto e dall'altro mostrare una poco comprensibile paura del referendum popolare, il quale non verrebbe affatto a cambiare il suo ruolo a seguito di una facilitazione nella raccolta delle firme. La cosa al contrario dovrebbe essere vista con favore in quanto tendente a meglio realizzare la partecipazione popolare⁵⁴. In un momento come quello attuale dove assistiamo ad una progressiva perdita di fiducia nelle istituzioni e ad un aumento delle astensioni nelle competizioni elettorali, pare davvero incredibile vedere con preoccupazione una misura che tende ad ampliare la partecipazione politica.

Semmai potremmo forse pensare, grazie alle nuove tecniche informatiche ed alla maggiore facilità di raccogliere le firme, di ridurre i tempi per lo svolgimento del referendum abrogativo, rendendo ad esempio possibili, nel corso di un anno, due anziché una sola tornata di votazioni.

⁵¹ M. FOLLINI, *Referendum con firma digitale è primattore, elevare soglia*, in www.adnkronos.com 26 settembre 2021.

⁵² G.M. FLICK, *Referendum e firme online. Serve l'equilibrio tra popolo e Parlamento*, in *Repubblica* 15 settembre 2021.

In senso critico verso la innovazione normativa v. pure N. ROSSI, *Firma digitale per referendum e leggi di iniziativa popolare. Una meditata rivoluzione o un improvviso azzardo?*, in *Questione giustizia* 15 settembre 2021.

⁵³ *Con le firme digitali è troppo facile organizzare i referendum?*, in www.ilpost.it 22 settembre 2021.

⁵⁴ A. PERTICI, *La firma digitale per chiedere i referendum e quella strana paura del popolo*, in www.ilblog 12 ottobre 2021.

Per concludere sui rapporti tra richiesta referendaria e intervento del parlamento legislatore, solo due parole con riferimento al testo unificato in discussione alle camere approvato il 6 luglio 2021 ed in ordine al possibile blocco delle operazioni referendarie a seguito della sua, assai improbabile, approvazione.

Dovendosi trattare, come noto, di una modifica, secondo le indicazioni della Corte costituzionale contenute nella sent. n. 68/1978, di natura sostanziale, credo non possano nutrirsi dubbi sulla sua irrilevanza ai fini del referendum per la abrogazione dell'art. 579 c.p., dal momento che il progetto in discussione è relativo solamente alla ipotesi di suicidio assistito e quindi agli art. 580 e 593 c.p. e tende a "trascrivere" i contenuti della decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato, mancando tra l'altro di risolvere, come era doveroso attendersi da un intervento del legislatore, i principali dubbi interpretativi lasciati aperti dalla pronuncia della Corte costituzionale e che già si sono mostrati nelle prime applicazioni giurisprudenziali della normativa da questa ricavabile⁵⁵.

6. Venendo adesso a considerare il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e di quelle costituzionalmente necessarie, le due ipotesi in astratto sono ben differenziate, nel senso che le prime sono quelle che contengono l'unica e indefettibile disciplina di un principio costituzionale e che pertanto non possono essere oggetto di un referendum abrogativo, mentre le seconde, pur relative alla attuazione della Costituzione, non sono l'unico mezzo per realizzare lo scopo e possono essere abrogate con referendum purché la normativa di risulta sia tale da non bloccare il funzionamento dell'organo o istituto costituzionale di cui sono unica attuazione.

In realtà nella giurisprudenza costituzionale, come ottimamente ricostruita da ultimo da Paolo Carnevale⁵⁶, le due figure si sono confuse e sono state usate indifferentemente anche per significare casi o aspetti del tutto analoghi.

I significati che si desumono dal suddetto limite implicito alla ammissibilità del referendum abrogativo sono quelli della necessaria esistenza di una normativa di risulta comunque applicabile e dell'altrettanto necessaria tutela del contenuto minimo di un diritto previsto e garantito dalla Costituzione.

Abbiamo già detto del primo, vorrei adesso soffermarmi sul secondo dei suddetti significati.

In occasione dei uno dei referendum sull'aborto, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta in quanto avente ad oggetto una legge a

⁵⁵ Si vedano in proposito le osservazioni di Nello Rossi (ID., *L'impasse del fine vita*, cit.) secondo cui il parlamento sembra muoversi come prigioniero del ristretto perimetro tracciato dalla Corte costituzionale, pur godendo di una libertà incomparabilmente superiore rispetto a quella del Giudice costituzionale. Nello scritto viene altresì posto in rilievo come il progetto in discussione non risolva il problema interpretativo relativo al significato della espressione "essere tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale", né quello relativo all'"atto autonomo" con cui darsi la morte: se deve trattarsi di un atto materiale oppure di atto autonomo di volizione, nel quale la volontà di darsi la morte si manifesta in maniera inequivoca ed ultimativa.

⁵⁶ P. CARNEVALE, *Colloquiando... con tre dense paginette*, in G. GONZALES MANTILLA (cur.), *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Lima, 2021, tomo II, 1099 ss.

contenuto costituzionalmente vincolato, richiamando la necessità di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione e ricordando come la legge n. 194 del 1978 “ha cercato di realizzare, contemperando diverse esigenze e proposte, proprio quei criteri di tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione”. In quella occasione la Corte ha fatto espressamente riferimento al diritto alla vita, ricondotto all’art. 2 Cost., rilevando come lo stesso “inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili e cioè tra quei diritti che occupano nell’ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono (...) all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”⁵⁷.

Alcuni anni dopo con riguardo al referendum sulla procreazione medicalmente assistita la Corte ha invece fatto riferimento, allo stesso scopo, alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie per dichiarare inammissibile la richiesta di abrogare l’intera legge n. 40 del 2004, trattandosi “della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche e che indubbiamente coinvolge 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”.

Inevitabile allora chiedersi se la richiesta di abrogazione dell’art. 579 c.p. sia formulata in maniera tale da garantire il rispetto del contenuto minimo del diritto alla vita.

Al proposito alcuni si sono espressi negativamente, osservando come si tratterebbe di eliminare del tutto la tutela della vita altrui che è principio costituzionale⁵⁸, mentre secondo altri la permanenza della rilevanza penale dell’omicidio del consenziente nelle ipotesi del minore, di persona incapace o di consenso invalido, sarebbe tale da preservare il contenuto essenziale della tutela del diritto alla vita⁵⁹.

Come ho cercato di evidenziare nella prima parte di questo intervento, in materia di trattamenti sanitari la Costituzione (art. 32.2) opera una scelta chiara a favore della necessità del consenso informato e quindi del principio di autodeterminazione, mentre nel caso delle scelte di fine vita si trovano nel testo della Costituzione, ugualmente presenti, la tutela della vita ed il diritto ad autodeterminarsi sul fine vita. Ne consegue la necessità di un’opera di bilanciamento operato - secondo l’insegnamento della Corte costituzionale,

⁵⁷ Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35.

⁵⁸ *I referendum per l'eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a V. ONIDA, settembre 2021.

⁵⁹ *I referendum per l'eutanasia legale*. Forum di *Giustizia insieme*, intervista di R. CONTI a A. PUGIOTTO, 29 settembre 2021.

Secondo G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. “sull’eutanasia”* cit., la categoria dei soggetti “fragili” protetti dalla decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato è più ampia rispetto a quella che deriverebbe dal “nuovo” art. 579 c.p., la quale ultima non sarebbe tale da tutelare il livello minimo del diritto alla vita. Non pare invece corretta l’interpretazione secondo cui, in caso di esito positivo del referendum, si acconsentirebbe “agli omicidi di persone consenzienti, senza limiti di sorta” (così A. RUGGERI, *Il referendum sull’art. 579 C.P.: inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in questo stesso volume).

condiviso dalla dottrina assolutamente maggioritaria – in maniera tale da realizzare la migliore garanzia per tutti i diritti che vengono in gioco, tentando cioè una mediazione che riduca al minimo le conseguenze negative per quel diritto che viene ritenuto recessivo.

Di conseguenza, come accaduto nella ricordata sentenza Carter della Corte suprema canadese e poi nelle decisioni sul caso Cappato della nostra Corte, viene esclusa una tutela assoluta, senza eccezioni, di una esigenza, come il diritto alla vita, che escluderebbe qualsiasi riconoscimento ad altre esigenze pure costituzionalmente meritevoli, come il diritto ad una vita dignitosa, convertendo un diritto in un dovere⁶⁰.

Come recentemente sostenuto dalla Corte costituzionale portoghese, solo circoscrivendo adeguatamente le ipotesi di eutanasia medicalmente riconosciuta si possono soddisfare i requisiti di certezza del diritto, tenendo in conto il dovere di protezione derivante dalla inviolabilità della persona umana e salvaguardando però il nucleo di autonomia inerente alla dignità di ogni persona⁶¹.

Questa è infatti la soluzione seguita in quei paesi che hanno avuto la fortuna di avere un parlamento sensibile alla problematica in questione (v. da ultimo Spagna e Portogallo), il quale ha disciplinato l'ipotesi di eutanasia (attiva e passiva) medicalmente riconosciuta.

Sotto quest'ultimo aspetto, concludo ricordando le ipotesi⁶² in cui la Corte ha dichiarato inammissibili le richieste referendarie non perché contrarie ad alcuno dei limiti espressi o impliciti ricavabili dalla Costituzione, ma perché gli scopi perseguiti avrebbero richiesto più complesse operazioni di trasformazione dell'assetto legislativo, che attraverso l'istituto referendario, nella configurazione accolta dal nostro ordinamento, non si potevano ottenere. Si tratterebbe cioè di obiettivi irrealizzabili per via referendaria.

Questa motivazione, unitamente alla assenza di una tutela minima del diritto alla vita, mi sembra rappresentare il più serio ostacolo alla ammissibilità di una consultazione popolare sopra un tema che non dovrebbe essere affrontato nelle stanze del palazzo della Consulta o attraverso una riscrittura "popolare" del contenuto della fattispecie penale dell'omicidio del consenziente.

Una disciplina che tenga debitamente in conto i fondamentali diritti costituzionali coinvolti (diritto alla vita e diritto alla autodeterminazione) può infatti derivare solamente dal soggetto che ha a sua disposizione tutti i mezzi, anche tecnici, per farlo nel migliore dei modi, in attuazione del principio di democrazia rappresentativa.

La grave e penosa situazione di latitanza in cui versa il nostro parlamento, costringe altri soggetti istituzionali a tentare una soluzione, anche forzando i limiti

⁶⁰ In proposito parrebbe escludere qualsiasi possibile bilanciamento Antonio Ruggeri (ID., *Il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit.), il quale osserva come "lo spegnimento di una vita, pur laddove la stessa sia gravata da sofferenze indicibili, è pur sempre la rinuncia ad una risorsa preziosa per l'intera collettività, per la elementare ragione che tale è la persona, *ogni* persona *ut sic*, portatrice di una dignità non graduabile in ragione delle circostanze di contesto in cui maturano le singole esperienze umane".

⁶¹ Tribunale costituzionale portoghese 15 marzo 2021, n. 123 cit.

⁶² Cfr., tra le altre, Corte cost. 7 febbraio 2000, nn. 35 e 50.

delle proprie competenze o ampliando l'utilizzo di strumenti oltre i suoi confini costituzionali. E se forte appare la tentazione di ricorrere al celebre motto secondo cui il fine giustifica i mezzi, bisogna fare attenzione a che, alla distanza, l'abuso crei danni maggiori rispetto ai risultati raggiunti.

RIFLESSIONI PENALISTICHE CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. RELAZIONE INTRODUTTIVA

di TULLIO PADOVANI*

SOMMARIO: 1. La struttura del quesito: un'abrogazione parziale né incongruamente "selettiva", né surrettiziamente "ricompositiva". – 2. La disciplina di risulta sotto il profilo sistematico: la coesistenza tra gli artt. 579 c.p. e 580 c.p. – 3. *Segue*: La presunta disparità di trattamento negli ambiti applicativi delle due disposizioni. – 4. Il preteso iato fra intenzioni dei promotori del referendum ed effetto conseguente alla sua approvazione.

1. Il quesito referendario concernente l'art. 579 c.p. ne prospetta l'abrogazione parziale, espungendo le parole comprese a partire da «la reclusione» nel 1° comma, fino a «si applicano» nel 3° comma; di modo che, in caso di approvazione, il testo risulterebbe così formulato: «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...», e via seguitando con le varie ipotesi contenute nell'attuale 3° comma della disposizione.

Il senso della modifica indotta è trasparente. Nella sua attuale formulazione l'art. 579 c.p. sancisce, in forma indiretta ma univoca, il principio di indisponibilità del bene della vita. Indiretta, perché l'affermazione avviene in forma, per così dire, "negativa", attraverso l'incriminazione espressa dell'omicidio del consenziente; univoca, perché, introducendo una fattispecie «minorante» dell'omicidio comune in presenza del consenso dell'avente diritto, esplicita l'esclusione della vita dall'ambito scriminante tracciato dall'art. 50 c.p. Il testo conseguente all'approvazione del referendum affermerebbe invece l'opposto principio di disponibilità della vita; ancora una volta in forma indiretta, e cioè eliminando la fattispecie «minorante», e tuttavia altrettanto univoca, dato che l'applicabilità dell'omicidio comune (art. 575 c.p.) sarebbe limitata solo alle ipotesi di consenso invalido per incapacità o per un vizio della sua formazione.

Il passaggio normativo-semanticamente non è sempre ritenuto nitido e chiaro; la portata del quesito referendario sarebbe «più ampia» «rispetto agli obiettivi politici dell'iniziativa»: mentre la prima implicherebbe la depenalizzazione dell'omicidio «in qualsiasi caso vi sia stata una richiesta di eutanasia da parte di una persona capace d'intendere e di volere», gli obiettivi mirerebbero a «legalizzare l'eutanasia attiva in presenza dei requisiti indicati dalla sentenza della Consulta sul caso Cappato». Lo iato sarebbe «specchio ed effetto della difficoltà tecnica di formulare richieste di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.; una difficoltà che appare

*Accademico dei Lincei, Emerito di Diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

manifesta nel *taglia e incolla* di passi diversi del testo vigente, con i quali è stato ricomposto un testo nuovo»¹.

Prescindendo, per il momento, dal presunto iato tra portata del quesito e obiettivi politici perseguiti (su cui si tornerà in seguito: *infra*, §4), è necessario piuttosto soffermarsi sull'ombra di inammissibilità stesa dal secco riferimento ad un preteso «*taglia e incolla* di passi eterogenei», mediante il quale si sarebbe data forma ad un testo «nuovo». La valutazione critica sembra alludere piuttosto chiaramente a due tipiche situazioni censurate dalla Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità di un quesito referendario: quella di un'abrogazione "selettiva" che produca una disciplina diversa ed estranea al contesto normativo e quella di un'abrogazione "ricompositiva" che, saldando frammenti lessicali eterogenei, produca una norma del tutto nuova, distorcendo così il referendum da abrogativo a propositivo².

Nulla di tutto questo sembra in realtà riguardare la struttura del quesito referendario relativo all'art. 579 c.p. A questo proposito, è opportuno ricordare com'esso includa due disposizioni normative, contenutisticamente congiunte ma funzionalmente distinte: da un lato, una fattispecie incriminatrice "minorante" rispetto all'omicidio comune, la cui specialità ruota intorno al consenso previsto alla propria uccisione da parte del soggetto passivo; dall'altro una clausola di riserva, in favore della tutela comune quando il consenso sia prestato da un incapace o affetto da un vizio che lo renda invalido.

L'oggetto dell'abrogazione proposta dal referendum è costituito esclusivamente dalla fattispecie "minorante", la cui attuale previsione assume, peraltro, una portata complessa, in quanto si riflette sullo stesso asse teleologico lungo il quale si orienta la tutela penale della vita. Infatti, se il valido consenso del titolare del diritto determina una mera riduzione del trattamento sanzionatorio rispetto all'omicidio comune, è giocoforza dedurre che l'oggetto di una tutela così articolata trascende il piano strettamente personale per attingere un livello diverso e superiore. A proposito dell'art. 579 c.p. il Guardasigilli non esita, per l'appunto, a precisare, nella propria *Relazione*, che la conservazione di «quel particolare bene giuridico che concerne l'esistenza fisica della persona» «rappresenta un *prevalente interesse sociale*»³. Se a questo «prevalente interesse» è rivolto l'art. 579 c.p., è inevitabile concludere che la fattispecie dell'omicidio comune (art. 575 c.p.) racchiude in sé due distinti profili di tutela: uno propriamente "individuale" ed uno di natura "sociale".

In che cosa precisamente consiste questo secondo, «prevalente» interesse, il Guardasigilli non dice. È ovvio, peraltro, che debba trattarsi di un interesse superiore a quello concernente la persona in sé, al punto di prevalere nell'ipotesi di conflitto, secondo l'ordito sottinteso all'art. 579 c.p.

¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema Pen.*, 19 ottobre 2021, 1 ss.

² A mero titolo indicativo v. Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 36; Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 46; Corte cost. 27 gennaio 2017, n. 26.

³ Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del Codice Penale*, V, parte II, Roma 1929, 373 (enfasi aggiunta).

Non è certo il caso di interrogarsi sulla sussistenza e sulla natura di questo interesse «prevalente», tale da autorizzare la previsione di una tutela penale a scansione differenziata: più severa quando l'interesse personale e quello «sociale» coincidano, meno severa quando il primo venga meno e si prospetti solo la persistenza necessaria del secondo. Il punto non è stabilire come possa eventualmente essere declinata una dimensione teleologica della vita che sovrasti la persona e la vincoli: plurime possono essere, e certamente sono, le accezioni ch'essa assume nel regno dei fini di cui ciascuno è libero di rivendicare la cittadinanza; si tratta invece di stabilire se debba persistere l'aggancio trainante della vita di ciascuno – bene e diritto personalissimo per antonomasia – ad un, quale che sia, interesse sociale «prevalente». Questo costituisce, in rapida e fulminea sintesi concettuale, l'oggetto del quesito referendario, che è, per l'appunto, concentrato sulla sola fattispecie minorante, che fonda e assicura l'aggancio di cui si è detto; mentre resta intatta la clausola di riserva, che continua a prescrivere ciò che in origine prescriveva, mantenendo la funzione di assicurare l'applicazione dell'art. 575 c.p., quando il consenso sia, a vario titolo, invalido o inefficace.

È chiaro, dunque, che la selettività dell'abrogazione è del tutto consentanea all'oggetto del quesito, che isola compiutamente ed integralmente la disposizione che si chiede di eliminare. Né si prospetta la formazione di una nuova norma ottenuta dall'artificiosa saldatura di frammenti lessicali eterogenei: per un verso, la norma superstite (relativa all'applicazione dell'omicidio comune in caso di consenso invalido) è già interamente contenuta, tal quale, nel contesto normativo vigente; per l'altro, la precisa soppressione della sola fattispecie minorante elimina la barriera frapposta alla disponibilità del diritto alla vita: che è, per l'appunto, l'obiettivo del referendum.

2. La struttura del quesito non sembra dunque infrangersi contro alcuna ragione di inammissibilità. Dubbi ulteriori sono stati tuttavia prospettati, dal punto di vista sistematico, con riferimento alla disciplina di risulta. L'abrogazione della fattispecie “minorante” dell'art. 575 c.p. dovrebbe infatti confrontarsi con l'attuale assetto dell'aiuto al suicidio, previsto dall'art. 580 c.p., in una dimensione normativa che ha assunto un nuovo volto dopo l'intervento della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019. Essa, com'è noto, confermando la legittimità costituzionale della previsione incriminatrice, ne ha tuttavia intaccato l'assolutezza. Riprendendo i rilievi già formulati con l'ord. n. 207/2018, e sottolineando la singolarità del caso sottoposto a giudizio, la Corte ne ha rilevato la pertinenza a «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali. Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi 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. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali

l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, 2° comma, Cost.».

Il nesso di contiguità teleologica tra la disposizione dell'art. 579 c.p. e quella dell'art. 580 c.p. è stretto ed evidente: anche l'aiuto al suicidio trova infatti il proprio fondamento nel principio di indisponibilità della vita. Il suicidio non rappresenta – come talora si suggerisce – un fatto giuridicamente “tollerato” ancorché “disapprovato”, in una sorta di limbo tra lecito ed illecito: nel supposto “inferno” del diritto, il limbo non esiste, ed il suicidio appartiene in realtà alla sfera dell'illecito.

La circostanza che il tentativo di suicidio non sia di per sé punibile è irrilevante ai fini della qualificazione di illiceità, perché tale qualificazione dipende, più in generale, dalla possibilità di riferire al fatto una *qualsiasi sanzione* diretta a impedirlo. Questo accade, per l'appunto, rispetto al suicidio, che, pur non essendo punibile, è colpito da una drastica *sanzione di impedibilità*. L'applicazione di tale sanzione è, per così dire, distribuita nella comunità secondo le condizioni di fatto sussistenti e secondo le posizioni di garanzia di volta in volta attive (in termini di controllo e/o di protezione). Così, l'art. 593, 2° comma, c.p. prescrive a chiunque di «*prestare l'assistenza occorrente*» ad una «*persona ferita o altrimenti in pericolo*»: nessuno può dunque assistere inerte e passivo al suicidio altrui, trincerandosi dietro una presunta (e in realtà inesistente) “tolleranza” dell'ordinamento nei confronti di chi versa in pericolo di morte per mano propria.

Ancor più intenso, poi, e, soprattutto, esteso il dovere di impedire il suicidio a carico di chi riveste sulla persona una posizione di garanzia: in tal caso, il dovere di intervento si attiva ben prima che si realizzi una situazione di pericolo imminente. Poiché ciò che deve essere impedito (al punto che il mancato impedimento viene penalmente sanzionato) non può evidentemente ritenersi «tollerato», né tanto meno lecito, ne consegue che il suicidio – pur non essendo punibile – è un fatto illecito; senza se e senza ma.

Su questa premessa di fondo si articola la rilevanza delle condotte in varia guisa connesse al suicidio. Il tentativo di suicidio non è punibile per il suo autore; ma la ragione “giustificatrice” addotta per dar conto della scelta di politica criminale è quanto mai rivelatrice. Non si incrimina – viene ripetuto sulla scia della *Relazione* del Guardasigilli – per ragioni di “prevenzione”: evitare che, sotto la minaccia della punizione in caso di fallimento del proposito suicidario, l'aspirante suicida sia particolarmente accurato ed efficiente nella sua esecuzione⁴. Generosamente, la spiegazione può definirsi peregrina, se non proprio risibile e bislacca; ma serve tuttavia a comprendere che sulla illiceità del suicidio non è mai sorto alcun dubbio: al punto di continuare a interrogarsi sulla possibilità di reprimere il tentativo di attuarlo. In questa prospettiva, del tutto plausibili risultano allora le incriminazioni «accessorie» di istigazione a di aiuto al suicidio.

La sent. n. 242/2019 non scalfisce questo quadro di riferimento, dato che non incide in alcun modo sul principio di indisponibilità che l'incriminazione dell'art.

⁴ Cfr. *Relazione*, cit., 376.

580 concorre ad affermare insieme con l'art. 579 c.p. In effetti, il varco aperto dalla Corte nella trama normativa non assume natura propriamente scriminante, in quanto non si fonda sulla rilevazione di alcun conflitto tra il bene (indisponibile) della vita ed un diverso bene da ritenersi nel caso concreto prevalente. Per chi versa nelle condizioni drammatiche tipizzate dalla Corte non si profila l'esercizio di un diritto di disporre della propria vita, quanto invece una situazione personale caratterizzata da sofferenze intollerabili, dipendenti da una patologia non reversibile, con una sopravvivenza assicurata dal ricorso a trattamenti di sostegno vitale. Viene così delineata una situazione di inesigibilità rispetto alla prosecuzione del trattamento di sostegno vitale. In buona sostanza, ciò che si riconosce inesigibile è *l'adempimento del dovere di vivere* in condizione di tal fatta, a mezzo di sostegni cui la persona potrebbe bensì rinunciare legittimamente, ma affrontando un'agonia di peculiare dolorosità. Poiché intorno a questo dovere ruota dunque la non punibilità, ne appare evidente la natura paradigmaticamente scusante.

La indissolubile connessione funzionale e teleologica tra la fattispecie dell'aiuto al suicidio e quella dell'omicidio del consenziente dovrebbe anzi imporre l'estensione analogica della scusante introdotta per l'art. 580 anche all'art. 579, secondo una traiettoria argomentativa recentemente adottata dalle Sezioni Unite a proposito dell'art. 384 c.p.⁵. Sembra in conclusione evidente che, se l'art. 579 c.p. venisse parzialmente abrogato nei termini proposti, il problema non riguarderebbe affatto la *sopravvenienza* del suo testo modificato, quanto, se mai, la *sopravvivenza* stessa dell'art. 580 c.p. Ovviamente, resta aperta la questione concernente la disciplina concernente i limiti e le condizioni di esercizio del diritto di disporre della propria vita, sui quali si avrà occasione di soffermarsi in seguito (*infra*, §4).

3. Sul piano della normativa di risulta, si è inoltre prospettata a guisa di "ostacolo" sul cammino del referendum, un'aporia sistematica per così dire «inversa». Se fosse sancito il principio di disponibilità del diritto alla vita, l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) continuerebbe ad essere punito, salvo i casi indicati nella sent. n. 242/2019, mentre l'omicidio del consenziente diverrebbe lecito rispetto ad ogni persona adulta che avesse espresso un valido consenso. Perciò, l'ipotesi ritenuta "minore" (l'aiuto al suicidio) risulterebbe punibile con un'estensione di molto superiore all'ipotesi "maggiore" (l'omicidio del consenziente), determinando una disciplina ad esito sanzionatorio irrazionalmente invertito.

L'argomento muove dal presupposto, inespreso ma implicito, che l'art. 580 c.p., così come ridelineato dalla Corte costituzionale, sia divenuto una sorta di baluardo invalicabile, come se il principio di indisponibilità del diritto alla vita fosse stato assunto tra i ranghi dei principi costituzionali.

In realtà, la Corte ha ritenuto che l'attuale regime di paternalismo penale (che priva la persona della facoltà di disporre della propria vita) non sia in contrasto con l'assetto dei valori costituzionali, e non debba essere quindi eliminato (come la Corte d'assise di Milano prospettava, sollevando la questione di costituzionalità). Si è trattato solo di mitigarlo rispetto a talune peculiari attuazioni in cui

⁵ Cfr. Cass. SS.UU. 26 novembre 2020, n. 10381.

l'inosservanza del persistente dovere di vivere possa ritenersi non riprovevole, e quindi scusato.

Questa angusta prospettiva non implica affatto che il principio di indisponibilità ancora sancito dal superstite art. 580 c.p. e dal persistente art. 579 c.p. sia divenuto intangibile. La Corte si è limitata ad escludere che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio «*possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione*». Replicando alle eccezioni prospettate dalla Corte d'Assise di Milano, ha ritenuto che la *ratio* dell'art. 580 c.p. possa «essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella tutela del diritto alla vita, *soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili*, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile come quella del suicidio. Essa assolve allo 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» (*enfasi aggiunta*).

Il riferimento prioritario («soprattutto») alle «persone più deboli e vulnerabili» elude l'ineludibile esigenza di chiarire chi altri debba essere «protetto» da «una scelta estrema», quand'essa sia la scelta volontaria, consapevole e libera di una persona adulta. Con le «persone più deboli e vulnerabili», si sfonda, per così dire, una porta già del tutto spalancata, perché la necessità di assicurarne una protezione efficiente ed efficace è fuori discussione: anche il legislatore del '30 ne ha ben colto l'esigenza, prevedendo la clausola del 3° comma dell'art. 579 c.p. e la circostanza aggravante del 2° comma dell'art. 580 c.p. Ma per tutti gli altri, che non siano né deboli, né vulnerabili?

Concentrando l'attenzione sulle «persone malate, depresse, psicologicamente fragili», la Corte costituzionale giustifica l'assetto normativo attuale nel senso che «al legislatore penale *non può ritenersi inibito*, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome della concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, 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 impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, 2° comma, Cost.)» (*enfasi aggiunta*).

Vietare non è vietato, ma non è neppure imposto: la questione della disponibilità del diritto alla vita rientra dunque nel novero delle questioni che paradigmaticamente possono essere rimesse alla decisione popolare: così come, a suo tempo, la questione del divorzio o quella dell'interruzione di gravidanza.

D'altro canto, il vincolo della coercizione sempre soffoca e sempre mortifica; viceversa, il riconoscimento del valore della scelta libera, matura e consapevole coinvolge e sollecita. Proprio le situazioni che la Corte evoca come ostacoli da rimuovere trarrebbero grande beneficio dal riconoscimento della libertà di disporre del proprio destino. Infatti, non si può certo negare che molto spesso chi vede nella morte la soluzione dei mali che lo affliggono, viva in solitudine, o nel dolore, o nell'abbandono morale e materiale, o nel lutto di una perdita; dovrebbe quindi in primo luogo, e se possibile, essere accolto, assistito, confortato, curato; non ucciso. Il fatto è che per esprimere questa disperazione e sollecitare questa attenzione, non

c'è oggi né un modo, né una via: è difficile persino per coloro che versano nelle terribili condizioni indicate dalla sent. n. 242/2019, e languono in attesa di una risposta alla richiesta di por fine ai loro tormenti. Oggi ci si può limitare a invocare la sacertà della vita (e cioè, più semplicemente: il dovere di vivere), senza che nessuno sia poi però tenuto a farsi in concreto carico della decisione di abbandonarla. Il grido che si leva è oggi muto; e quando non è muto, incontra orecchie sorde.

Data una via legale per rinunciare dignitosamente ad una esistenza insopportabile, la sola richiesta di percorrerla imporrebbe prepotentemente, se possibile e se condiviso, il ricorso alle alternative evocate. Proprio l'eutanasia legale, a partire dal riconoscimento che il diritto alla vita è un diritto disponibile, spalancherebbe una finestra sui mondi delle sofferenze e dell'abbandono, che sono oggi troppo spesso opachi allo sguardo ed inascoltati all'udito. La richiesta di morte potrebbe allora ricevere una risposta per la vita: solidarietà, aiuto, comprensione; se basteranno, sarà un esito per tutti felice; se non basteranno, sarà la riprova di una scelta ineluttabile che non è, e non può essere, lecito contrastare. Ma è forse proprio questa chiamata alle armi della responsabilità condivisa che inconsapevolmente alimenta l'opposizione al diritto di scegliere il proprio destino. L'appello alla sacertà della vita rischia di tradursi in un fin troppo comodo alibi morale.

4. L'ultimo inciampo suscettibile di frapporsi al cammino del referendum sull'art. 579 c.p. è costituito, sempre sul piano della disciplina di risulta, dallo iato che contrapporrebbe le intenzioni dei promotori rispetto all'esito effettivamente perseguito (*supra*, §1). Se si affermasse il principio che il diritto alla vita è disponibile, la facoltà di disporre non potrebbe essere circoscritta alle drammatiche ipotesi che la Corte costituzionale ha riconosciuto non punibili, e si spalancherebbe in effetti un ambito di liceità tanto vasto quanto – si ipotizza – inquietante: risulterebbe infatti ammessa, e confinata al piano dell'irrelevanza penale, l'uccisione di qualsiasi persona adulta e sana di mente che avesse espresso, senza vizi di sorta, la volontà di morire.

Quand'anche così fosse, in che cosa consisterebbe mai l'irragionevolezza? Se è vero – come è vero – che il diritto alla vita dovrebbe essere disponibile, non si vede a quale titolo dovrebbe essere sindacata la ragione della scelta espressa con piena consapevolezza e libertà. Non v'è dubbio che in materia si confrontino e collidano concezioni della vita tra loro molto diverse, senza che questo possa implicare il predominio necessario dell'una sull'altra. A nessuno viene richiesto di abdicare alla propria concezione, ma solo ed esclusivamente di riconoscere a ciascuno il diritto di seguirla, nel totale rispetto di quella degli altri: la quintessenza della libertà come valore della persona. È la lezione di Seneca, nella lettera a Lucilio dedicata al suicidio, classica perché di validità persistente: «Troverai anche dei filosofi che negano il diritto di far violenza alla propria vita: giudicano un'azione nefanda farsi assassini di se stessi, e sostengono che bisogna aspettare il termine stabilito dalla natura. Dire ciò significa non accorgersi che si chiude la via della libertà. La legge eterna non ha fatto niente di meglio di questo: ci ha dato un solo modo per entrare nella vita, ma molte possibilità di uscirne. Dovrei aspettare la

crudeltà di una malattia o di un uomo, quando posso andarmene sfuggendo ai tormenti e alle avversità? Questo è l'unico motivo per cui non possiamo lagnarci della vita: essa non trattiene nessuno. Le cose umane sono così ordinate che nessuno è infelice se non per sua colpa. Ti piace la vita? Vivi. Non ti piace? Puoi tornare donde sei venuto»⁶.

Peraltro, le cose che stanno nel cielo dei principi debbono pur sempre trovare le gambe che permettano loro di camminare sulla terra. In questa prospettiva, l'argomento del supposto iato tra intenzione ed esito si rivela fallace tanto nelle premesse poste quanto nelle conseguenze prospettate.

Se taluno uccidesse una persona invocandone il previo consenso, la vicenda si aprirebbe sempre necessariamente con la sua incriminazione per omicidio volontario. La sussistenza di un valido consenso presuppone non solo maggiore età ed assenza di infermità psichiche (quest'ultima già pressoché impossibile da provare, trattandosi di prova negativa, su un soggetto che ovviamente non è più esaminabile), ma anche l'assenza di una semplice condizione di «deficienza psichica, per un'altra infermità» (diversa, e intrinsecamente meno grave di quella suscettibile di determinare una vera e propria «infermità di mente»). La «deficienza psichica» copre una vasta, potenzialmente indeterminata, gamma di disturbi, di carattere nevrotico o dipendenti da un'infermità fisica, tutti suscettibili di rendere invalido il consenso. Come fornire la prova che nessuno di questi disturbi lo abbia inficiato? Il solo fatto che una persona, in condizioni apparenti di perfetta salute fisica e psichica, abbia consentito alla propria uccisione, finirebbe con l'apparire assurdo ed irragionevole, quali che fossero gli elementi precostituiti per dimostrarlo.

In proposito, basta rileggere le più che guardinghe precisazioni della *Relazione* in tema di validità del consenso sulla scorta delle indicazioni normative. Non si tratta certo di applicare semplici nozioni civilistiche, precisa il Guardasigilli, ma di riscontrare compiutamente l'assenza anche di «semplici minacce vaghe», o della «rappresentazione di pericoli o danni lontani» o di qualsiasi «sottile opera di persuasione che, sfruttando un proposito ancora incerto od eliminando la ripugnanza alla strage di se stesso, tragga la vittima ad esprimere il proprio consenso». Il richiamo alla «suggestione» coprirebbe poi anche «la insistente lenta opera di persuasione che fiacca la volontà della vittima e fa questa succube del colpevole»⁷.

Su questa traiettoria, guardinga e circospetta, si è orientata senza esitazioni la pur scarna giurisprudenza in materia di omicidio del consenziente. Il *Leitmotiv* che interamente accompagna la modesta sequela di decisioni è che «il consenso presupposto dell'omicidio del consenziente deve essere *serio, esplicito, non equivoco e perdurante sino alla commissione del fatto*, ed esprimere una volontà di morire, la cui *prova deve essere univoca, chiara e convincente in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile a opera di terzi*»⁸. Viene quindi decisamente esclusa la rilevanza del

⁶ Cfr. SENECA, *Lettera a Lucilio*, Libro VIII, lettera 70, 14-15.

⁷ Cfr. *Relazione*, cit., 374.

⁸ Cfr., da ultimo, Cass. I 19 aprile 2018, n. 747; Cass. I 26 maggio 2017, n. 3392; Cass. I 17 novembre 2010, n. 43954.

consenso indirettamente arguito da espressioni di invocazione alla morte, di un consenso contraddetto dal comportamento tenuto dalla vittima durante l'esecuzione dell'omicidio, per non dire delle ipotesi in cui le condizioni psichiche della persona uccisa palesassero una qualche condizione di fragilità. È facile presumere che qualora si trattasse di scriminare un omicidio, lo scrutinio processuale del consenso sarebbe ancor più cauto, rigido e severo. Comunque, nell'arco dell'ultimo quarto di secolo non è dato riscontrare, nella giurisprudenza di legittimità, alcun precedente favorevole all'applicazione dell'art. 579 c.p. Può ben darsi che in quella di merito ricorra qualche decisione positiva, passata in giudicato senza il vaglio della Suprema Corte; ma si sarà evidentemente trattato di ipotesi – se ve ne sono – tanto eccezionalmente chiare e convincenti da non sollecitare la verifica di legittimità da parte del pubblico ministero.

Come risulta dunque evidente, una volta che il consenso abbia assunto un ruolo scriminante in una materia così delicata, quale quella del diritto alla vita, la sua prestazione e la prova della sua piena e persistente validità non possono ragionevolmente e praticamente prescindere da una disciplina legale consentanea all'importanza della scelta da assumere. Si tratta di un problema che accompagna, da sempre ed inevitabilmente, il riconoscimento di qualsiasi diritto, non soltanto in materia di diritti personali, ma di qualsiasi natura, anche, ovviamente, patrimoniali: che sarebbe della proprietà senza la disciplina dei modi di disposizione e le garanzie connesse alla trascrizione degli atti? L'assenza di una disciplina di esercizio previa rispetto al diritto o ad esso non contestuale non può certo costituire un ostacolo alla sua introduzione, né, tanto meno, precludere un referendum per il suo riconoscimento. Del resto, la Corte costituzionale, quando dichiarò la parziale incostituzionalità dell'aborto di donna consenziente (art. 546 c.p.) nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implicasse danno, o pericolo grave e non altrimenti evitabile, per la salute della madre, precisò nel dispositivo che tale pericolo dovesse essere «medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione». In essa, si precisava fosse «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata alla previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla»⁹.

L'analogo problema si è posto al momento della declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., ed è stato risolto richiamando la disciplina contenuta negli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, che ancorano la prestazione del consenso a precise modalità di manifestazione e di accertamento in ambito medico. In pratica, la garanzia di un'applicazione non controvertibile del principio di disponibilità finirebbe col dipendere da un regime normativo – quello delineato rispetto all'aiuto al suicidio - fortemente limitativo del diritto di disporre della propria vita. Per lo meno si rimedierebbe all'assurdo per cui oggi è possibile prestare aiuto al suicidio in casi nei quali non è invece possibile ricorrere all'eutanasia, discriminando irragionevolmente coloro che, pur se aiutati, non sono

⁹ Cfr. Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27.

fisicamente in grado di procurarsi da soli la morte; ma certo non potrebbe essere considerato un assetto accettabile, una volta accolto nell'ordinamento il principio di disponibilità del diritto alla vita: al di fuori degli angusti confini tracciati dalla sent. n. 242/2019 si profilerebbe il rischio, tutt'altro che teorico, ed in realtà incombente, di un'incriminazione (e di una successiva condanna) a titolo di omicidio volontario. È ovvio che dovrà essere il Parlamento a disciplinare organicamente la materia, in modo che il diritto riconosciuto di scegliere il proprio destino abbia un esercizio garantito e congruamente disciplinato. È uno scenario che interessa certamente il referendum ma che, altrettanto certamente, non ne condiziona lo svolgimento.

Nessuno iato, dunque. L'approvazione del referendum produrrebbe un primo effetto, quello cioè di assimilare l'attuale ragione del suicidio assistito a quella dell'omicidio del consenziente. Un effetto certamente voluto, ma altrettanto certamente non tale da esaurire lo spazio che il principio di disponibilità della propria vita deve pur trovare in un ordinamento che finalmente lo abbia sancito.

IL REFERENDUM SULL'OMICIDIO DEL CONSENZIENTE FRA AMMISSIBILITÀ E MERITO

di UGO ADAMO*

Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo *ex art. 75 Cost.* ha conosciuto nel corso dei decenni una significativa innovazione rispetto all'istituto per come disegnato dal testo costituzionale. Innovazione dovuta a una giurisprudenza tanto invasiva quanto imprevedibile che rende assai difficile anticipare (con un'accettabile dose di prevedibilità, appunto) la decisione che la Corte farà propria il prossimo 10 febbraio.

Ciò su cui si concentrerà l'attenzione processuale della Corte è la richiesta referendaria relativa all'articolo 579 c.p., vale a dire quella disposizione codicistica che dal 1930 vieta l'omicidio del consenziente *in modo assoluto*, in quanto figura autonoma di delitto, in affermazione del principio di indisponibilità della vita.

Anche se si ritiene che il controllo della Corte dovrebbe rimanere circoscritto a un giudizio di mera ammissibilità, si è consapevoli di almeno tre elementi presenti nel dibattito attuale: una 'giurisprudenza referendaria' quanto meno ondivaga, la possibile interpretazione per cui il referendum riconoscerebbe la facoltà di chiedere di morire *a prescindere dal proprio stato di salute* e la circostanza per cui se si giudicasse la normativa di risulta, l'ammissibilità del referendum potrebbe essere a rischio; per questo l'intento che ci si propone di raggiungere con questo scritto è quello di verificare se proprio la normativa di risulta del referendum art. 579 c.p., soprattutto dopo la sent. n. 242/2019, potrà essere declinata in un contesto eutanasi o (questa è la tesi) solo su questo.

Al netto dei limiti propri dello strumento referendario, con la legge di risulta *chiunque* (per quello che diremo, un medico), per non essere incriminato per omicidio, dovrà muoversi proprio nello stretto ambito del fine vita, vale a dire che dovrà dimostrare (e avrà l'interesse a farlo) che l'autorizzazione a compiere l'omicidio del consenziente discende dallo stesso consenso (proceduralmente e sostanzialmente) previsto già per la procedura dell'aiuto al suicidio (anche in questa il riferimento è al pronome indefinito *chiunque*)¹.

Per come dimostra la giurisprudenza ordinaria (granitica e costante) è quanto meno difficile supporre che si possa provare in altro modo il consenso (l'accertata volontà deve essere seria, chiara e convincente) senza il rischio (o la certezza) di essere non solo incriminato ma anche condannato.

La normativa penale dell'omicidio del consenziente sarà applicabile *in re ipsa* in un contesto eutanasi (su tutto: lo stato di malattia grave, cronica, invalidante e irreversibile). Si afferma ciò, perché è con la sent. n. 242/2019 che si è dato l'abbrivio alla costruzione di quello che si può definire lo *statuto del principio di*

* Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università della Calabria

¹ Ma il consenso, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, può essere acquisito nell'ambito del fine vita solo dal medico, e infatti così è stato interpretato il riferimento al pronome *chiunque* nell'art. 580 c.p.

autodeterminazione nelle scelte di fine vita (anche quando si pone a un medico una richiesta di *facere*); principio che si fonda *e* sul consenso *e* sulla verifica che la decisione presa sia libera e consapevole² *e* sulla presenza di un contesto di grave malattia. Detto altrimenti, non si riesce a immaginare come si possa richiedere il proprio fine vita senza presentare il quadro clinico e psicologico che risulta dalla 'giurisprudenza Cappato-Antoniani'³; si afferma ciò non solo perché il consenso va accertato, ma anche perché l'ordinamento già permette che il consenso produca delle conseguenze a discapito del bene vita ma solo se e nella misura in cui si realizza una scriminante procedurale che è insista nello *statuto costituzionale del fine vita*: perché espliciti efficacia scriminante il consenso deve essere libero e provato e la capacità del consenziente deve risolversi in una capacità di intendere e di volere da accertare caso per caso, e questo caso è legato a un contesto che è di fine vita.

La Corte con la sent. n. 242/2019 ha consentito che in ambito di fine vita il *principio di autodeterminazione* possa esplicitarsi ma *limitatamente* alle strette condizioni da essa stessa determinate. Quindi non un consenso senza limiti, anzi, tutto il contrario. Affermata questa cornice costituzionale, se gli stessi limiti non dovessero risultare cogenti anche per l'espressione dell'autodeterminazione per la richiesta di omicidio del consenziente, allora la normativa di risulta non potrebbe che essere incostituzionale. Detto in altro modo, il solo consenso, comunque nell'impossibilità della sua verifica, non potrebbe scriminare quando l'oggetto di tutela è il bene vita. La Corte (ord. n. 20/27108; sent. n. 242/2019) dispone che i limiti all'evoluzione moderna delle pratiche eutanasiche (ecco perché si parla di *statuto costituzionale del principio di autodeterminazione nelle scelte del fine vita*) devono essere inquadrati – e, quindi, legittimati – in un ordinamento in cui, seppure non esiste il dovere di vivere, l'interesse primario da tutelare è non solo (per come si sta dicendo) il rispetto del principio di autodeterminazione, ma anche lo stesso diritto alla vita nonché la funzione general-preventiva c.d. positiva del diritto penale (laico e secolarizzato) che è posto a protezione proprio del bene primario della vita. Quindi, «l'idea di legittimare l'uccisione di taluno deve trovare riscontro esterno basato sulla minore meritevolezza del bene-vita»⁴, che viene oggettivata sulla base di criteri tassativi concernenti le condizioni in cui il soggetto cosciente deve trovarsi affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, non bastando, appunto, la sua mera richiesta, seppur priva di qualsiasi costrizione esterna o interna. L'eventuale richiesta di omicidio del consenziente che non rispetti le coordinate della Corte non avrebbe seguito, in quanto non corrispondente alle procedure oggi disponibili, che sono quelle scritte dalla Corte nella sent. n. 242/2019 (al di là del fatto che le si ritenga troppo o troppo poco stringenti).

Non rilevano, allora, quei dubbi generati da una presunta irragionevolezza della normativa risultante dall'abrogazione per il fatto che essa porterebbe a legalizzare

² Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*

³ Sulla quale chi scrive ha comunque avanzato diverse critiche per aver valutato la «cintura protettiva» come troppo stretta: *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *Biolaw Journal*, 1/2020, 35 ss.

⁴ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 719.

l'omicidio del consenziente a prescindere da qualsiasi limite⁵ se non quello, non meglio specificato, del *consenso*. Il *consenso* è evidentemente quello inserito nelle decisioni di fine vita perché l'art. 579 è, da questo punto di vista, un tutt'uno con il 580 c.p. Non basta, *id est*, chiedere di morire a prescindere dal proprio stato di salute per essere consenzienti al proprio omicidio, proprio perché il consenso richiesto va accertato⁶ nell'unica procedura che nell'ordinamento già esiste ovverosia quella predisposta in un contesto di richiesta di aiuto medicalizzato a morire. Inoltre, ricondotta la vita tra i diritti disponibili, la portata scriminante del consenso deve essere determinata assumendo come parametro di riferimento la sent. n. 242/2019 che tratta del bene vita come diritto disponibile, seppure stabilita la conformità a Costituzione dell'aiuto al suicidio. Il consenso ha tutti quei limiti che sono quelli che si ricavano direttamente dal rispetto di altri beni costituzionalmente rilevanti, a partire dallo stesso bene vita.

Se questa ricostruzione è corretta, il giudizio di ragionevolezza della normativa di risulta non reca alcun pregiudizio, se invece non lo fosse sarà compito dei soggetti istituzionali predisposti dall'ordinamento medesimo risolvere eventuali irragionevolezza.

Se la Corte dovesse ritenere di poter dichiarare ammissibile o meno la richiesta referendaria per l'accoglimento o meno della questione, potrebbe anche giungere a dichiararla ammissibile previo giudizio di interpretazione conforme che sarebbe in grado di chiarire almeno due circostanze, ovverosia che la normativa *seguito* e *conseguente* all'esito favorevole del referendum è direttamente applicabile e che non risultano elementi di contraddittorietà ordinamentali.

Come la Corte è riuscita a dichiarare parzialmente incostituzionale l'art. 580 c.p., e i giudici comuni sono riusciti a verificarne la corretta applicazione, così potrà avvenire per l'art. 579 c.p., visto che la proposta referendaria ha l'intento di superare la disparità di trattamento tra chi versa in condizioni di malattia differenti. E infatti, alcune gravi patologie non rendono possibile che l'aiuto al suicidio possa concretizzarsi nel massimo atto con cui ci si può liberare da un corpo che si è fatto carcere⁷. Ciò che i proponenti il referendum vogliono assicurare è il divieto di discriminazione per *condizioni personali*.

Ma al di là dell'intenzione dei promotori⁸, è comunque l'eventuale controllo della Corte che farà sì che si ponga lo stesso esito interpretativo stabilito dalla stessa Corte sulla normativa dell'aiuto al suicidio e, quindi, si farà valere e la scriminante procedurale 'creata' anche sulla base (anche) della legge n. 219/2017 e la «cintura protettiva» in grado di tutelare il bene vita.

Ciò sarebbe possibile non solo durante un controllo successivo, ma, forse (il dubitativo è quanto meno opportuno), in parte già nella fase dell'ammissibilità. Detto in altro modo, se la Corte dovesse andare al di là della verifica della mera

⁵ Il riferimento va ai limiti definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242/2019; i requisiti sono: patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, attivazione di trattamenti di sostegno vitale, capacità di prendere decisioni libere e consapevoli.

⁶ Cass. pen., sez. I, 25/01/2006, n. 7338.

⁷ S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna 2021.

⁸ Del resto, la richiesta di abrogazione è atto privo di motivazione.

presenza della legge costituzionalmente necessaria (la tutela «minima» del diritto alla vita è infatti preservata)⁹ fino ad anticipare un sindacato di ragionevolezza della normativa di risulta, varrebbe anche l'impiego da parte della Corte stessa del suo strumentario interpretativo e quindi anche di quella che si potrebbe definire *interpretativa di ammissibilità*¹⁰ nella quale la Corte chiarisca l'interpretazione per cui l'omicidio del consenziente è possibile solo in un contesto eutanasi (stante quello che abbiamo definito *statuto costituzionale del fine vita*, a seguito della 242). Si è consci della forzatura appena avanzata che comunque parte dalla premessa per cui dovrebbe essere precluso alla Corte un sindacato di legittimità preventivo, ma se la Corte dovesse spingersi fino a una valutazione della conformità alla Costituzione della legge oggetto della richiesta referendaria allora non avrebbe senso limitarla al binomio fondatezza(inammissibilità)/infondatezza(ammissibilità).

Da qui, dovrebbe poi apparire lapalissiano che il principio di autodeterminazione, la tutela dei soggetti vulnerabili e il riconoscimento del compito dello Stato di tutelare il bene vita – il tutto in un contesto eutanasi – costituiscono il fondamento dell'omicidio del consenziente con limiti, questi ultimi necessari per la creazione di una «cintura protettiva»¹¹.

Rimanendo comunque al mero testo, resterebbe punibile, infatti ed evidentemente, l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) qualora questo venga commesso contro una persona minorenni; contro una persona inferma di mente, o una persona che si trovi in condizioni di deficienza psichica, per altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

È vero che l'art. 580 c.p. (prima della sent. n. 242/2019) non permetteva alcuna interpretazione adeguatrice che aprisse all'aiuto (medicalizzato) al suicidio con limiti, ma dopo la sentenza della Corte questo spazio interpretativo è possibile; non può che esistere l'omicidio medicalizzato per chi appresta un consenso che, per sua natura, deve essere rilevato in una procedura che già opera e che serve anche a valutare la presenza del contesto eutanasi.

⁹ Il nucleo costituzionalmente irrinunciabile è infatti fatto salvo nella misura in cui il fatto è punibile se commesso contro un soggetto vulnerabile o il cui consenso sia stato estorto o carpito. Sul punto, molto più che condivisibilmente, A. PUGIOTTO, *Intervento ne Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme* (<http://www.giustiziainsieme.it>), 5.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 26/2017, p.to 6 *cons. dir.*, nella quale, ad esempio, la Corte si spinge ad avanzare un monito ai promotori rivolgendosi a essi: «[a]ltro [rispetto alla inammissibilità] sarebbe stato se il quesito referendario avesse chiesto la integrale abrogazione del limite occupazionale». Anche guardando l'impiego che di tale tecnica ha fatto la Corte in giudizi altri rispetto all'incidentale, come in quello principale, si è comunque consapevoli che i problemi dell'uso dell'interpretativa (che avrebbe anche il fine di disporre di un autorevolissimo precedente) sarebbero tanti e plurimi, su tutti: la mancanza totale di diritto vivente e la indisponibilità di qualsiasi strumento tale da permettere la lettura offerta dalla Corte come vincolante.

¹¹ Esplicitamente in Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 4 *cons. in dir.* e implicitamente in Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*: la cintura protettiva assolve allo scopo 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».

A questo punto è di certo interessante ricordare che i processi che hanno avuto modo di prendere in considerazione la fattispecie astratta dell'omicidio del consenziente sono davvero esigui; in essi il richiedente è sempre un soggetto gravemente malato¹², ma all'imputato non è mai stato configurato il reato meno grave di cui all'art. 579 c.p., trovando sempre applicazione, nel caso concreto, la disposizione relativa all'omicidio volontario *ex art. 575 c.p.*¹³. Tanto che l'art. 579 c.p. è di fatto non applicato non rientrando nessuna fattispecie concreta nell'ipotesi delittuosa ivi definita, con problematiche relative alla qualificazione giuridica del fatto e al trattamento sanzionatorio applicabile, risolte sempre con l'impossibilità della sussumibilità del caso di specie nell'ambito di applicazione della fattispecie 'privilegiata' dell'omicidio del consenziente, non essendo stata (mai) adeguatamente provata la sussistenza di un valido consenso.

Questo dato fattuale – che dimostra come l'interpretazione per cui l'omicidio del consenziente debba essere medicalizzato e limitato al contesto eutanasi – è più che importante per evidenziare che la verifica del consenso è legata a una necessità probatoria che, per quello che finora abbiamo cercato di dimostrare, non si può che rinvenire nel procedimento scriminante creato già dalla Corte costituzionale che permette il bilanciamento tra autodeterminazione e bene vita sul consenso libero e consapevole espresso in un contesto eutanasi.

Ma questa, lo si ripete, è solo una valutazione che non deve (non dovrebbe) entrare in quelle che spettano (almeno in questa fase) alla Corte costituzionale.

¹² Affinché si configuri un'ipotesi di omicidio del consenziente, e non di omicidio volontario, è necessario che il consenso della vittima (*rectius* della persona) sia serio, esplicito, non ambiguo e perdurante sino al momento della commissione del fatto, tale da esprimere un'evidente volontà di morire, provata in modo *univoco, chiaro e convincente*, in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile a opera di terzi. Cass. pen., sez. I, 19/04/2018, n. 747.

¹³ La giurisprudenza rileva sempre l'assenza di una prova «*univoca, chiara e convincente*» della sussistenza di una volontà di essere uccisi *per porre fine alle proprie sofferenze*, così come la mancanza, in ogni caso, dei requisiti *stringenti* necessari ai fini della validità del consenso stesso. «Sotto un ulteriore profilo, la Corte di merito ha correttamente valorizzato la patologia (anche) psichica da cui era affetta la vittima R.A., sofferente di un ritardo cognitivo aggravato da disturbi psicotici e del comportamento, al fine di escludere – comunque – la stessa configurabilità di un valido consenso della persona offesa alla propria eliminazione fisica. L'art. 579 c.p., comma 3, n. 2 prevede, infatti, che debba trovare applicazione la disposizione relativa all'omicidio volontario, *ex art. 575 c.p.*, allorché il fatto sia commesso in danno di una persona che versi in condizioni (patologiche) di deficienza psichica; perché sia configurabile il meno grave reato di cui all'art. 579 c.p., occorre che il consenso della vittima alla propria soppressione costituisca il frutto di una deliberazione pienamente consapevole, non inquinata nella sua formazione da un *deficit* mentale di natura patologica, dovendo altrimenti riconoscersi – in tutti i casi in cui manchi una prova univoca, chiara e convincente di una libera ed effettiva volontà di morire manifestata dalla vittima – assoluta prevalenza al diritto alla vita, quale diritto personalissimo, riconosciuto come inviolabile dall'art. 2 Cost., che non può attribuire a terzi (anche se si tratti di stretti congiunti) il potere di disporre, in base alla propria percezione della qualità della vita altrui, dell'incolumità e dell'integrità fisica di un'altra persona». Cass. pen., sez. I, 26/05/2017, n. 3392 p.to 2.2 *Diritto*. Cfr., altresì, Cass. pen., sez. I, 13 novembre 1970, n. 1155; Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1989, n. 2501; Cass. pen., sez. I, 27 giugno 1991, n. 8128; Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147; Cass. pen., sez. I, 12/11/2015, n. 12928; Cass. pen., sez. I, 19/03/2014, n. 22612; Cass. pen., sez. I, 13/11/2013, n. 37246; Cass. pen., sez. I, 08/11/2012, n. 31466; Cass. pen., sez. I, 17/11/2010, n. 43954; Cass. pen., sez. I, 21/12/2011, n. 542.

Il testo referendato è aperto a diverse soluzioni, perché si è dinanzi a una disposizione e non a una norma che comunque potrebbe rilevarsi costituzionalmente conforme; ma questa – ancora una volta – è una questione che prescinde dal giudizio di ammissibilità referendaria.

Alla luce del referendum art. 579 c.p., chi soffre di malattia grave e incurabile chiederà alle strutture sanitarie che ciò che avviene per chi chiede l'aiuto al suicidio sia possibile anche per chi chiede l'omicidio del consenziente. Con una certa dose di predittività: l'ASL competente, rifiutandosi di dar seguito alla richiesta¹⁴, attiverà il percorso giurisdizionale che favorirà la creazione di un vero e proprio diritto vivente; i giudici, quindi, saranno (molto più che probabilmente) chiamati a svolgere la loro funzione giurisdizionale vista la mancanza di quella nomopoietica del Parlamento.

¹⁴ È chiaro il riferimento al seguito di Corte cost., sent. n. 242/2019, nel 'caso Trentini' e nel 'caso Mario'.

ANALOGIE IMPOSSIBILI E POSSIBILI: PERCHÉ IL QUESITO SULL'ART. 579 C.P. È INAMMISSIBILE

di ANNA ALBERTI*

SOMMARIO: 1. La ricostruzione della normativa di risulta e l'analogia impossibile nella materia penale – 2. Tutto ciò che non è vietato, è permesso – 3. L'analogia possibile nel diritto costituzionale: l'omicidio del consenziente come "cintura di protezione" – 4. Non si può eliminare, ma solo *allentare* la seconda cintura di protezione.

1. Prima di formulare qualsiasi considerazione conclusiva circa l'ammissibilità del quesito referendario occorre ricostruire con esattezza la portata dell'abrogazione referendaria proposta.

Come è risaputo, è oggetto del quesito l'art. 579 c.p., il quale dispone che «chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano 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». In particolare, si propone di abrogare le parole del primo comma "*la reclusione da sei a quindici anni*", il comma secondo nella sua interezza e il comma terzo limitatamente alle parole "*Si applicano*".

In caso di approvazione popolare della proposta referendaria il testo dell'art. 579 c.p. risulterebbe il seguente: «*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*». È palese che l'effetto abrogativo sarebbe quello di depenalizzare *in toto* l'omicidio del consenziente, rendendo lecita la condotta di chi, con il consenso della vittima, ne abbia cagionato la morte. Continuerà invece a rispondere di omicidio, secondo quanto già prevede il vigente terzo comma dell'art. 579, chi, pur avendo il consenso della vittima, abbia commesso il fatto contro le specifiche categorie di persone ivi indicate.

Il Comitato promotore nega che ci sarebbe l'effetto di depenalizzazione ricostruito sopra, poiché ritiene che, anche per il tramite offerto dalla sent. n. 242/2019, la formula "*con il consenso di lui*" debba ricostruirsi facendo leva sulla legge n. 219 del 2017, sicché dovrebbe trattarsi di «consenso informato» ed

* Ricercatrice di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Sassari

esprimendosi nell'ambito della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» (art. 1, comma secondo): di conseguenza, dovrebbe essere «inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico» (art. 1, comma quarto). Inoltre, in applicazione della sent. n. 242/2019 (e della ordinanza n. 207 del 2018), la persona che consentisse al proprio omicidio dovrebbe essere «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili», e «(c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». Sicché, pure in questo caso si applicherebbe la procedura medicalizzata diretta a controllare *ex ante* la sussistenza dei presupposti sopra indicati.

Tuttavia, va precisato che le due fattispecie alle quali si riferiscono il consenso informato *ex lege* n. 219/2017 e i presupposti di non punibilità elencati dalla sent. n. 242/2019 sono differenti rispetto alla fattispecie dell'omicidio del consenziente: nel primo caso la prestazione (o la revoca) del consenso riguarda l'esecuzione (o il rifiuto) del trattamento terapeutico, nel secondo caso riguarda la non punibilità dell'agevolazione al suicidio ed è tutto da dimostrare che le scriminanti che, introdotte in via pretoria, delimitano l'area del reato di cui all'art. 580 possano, nel contempo, ridurre l'area di liceità creata per via referendaria in seno all'art. 579. Sarebbe, insomma, quantomeno arduo sostenere che la formula “*con il consenso di lui*” abbia la forza di determinare, in assenza di espresso rinvio, l'attrazione analogica di discipline stabilite in relazione a ipotesi ontologicamente diverse da quella in oggetto, tanto più che sarebbe un'analogia in materia penale, su cui – come è risaputo – grava un divieto legislativo espresso.

In definitiva, nella ricostruzione della normativa di risulta si dovrà solamente guardare al testo dell'art. 579 c.p., per come emendato dall'abrogazione referendaria: un testo che, come ogni altra disciplina penale, dovrà interpretarsi secondo il canone della “libertà del non preveduto”.

2. Non c'è dubbio che nel nostro ordinamento, come in qualsiasi altro ordinamento giuridico di derivazione liberale, viga il principio secondo il quale *tutto ciò che non è vietato, è permesso*. La libertà è regola generale e il divieto eccezione particolare. Di ciò debbono tenere conto sia le tecniche di normazione che i metodi dell'interpretazione nella materia penale: se si vuole vietare qualcosa, dev'essere dichiarato *expressis verbis*; e per quel che concerne l'interpretazione, si deve osservare il canone enunciato nel broccardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Ora, applicando il metodo interpretativo della “libertà del non preveduto” alla normativa di risulta sopra ricostruita, cioè alla ri-formulazione dell'art. 579 c.p. che sortirebbe dall'abrogazione referendaria, il significato normativo della disposizione sarebbe quello di consentire l'omicidio del consenziente in tutti quei casi in cui l'atto non sia compiuto su minorenni, infermi di mente, persone in stato di deficienza psichica per abuso di alcol o di sostanze stupefacenti e persone il cui consenso sia ottenuto con forza, minaccia, inganno, suggestione. Fuori dalle ipotesi elencate, dunque, *chiunque* (un medico, parente, amico, conoscente, semplice

passante...) sarebbe libero di uccidere e alla sola condizione che sia certificato il previo valido consenso della vittima.

Va inoltre osservato che se è depenalizzato l'omicidio del consenziente, senza ulteriori condizioni oltre quelle espressamente stabilite, la liceità si espande anche ai modi dell'uccisione, che potranno contemplare tecniche diverse, dal farmaco letale all'arma da fuoco o da taglio, ecc., senza che necessariamente debbano essere specificate nella prestazione del consenso e, quindi, senza che vi sia la certezza che la vittima vi abbia consentito. Di qui una sorta di paradosso: supponendo, infatti, che il consenso sia certificato e che non contenga indicazioni precise e vincolanti sulle modalità dell'omicidio, come ci si dovrebbe regolare nel caso in cui l'omicida abbia eseguito la richiesta della vittima adoperando una modalità di particolare efferatezza? Per quale reato lo si dovrebbe condannare?

3. Il problema, come si vede, non è la chiarezza, la puntualità e la precisione dell'effetto abrogativo, benché questo sia evidentemente distante da come il Comitato promotore illustra la *ratio* della richiesta referendaria. Il vero problema è la sua 'sostenibilità costituzionale', poiché l'abrogazione proposta espanderebbe oltre il consentito l'area del penalmente lecito, facendo venire meno una norma che per il suo legame strumentale con valori costituzionali di assoluto rilievo deve ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato.

Con riguardo al reato di agevolazione al suicidio *ex art. 580 c.p.* la Corte costituzionale ha già precisato, nella ord. n. 207/2018 e nella sent. n. 242/2019, che la sua previsione risponde a una finalità costituzionale di enorme pregio, poiché offre una «cintura protettiva» a favore di soggetti particolarmente deboli: infatti, per citare le parole della Corte, «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»¹. Anche per questa ragione il dispositivo di accoglimento della qlc sull'art. 580 fu "chirurgico" e non interamente ablativo: la sussistenza di taluni presupposti, puntualmente indicati nella declaratoria di incostituzionalità parziale, determina, sì, la non punibilità delle condotte agevolative, ma comunque rimane fermo per la Corte costituzionale che la pronuncia di accoglimento non si poteva spingere sino al punto di espungere dall'ordinamento la fattispecie generale dell'agevolazione al suicidio, poiché essa è a protezione della vita delle persone più inermi.

Ciò premesso, si tratta di capire se la medesima linea di ragionamento debba valere anche per l'art. 579 c.p.: l'analogia è vietata nella materia penale, ma nel campo dell'argomentazione costituzionale è pienamente lecita. Ebbene, se «l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è (...) funzionale alla tutela del diritto

¹ Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 6 del *Considerato in diritto*.

alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio»², *a fortiori* lo stesso deve valere per l'omicidio del consenziente: pure questa fattispecie di reato offre una "cintura di protezione" generale per i soggetti più inermi.

Certo, si può eccepire che lo stesso art. 579 c.p., al comma terzo, si preoccupa in modo particolare di talune categorie di persone deboli, riportando la loro uccisione nella fattispecie dell'omicidio "semplice" (punito più duramente): è il caso dell'omicidio del consenziente perpetrato «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». Ma questa elencazione non è ampia come quella prodotta dalla Corte con riguardo alla «cintura protettiva» *ex art. 580*: e cioè non comprende le «persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita». Sarebbe costituzionalmente sostenibile privare tutti questi soggetti della "cintura di protezione" offerta dalla fattispecie generale dell'omicidio del consenziente?

4. In conclusione, l'espunzione referendaria secca e integrale del reato di omicidio del consenziente, nella misura in cui priva di protezione la vita dei più deboli, deve ritenersi inammissibile in quanto lesiva di una norma a contenuto costituzionalmente vincolato.

Ovviamente, così come è accaduto per l'agevolazione al suicidio *ex art. 580*, anche la seconda cintura protettiva può essere sapientemente *allentata*. Il *first best* sarebbe un intervento legislativo che, chirurgicamente, estendesse le scriminanti enucleate con riguardo all'art. 580 e che, perciò, escludesse il reato nel caso in cui a consentire il proprio omicidio fosse "un paziente affetto da grave patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psichiche assolutamente intollerabili, e che sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, nonché capace di prendere decisioni libere e consapevoli nelle forme e nei modi previsti dalla legge n. 219 del 2017, ma che non possa suicidarsi a causa della sua patologia, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente". E va da sé che le parole su riportate potrebbero, altresì, formare il dispositivo di accoglimento di una sentenza della Corte costituzionale che, quale *second best*, allentasse la cintura di protezione dichiarando l'incostituzionalità parziale dell'art. 579 c.p. per contrasto con l'art 3, comma primo, Cost. e 32, comma secondo, Cost.: un esito che, purtroppo, non è possibile ottenere seguendo la via dell'abrogazione secca che è proposta nel quesito referendario qui in esame.

² Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 6 del *Considerato in diritto*.

È INAMMISSIBILE IL QUESITO REFERENDARIO PER LA COSIDDETTA “EUTANASIA LEGALE”

di ADELE ANZON DEMMIG*

SOMMARIO: 1. La libertà di disporre della propria vita tra eutanasia “attiva” e eutanasia “passiva”. - 2. - Lo spettro di operatività dell’art. 579 c.p. e la sua surrettizia limitazione alla cosiddetta “eutanasia legale”. - 3. Agevolazione al suicidio e omicidio del consenziente: sovrapposizione e confusione tra le rispettive condotte. - 4. Ambiguità del quesito e inammissibilità della richiesta referendaria. - 5. La normativa di risulta e l’incostituzionalità della liberalizzazione dell’omicidio del consenziente. - 6. La recente sentenza del Bundesverfassungsgericht sull’aiuto al suicidio.

1. Prima di esporre le mie osservazioni voglio unirmi a Giuditta Brunelli e agli altri colleghi nel commosso ricordo di Beniamino Caravita, studioso di straordinario impegno e di indiscusso talento, collega e amico da tempi lontani.

Il comitato dei promotori, sul proprio sito *web*, sotto il titolo referendum “per l’eutanasia legale”, esprime la *ratio* del quesito, dichiarando che “sul piano della politica del diritto l’esito referendario mira a sostituire il principio d’indisponibilità del diritto alla vita (cui si ispira il codice Rocco) con l’opposto principio di autodeterminazione in ordine alla scelta sul se, come e quando porre termine legalmente alla propria vita. L’abrogazione referendaria, in altri termini, darebbe vita ad un vero e proprio diritto alla disponibilità della propria vita.

L’argomento non persuade per diversi motivi.

Innanzitutto, perché il diritto alla vita desunto implicitamente dall’art. 2 Cost. (sent. n. 242/2019, par. 2.2 mot. dir.), come facoltà di disporre della propria vita dandosi volontariamente la morte, esiste già, non c’è nessun bisogno del referendum. Chi vuole è già ora perfettamente libero di uccidersi da solo. Nessuna legge lo vieta, né lo impedirebbe una pretesa implicita “illiceità” del suicidio o un presunto “dovere di vivere”; neppure potrebbe essere in un qualsiasi modo imposto.

Il problema sorge, mi sembra, soltanto nel caso in cui l’aspirante suicida non può o non vuole provvedervi personalmente. In tale caso, infatti, sempre secondo la sent. n. 242 della Corte costituzionale, il diritto alla disponibilità della propria vita e alla scelta della propria morte non comporta un generale riconoscimento all’individuo di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire e cioè il diritto a morire per mano di terzi (sent. n. 242/2019, punto 2.2 mot. dir. e ord. n. 207/2018; Corte EDU, 29 aprile 2001 in riferimento all’art. 2 CEDU). Un tale diritto, infatti, come appunto argomenta la Corte, non trova fondamento nell’art. 2 Cost., il quale fonda il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo. Di qui la compatibilità con la Costituzione della generale incriminazione dell’aiuto al suicidio da parte di un terzo e l’esclusione della sua punibilità soltanto in una ben circoscritta ipotesi ancorata a rigidi e ben determinati presupposti, l’agevolazione al suicidio da parte di un terzo è dichiarata non punibile.

* Già Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma-Tor Vergata

2. Oggetto del referendum è l'art. 579 c.p. che punisce l'omicidio del consenziente in tutte le sue forme e circostanze. Questo essendo lo spettro di operatività della disposizione, la sua parziale abrogazione referendaria non può che avere la medesima ampiezza. Non può cioè che causare l'abolizione *tout court* del reato di omicidio del consenziente.

Tuttavia sia nel linguaggio dei promotori del referendum, che parlano appunto di "eutanasia legale", sia in varie opinioni espresse sull'argomento e nella estremamente esigua giurisprudenza sul punto, sono esemplificati sempre e soltanto casi in cui le vittime sono persone gravemente ammalate e sofferenti in modo intollerabile: in tal modo si riduce surrettiziamente il raggio di azione dell'art. 579 – e con esso – l'oggetto del quesito - a questi soli casi, mentre invece l'articolo in questione non contiene limitazioni di sorta se non quelle che concernono le 3 ipotesi di consenso invalido di cui ai nn. 1, 2, 3. La sua abrogazione parziale consentirebbe perciò l'omicidio di chiunque, in qualsiasi situazione personale si trovi, anche se perfettamente sano, purché vi presti il proprio valido consenso.

Insomma, si determinerebbe una liberalizzazione di ogni ipotesi di omicidio su richiesta della vittima, consentendone eventualmente anche l'esecuzione da parte di chiunque, anche al proprio domicilio e per fini non altruistici ma puramente commerciali.

In realtà, dunque l'area del referendum sarebbe di portata ben diversa e assai più ampia della alternativa secca tra un sì o un no sull'"eutanasia legale", come si pretende dai documenti e dalla propaganda dei promotori. Tale riferimento è dunque ingannevole. Che rilievo potrebbe avere una simile riduzione della portata del quesito?

È controverso, come si sa se la Corte possa o meno utilizzare nel suo giudizio indizi che non si siano tradotti nella formulazione del quesito: esistono casi in cui lo ha escluso, altri e non pochi casi in cui invece li ha presi in considerazione.

Tuttavia, non può non rilevare il fatto che questa discrasia tra il titolo scelto dai promotori e il contenuto oggettivo della richiesta compromette la chiarezza della richiesta. Il fatto che la limitazione dell'operazione alla "eutanasia legale" compaia appunto quale titolo – ingannevole, come s'è detto - imposto ufficialmente dai promotori e, come tale, normalmente utilizzato nel dibattito pubblico, non potrebbe non esercitare una particolare suggestione sulla formazione dell'opinione degli elettori e - sebbene potrebbe non coincidere con quello poi fissato dall'Ufficio centrale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 32, u.c. legge n. 352 del 1970 – potrebbe produrre quella incertezza e confusione sulla portata e gli effetti dell'abrogazione che renderebbe inammissibile la richiesta.

3. Ma, anche a volere a volere superare questo argomento e a volere considerare regolare questa modalità di limitazione dell'abrogazione dell'art. 579 alle sole ipotesi di "eutanasia legale", resterebbe comunque un dubbio sulla chiarezza del quesito, poiché rimarrebbe l'incertezza sulla qualificazione della condotta del terzo che presta l'aiuto, se cioè sarebbe inquadrabile nell'aiuto al suicidio *ex art.* 580 oppure nell'omicidio del consenziente.

Le condotte nell'uno e nell'altro caso infatti sarebbero identiche. Né si potrebbero distinguere l'una dall'altra sulla base della più che problematica e controversa alternativa tra condotta attiva (eutanasia attiva e cioè l'eutanasia legale dei promotori) e condotta omissiva (eutanasia passiva o suicidio assistito). Non si potrebbero cioè differenziare le due ipotesi argomentando che l'aiuto *ex art. 580* servirebbe soltanto, mediante sole attività preparatorie, a favore dell'aspirante suicida che è capace materialmente di compiere l'atto finale e che personalmente lo mette in atto (eutanasia cosiddetta passiva o "suicidio assistito"), mentre la cosiddetta "eutanasia attiva", e cioè il compimento dell'atto che causa la morte non sarebbe perseguibile altro che come "omicidio del consenziente".

A rendere inutilizzabile tale criterio distintivo tra azione e omissione – oltre alla sua problematicità sul piano teorico - rispetto all'atto finale causativo della morte, vale anche la stessa sent. n. 242/2019 della Corte, la quale (punto 2.3 mot. dir.) testualmente afferma che nella condotta di agevolazione, al pari che in quella del rifiuto del trattamento salvavita, è compresa "anche ...una condotta attiva del terzo- e non richiede "lo specifico comportamento attivo del malato nell'atto finale". Inoltre, una conferma significativa di ciò si trova nel fatto che nei quattro presupposti enunciati nel dispositivo della sentenza non è affatto menzionato quello del necessario intervento autonomo dell'aspirante suicida nell'atto che provoca la morte.

In conclusione, le condotte del terzo nell'uno e nell'altro caso risultano sovrapponibili senza che se ne possa apprezzare la differenza.

Infatti, poiché esiste già nel nostro ordinamento la regola specifica per il caso dell'agevolazione della morte del soggetto afflitto da malattie incurabili irreversibili e da sofferenze insopportabili - e cioè l'art. 580 come rimodulato dall'intervento della Corte – non risulterebbe affatto chiaro il significato della figura da creare per via referendaria, neppure considerando applicabili in via interpretativa le cautele della sent. n. 242/2019 (come vorrebbero i promotori), una via, questa, da ritenere peraltro impraticabile perché le dette cautele sono estranee alla formulazione del quesito e la loro eventuale estensione non sarebbe affatto automatica ma affidata alla discrezionalità dei giudici e degli operatori.

Quindi neppure in tale modo potrebbe chiarirsi la eventuale differenza tra la condotta agevolativa *ex art. 580 c.p.* e quella dell'omicidio del consenziente.

Ma, al di là di questo, e della influenza dell'argomento ai fini dell'inammissibilità del referendum, la prospettata problematica praticabilità dell'integrazione della normativa di risulta potrebbe far sorgere il dubbio che in realtà il ritaglio referendario dell'art. 579 c.p., possa essere auspicato principalmente per creare, anche nei casi di malati terminali, una fattispecie autonoma e "libera" di "eutanasia legale", al fine di eliminare le c.d. le "pastroie della burocrazia", cioè di rendere possibile l'eutanasia al di fuori delle cautele dettate dalla Corte, ivi compreso, mi sembra, anche il passaggio cruciale attraverso il servizio sanitario pubblico, e l'intervento del Comitato etico. In tal modo, è vero si renderebbe tutto più rapido, ma si determinerebbe il rischio inaccettabile che questi soggetti deboli finiscano, senza alcuna difesa, nelle mani di chiunque voglia organizzare anche a fini di lucro l'operazione al proprio domicilio e con modalità, mezzi e personale di

sua esclusiva scelta. Le lungaggini delle procedure debbono, è vero, essere combattute ed eliminate ma per ben diverse vie.

4. Insomma, le condotte del terzo "aiutante" e del terzo "omicida del consenziente" inevitabilmente si confondono e si sovrappongono. Pertanto, il quesito referendario – valutato nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti (sentt. nn. 17/1997, 45/2005) - risulterebbe, come ho cercato di chiarire, niente affatto univoco. L'abrogazione produrrebbe cioè una situazione normativa dubbia e confusa che l'elettore nello scegliere tra il "sì" e il "no" non avrebbe la possibilità di prefigurarsi e comprendere con chiarezza; l'elettore, per dirla con la sent. n. 28/2017, non sarebbe messo «in grado di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto», rimanendo aperti questi interrogativi: la richiesta riguarda soltanto l'"eutanasia legale" oppure tutte le ipotesi di omicidio su richiesta? la specifica condotta del terzo è compresa nella scriminante dell'art. 579 oppure in quella dell'art. 580?

Per tale mancanza di chiarezza di fondo, la richiesta referendaria mi pare, dunque, decisamente *inammissibile*.

5. Al di là del puntuale problema dell'ammissibilità o meno del quesito, aggiungo che l'abrogazione totale della punibilità dell'omicidio del consenziente creerebbe problemi di merito che non è lecito ignorare, quale che sia l'opinione sulla opportunità di politica criminale circa tale abolizione.

In caso di esito positivo del referendum, la normativa di risulta consentirebbe la liberalizzazione dell'omicidio su richiesta della vittima – esclusi i casi indicati dallo stesso art. 579 - non solo dei malati terminali ma anche delle persone "sane" e maggiorenni e pienamente capaci, e lascerebbe costoro alla mercè di qualunque assassino volenteroso, senza alcuna particolare protezione in un momento così delicato e finirebbe per rendere possibili pericolosi abusi di ogni genere. Se è vero che l'art. 2 Cost. è fonte del dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e giustifica come tale la generale incriminazione dell'agevolazione al suicidio (tranne l'eccezione individuata dalla sent. n. 242/2019), non si potrebbe evitare di considerare in contrasto con tale precetto una normativa che esclude la punibilità di qualsiasi uccisione sulla sola base di un consenso della vittima prestato senza alcuna cautela e oltretutto presso che impossibile da dimostrare. È vero che il prefigurare la possibilità di simili conseguenze della normativa di risulta non potrebbe di per sé costituire ragione di inammissibilità del referendum. Resterebbe comunque il rimedio del giudizio incidentale di legittimità costituzionale e l'intervento *a posteriori* della Corte costituzionale.

6. In chiusura, può essere interessante ricordare la recente esperienza tedesca, più volte richiamata.

Nel caso di specie non era in gioco l'incriminazione dell'"omicidio su richiesta" (art. 216 StGB), che resta intatta, ma il tema specifico dell'incriminazione

dell'aiuto al suicidio a *scopo commerciale* (art. 217 StGB). Il Tribunale costituzionale tedesco, sollecitato da plurime iniziative di medici, singoli malati e associazioni di assistenza dichiara il diritto alla vita (in base alla ampia e articolata normativa risultante dagli artt. 1 e 2 GG) come comprensivo non solo del diritto al suicidio, ma anche del diritto all'aiuto al suicidio. Con ciò però non ha "liberalizzato" *in toto* questo aiuto. Ha dichiarato incostituzionale la particolare incriminazione dell'agevolazione *a scopi commerciali*, perché ritenuta lesiva della libertà di autodeterminazione dell'individuo per il fatto che poteva limitare fino a vanificarla la forma normalmente praticata nella gran parte dei casi, quella cioè assistita da professionisti della sanità. Tuttavia, per il Tribunale, dato il valore costituzionale della protezione della vita, il legislatore resterebbe libero di vietare le forme di aiuto che reputi pericolose. Il *Bundesverfassungsgericht*, dunque, ritiene legittimo limitare i casi di aiuto al suicidio, purché però la singola restrizione sia rispettosa del principio di proporzionalità, nel senso che resti assicurata in concreto un libero ricorso ad un effettivo aiuto al suicidio. Quanto poi alla problematica posizione del terzo, l'aiutante professionista sanitario non sarebbe punibile, ma resterebbe fermo che "nessuno può essere obbligato a prestare aiuto al suicidio", come peraltro anche ha affermato la sent. n. 242/2019 della nostra Corte (par. 6 mot. dir.) riconoscendo la libertà di coscienza del singolo sanitario.

CHI SONO I “VULNERABILI” CHE L’ART. 579 C.P. DEVE PROTEGGERE?

di PIER FRANCESCO BRESCIANI*

SOMMARIO: 1. Che cosa voglio dire: la natura costituzionalmente necessaria dell’art. 579, comma 1 c.p. dipende dall’estensione del dovere costituzionale di protezione della vita dei soggetti vulnerabili di cui esso è applicazione. – 2. Due diverse concezioni di vulnerabilità possono essere poste a fondamento del dovere di protezione con conseguenze sulla sua estensione e, quindi, sull’ammissibilità del referendum. – 3. La recente giurisprudenza costituzionale ha considerato una concezione astratta di vulnerabilità compatibile con la Costituzione, ma la questione se essa sia anche costituzionalmente imposta è, per ora, impregiudicata. – 4. Alcune ragioni sostanziali per cui una concezione più concreta di vulnerabilità sarebbe non soltanto costituzionalmente ammissibile, ma anche costituzionalmente preferibile.

1. Uno degli argomenti presentati contro l’ammissibilità del referendum *Eutanasia Legale* è che esso avrebbe a oggetto una norma costituzionalmente necessaria. Chi sostiene questa tesi ritiene, cioè, che l’abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. comporterebbe «*ex se* un pregiudizio totale all’applicazione di un precetto costituzionale» (sent. n. 24/2011, che da ultimo distingue questo caso da quelli – di regola non incidenti sull’ammissibilità di un referendum – in cui l’abrogazione dà soltanto «luogo ad effetti incostituzionali»).

L’individuazione del “precetto costituzionale” di cui l’art. 579 c.p. è applicazione rappresenta dunque un momento fondamentale nello sviluppo dell’argomento della sua natura costituzionalmente necessaria. Il mio intervento si concentrerà su questo punto.

Una riflessione al riguardo non può che partire, io credo, dalla *ratio* già ricostruita dalla Corte costituzionale per l’art. 580 c.p., e cioè dall’idea che questi reati siano «funzional[i] alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili» assolvendo «allo 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» (ord. n. 207/2018).

Nel presente scritto cercherò in particolare di mettere in luce come l’esatta estensione soggettiva di questo dovere costituzionale di proteggere i deboli e vulnerabili dipenda dalla concezione di vulnerabilità che l’interprete decide di adottare. Tenterò quindi di mostrare che chi afferma che l’abrogazione del reato di omicidio del consenziente determinerebbe un “pregiudizio totale” all’adempimento di questo dovere di protezione sostiene – o, comunque, presuppone – una nozione *astratta* di vulnerabilità, mentre chi preferisce – o, comunque, ritiene accettabile – una nozione *più concreta* di vulnerabilità dovrebbe invece ritenere che la normativa di risulta continuerebbe a garantire una tutela minima (ancorché non

* Dottorando in Scienze giuridiche, Università di Bologna

costituzionalmente sufficiente) ai soggetti che lo Stato ha il dovere costituzionale di proteggere.

La mia tesi di fondo, insomma, è che un'analisi della questione nella prospettiva propria della categoria della vulnerabilità permetta di razionalizzare la decisione sulla natura costituzionalmente necessaria dell'art. 579 c.p., pur senza eliminare l'ampio margine di discrezionalità giudiziaria che, in assenza di chiari dati positivi o precedenti specifici, mi sembra caratterizzare tale scelta.

2. Negli ultimi anni la vulnerabilità come concetto giuridicamente rilevante è stato oggetto di crescente attenzione da parte degli studiosi¹. In linea con l'utilizzo che ne è stato fatto da altre Corti dei diritti, la Corte costituzionale ha fatto ricorso all'argomento della vulnerabilità per giustificare interventi dello Stato finalizzati a impedire agli individui di ledere o mettere in pericolo propri beni giuridici primari protetti dall'ordinamento come diritti fondamentali (vita, integrità fisica, salute, ecc.)². In buona sostanza, il ragionamento svolto dalla Corte è che una tutela effettiva di questi diritti fondamentali impone di proteggere i beni giuridici tutelati anche dai loro stessi titolari ogniqualvolta la loro condizione di vulnerabilità faccia dubitare che essi avrebbero deciso di compiere le medesime scelte autolesive anche in condizioni normali³.

Ci sono tuttavia almeno due modi diversi per identificare chi è vulnerabile e, pertanto, chi deve essere oggetto di questa speciale protezione.

Lo si può fare, anzitutto, seguendo uno schema del tipo «chiunque sceglie di fare *x* è vulnerabile» (ad esempio: chiunque sceglie di morire è vulnerabile). Una simile definizione presuppone logicamente un postulato secondo cui «in condizioni normali nessuno deciderebbe di fare *x*». Siccome ogni definizione di vulnerabilità di questo tipo – vale a dire incentrata sul contenuto di una determinata scelta individuale – si fonda in ultima istanza su una presunzione di diminuita capacità decisionale della persona, essa può dirsi *astratta*.

In alternativa, la vulnerabilità può essere definita in relazione a specifiche condizioni personali considerate idonee a diminuire la capacità di compiere scelte libere e consapevoli. In questo secondo caso la definizione presenta uno schema logico del tipo: «chiunque si trova nella condizione personale *y* è vulnerabile» (ad esempio: il minore di età è vulnerabile). Questa seconda concezione di vulnerabilità è del tutto indipendente dal contenuto della scelta dell'individuo e, dunque, non si

¹ Vedi sul tema i numeri monografici 2/2018 e 2/2019 di *Ars Interpretandi*. Nell'ambito della letteratura internazionale v. ad esempio A. TIMMER, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in M. ALBERTSON FINEMAN-A. GREAR (a cura di), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, London, 2013, 147.

² Cfr. in particolare ord. n. 207/2018 e sent. n. 141/2019.

³ Ho già cercato di argomentare più approfonditamente questa e altre idee alla base della presente riflessione in P.F. BRESCIANI, *La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, a cui rinvio per i necessari e più ampi riferimenti bibliografici.

basa su una presunzione analoga a quella su cui è costruita la prima definizione. In questo senso essa può quindi dirsi *più concreta* della precedente⁴.

Chiarita questa differenza sul piano teorico, mi sembra evidente che, nella pratica, se per costruire il dovere costituzionale di protezione dei deboli e vulnerabili un interprete adotta una concezione di vulnerabilità *astratta* (definita, cioè, direttamente in relazione ai contenuti gravemente autolesivi di una scelta individuale e in maniera del tutto indipendente dalle condizioni personali in cui la scelta è compiuta), quello stesso interprete dovrebbe anche concludere che l'abrogazione dell'art. 579 proposta dai Promotori comporterebbe *ex se* una totale frustrazione di tale dovere costituzionale di protezione. Infatti, se il dovere che la Costituzione impone al legislatore è di fornire una qualche forma di protezione a *chiunque* afferma di voler morire (anche a chi, per assurdo, si fosse appena dimostrato pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli), a dare applicazione a tale precetto è proprio e unicamente il comma 1 dell'art. 579 c.p., essendo la restante parte dell'articolo ispirata alla diversa logica di individuare casi in cui un consenso al proprio omicidio non si possa nemmeno considerare espresso.

In altre parole, seguendo questo percorso argomentativo, la Corte potrebbe affermare che a venire in questione non è la possibilità giuridica di disporre della propria vita (secondo la tradizionale dicotomia disponibilità-indisponibilità), ma soltanto il dovere costituzionale di considerare viziato – almeno in prima battuta e in una logica precauzionale – il consenso di chi compia una scelta così gravemente autolesiva come quella di morire. In questa prospettiva, peraltro, un futuro legislatore potrebbe anche depenalizzare l'omicidio del consenziente, purché nel farlo appresti garanzie idonee a proteggere *chiunque* da una scelta di morire non adeguatamente meditata.

Per contro, se il dovere costituzionale di protezione dei deboli e vulnerabili si costruisce adottando una concezione di vulnerabilità *più concreta* – definita, quindi, non già in relazione ai contenuti autolesivi della scelta individuale, ma soltanto alle condizioni personali in cui essa viene compiuta – l'abrogazione del comma 1 dell'art. 579 non sembra più comportare un pregiudizio totale al suo adempimento. Residuerrebbe infatti una qualche protezione per soggetti appartenenti a categorie caratterizzate da una ridotta capacità di prendere decisioni libere e consapevoli (minori, infermi di mente, deficienti psichici per altra infermità o per aver assunto sostanze psicotrope, ecc.), nei soli confronti dei quali, in questa seconda prospettiva, sarebbe invero predicabile un dovere costituzionale di protezione speciale⁵.

⁴ Dico *più concreta* perché anche questa seconda concezione presuppone ovviamente una generalizzazione del tipo «tutti coloro che si trovano nella condizione personale y hanno una ridotta capacità di prendere decisioni libere e consapevoli» (ad esempio: tutti i minori hanno una diminuita capacità decisionale). Una concezione di vulnerabilità *concreta* in senso proprio, infatti, implicherebbe sempre la necessità di effettuare una valutazione del singolo caso (se il minore z abbia realmente una capacità decisionale diminuita).

⁵ Questa è, peraltro, la posizione espressa dalla CEDU in *Haas c. Svizzera*, 2011, ric. n. 31322/07. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, l'art. 2 CEDU «*obliges the national authorities to prevent an individual from taking his or her own life if the decision has not been taken freely and with full understanding of what is involved*» (§54).

Concordo appieno, peraltro, con quanti hanno affermato che rispetto alla normativa di risulta sarebbero in ogni caso prospettabili seri dubbi di costituzionalità (sull'adeguatezza in relazione alla gravità delle conseguenze della scelta di morire di affidare l'accertamento dell'esistenza di un valido consenso a un giudizio *ex post facto*; sull'esistenza di condizioni di vulnerabilità meritevoli di tutela ma non comprese nell'elenco di cui all'art. 579, comma 3, ecc.). Quello che però voglio rimarcare è che – se si adotta una concezione *più concreta* di vulnerabilità e, quindi, se si muove dall'idea che il legislatore abbia il dovere costituzionale di proteggere non *chiunque* sceglie di morire, ma solo coloro che non sono in grado di compiere scelte libere e consapevoli in ragione delle proprie condizioni personali – i gravi dubbi di costituzionalità della normativa di risulta non dovrebbero rilevare in sede di giudizio sull'ammissibilità del referendum, rappresentando essi meri «effetti incostituzionali» del suo eventuale esito positivo, «nel senso di determinare vuoti [e] di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette» (sent. n. 24/2011 cit.).

Se questa ricostruzione dei termini del problema è corretta, dunque, si può dire che la decisione sulla natura costituzionalmente necessaria dell'art. 579 c.p. si risolve, in fondo, nella scelta di un'idea costituzionale di vulnerabilità tra varie possibili.

3. Prima di indicare alcune ragioni a sostegno della scelta di una concezione di vulnerabilità quanto più concreta possibile, trovo utile chiarire in che termini si pongono rispetto al giudizio di ammissibilità i precedenti in cui la Corte costituzionale ha fatto ricorso all'argomento della protezione dei deboli e vulnerabili.

La Corte ha utilizzato il concetto di vulnerabilità per giustificare sia il reato di aiuto al suicidio (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019) sia i reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione (sent. n. 141/2019), e lo ha fatto, in entrambi i casi, muovendo da una concezione di vulnerabilità basata su presunzioni del tipo «chiunque vuole morire/prostituirsi non può che essere vulnerabile». La chiara tendenza verso una concezione *astratta* di vulnerabilità emerge in particolare da un passaggio della sent. n. 141/2019 in cui, a fronte dell'accertamento in fatto della libertà e consapevolezza della scelta di prostituirsi effettuato dal giudice *a quo* e posto alla base della stessa questione di legittimità costituzionale, la Corte afferma che «è [invece] inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, [...] la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo» e che non «giova obiettare che, in tale prospettiva, la disciplina censurata si paleserebbe – nella sua assolutezza – eccedente lo scopo, vietando ogni cooperazione anche con quelle persone che si prostituiscono per effetto di scelte pienamente libere e consapevoli [poiché,] al riguardo, occorre considerare che, in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e,

correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento *ex post* affidato alla giurisdizione penale».

Sintetizzando molto, il principio di diritto costituzionale che per me emerge da questi precedenti è che non si può ritenere precluso al legislatore di adottare discipline normative giustificabili nella sola prospettiva della vulnerabilità *astratta*. In altre parole, non è irragionevole – per la Corte – presumere che chi oggi sceglie di morire o prostituirsi si trovi in una situazione di vulnerabilità e, per questo motivo, la decisione dello Stato di proteggere le persone dalle conseguenze negative di simili scelte non eccede la discrezionalità legislativa.

Questo principio, tuttavia, non appare realmente rilevante per la decisione sull’ammissibilità del referendum. La Corte, infatti, è chiamata in questo caso a compiere un giudizio diverso rispetto al passato: essa non deve confermare se un’idea astratta di vulnerabilità sia compatibile con la Costituzione, come appunto ha già riconosciuto, ma piuttosto stabilire se tale idea sia anche costituzionalmente necessaria. È chiaro, del resto, che dalla soluzione positiva data alla prima questione non deriva necessariamente che anche la seconda vada risolta positivamente, giacché è ben possibile che la Costituzione permetta – come, in effetti, in genere accade – di adottare al riguardo più di una soluzione.

Per queste ragioni mi sembra che i precedenti sull’aiuto al suicidio e sui reati connessi alla prostituzione lascino del tutto impregiudicata la questione se la Costituzione osti all’adozione di una disciplina alternativa a quella vigente e ispirata a una concezione *più concreta* di vulnerabilità, quale quella risultante da un eventuale esito positivo del referendum.

4. Per concludere, entrando nel merito della scelta tra le diverse concezioni di vulnerabilità, vorrei indicare alcune ragioni a sostegno della preferibilità costituzionale di una concezione di vulnerabilità quanto più concreta possibile.

Entrambe le ragioni che addurrò hanno a che fare con la necessità che nell’ambito del procedimento ermeneutico di costruzione del dovere costituzionale di proteggere i più deboli e vulnerabili l’interprete dia adeguata considerazione al principio di uguaglianza.

La prima ragione è di carattere più generale e si connette alla condivisa consapevolezza – ormai da tempo raggiunta nell’ambito della riflessione giusfilosofica sulla categoria della vulnerabilità – che una ricostruzione eccessivamente astratta di quest’ultima comporti il rischio di sostituire alla sua naturale portata emancipatoria l’effetto inverso di «*reinforcing the vulnerability of certain groups by essentializing, stigmatizing, victimizing, and paternalizing them*»⁶. Per scongiurare questo effetto fondamentalmente discriminatorio, gli studiosi suggeriscono, in linea di massima, di adottare nozioni legali di vulnerabilità che implicino valutazioni individualizzate. Con questo non voglio dire, ovviamente, che ogni generalizzazione in questa materia rappresenti sempre e comunque una discriminazione inaccettabile, ma soltanto che laddove un decisore

⁶ L. PERONI-A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, 1056.

politico deve scegliere tra diverse concezioni di vulnerabilità, l'argomento del potenziale effetto discriminatorio in assenza di valutazioni individualizzate suggerisce di preferire la nozione più vicina a un accertamento individuale e, dunque, la *più concreta*.

La seconda ragione, che in un certo senso specifica la prima, è che nella particolare prospettiva dell'ordinamento costituzionale italiano una concezione eccessivamente astratta di vulnerabilità si pone, in effetti, in potenziale contrasto con l'art. 3 Cost.

Se è vero che la condizione di vulnerabilità di una persona determina il dovere di proteggerla poiché ne riduce l'autonomia decisionale, ciò significa che l'ordinamento riconosce ai soggetti che qualifica come vulnerabili una minore capacità rispetto a quella generalmente riconosciuta a tutti. Penso allora che ogni ragionamento giuridico sulla vulnerabilità, in quanto ragionamento sulla capacità delle persone di compiere scelte libere e consapevoli, dovrebbe muovere dall'idea che la Costituzione impone di considerare, in linea di principio, tutti i soggetti come egualmente capaci. Pertanto, se il potere pubblico vuole considerare qualcuno *meno* capace degli altri di prendere decisioni libere e consapevoli, è tenuto a fornire di tale diverso trattamento una giustificazione, e ciò in linea con la logica tradizionale di funzionamento dell'art. 3 Cost.

In questa prospettiva, è dunque evidente che tanto più la concezione di vulnerabilità adottata dall'interprete è astratta, tanto meno potrà ritenersi soddisfatto questo dovere costituzionale di giustificazione. E infatti, come già ho cercato di spiegare, una concezione *astratta* di vulnerabilità («chiunque decide di morire è vulnerabile») si fonda sempre su una presunzione del tipo «a condizioni normali nessuno deciderebbe di morire». Presupponendo quello che dovrebbe dimostrare, questa concezione non risulta in grado di fornire un'adeguata giustificazione del diverso trattamento riservato alla categoria dei soggetti che vogliono compiere una determinata scelta di vita, finendo per squalificare *a priori* la loro volontà senza altra ragione oggettivamente apprezzabile che la natura socialmente atipica, irrazionale, immorale, ecc. del contenuto della scelta.

Nel costruire il dovere di protezione di cui l'art. 579 c.p. è applicazione, una concezione di vulnerabilità *più concreta* appare dunque costituzionalmente preferibile per il semplice motivo che, facendo la sua definizione riferimento all'esistenza di condizioni personali che possono incidere sulla capacità decisionale, essa è idonea a giustificare il trattamento differente riservato dall'ordinamento a determinate categorie di soggetti.

Nel complesso, pertanto, una concezione *più concreta* di vulnerabilità sembra poter riuscire meglio nel delicato compito di garantire ai più deboli la necessaria protezione senza disconoscere, sul piano generale, la pari dignità di tutte le persone e delle loro scelte di vita.

IL QUESITO ABROGATIVO LETTO IN CONTROLUCE

di GIUDITTA BRUNELLI*

SOMMARIO: 1. Un divieto penale che esclude ogni bilanciamento – 2. La «metafora radicale» della medicina: prolungare la vita ad ogni costo – 3. Irrazionalità ipotetiche della normativa di risulta e discriminazioni reali già operanti.

1. Vorrei prendere le mosse da una considerazione di essenziale importanza contenuta nella relazione di Tullio Padovani: il suicidio appartiene alla sfera dell'illecito. La sua qualificazione di illiceità dipende dalla possibilità di riferire al fatto una *qualsiasi sanzione* diretta ad impedirlo; una *sanzione di impedibilità* la cui applicazione è «distribuita nella comunità» e che grava in modo particolarmente intenso su chi rivesta nei confronti della persona una posizione di garanzia. «Poiché ciò che deve essere impedito (al punto che il mancato impedimento viene penalmente sanzionato) non può evidentemente ritenersi “tollerato”, né tanto meno lecito, ne consegue che il suicidio – pur non essendo punibile – è un fatto illecito; senza se e senza ma», afferma Padovani¹.

Parlare di fatto illecito non punibile richiama alla mente altri fenomeni, non a caso anch'essi appartenenti alla sfera dell'etica: penso al modello tedesco in materia di aborto, e alla decisione del 1993 con cui il Tribunale costituzionale federale ha affermato che l'aborto è illegittimo, in quanto costituisce lesione del diritto alla vita del nascituro, ma non è penalmente punibile laddove la donna certifichi di essersi sottoposta alla consulenza statale. La consulenza diviene centrale nella costruzione della disciplina tedesca, tanto da qualificare il modello come «discorsivo»². Dunque non si tratta della rinuncia al potere punitivo, ma del suo ridimensionamento e del

* *Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara*

¹ T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume, §2. Questo modello di intervento normativo si collega in genere al tema della protezione della vulnerabilità. Nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018 si legge, infatti, che l'aspirante suicida è considerato in sé soggetto vulnerabile, al di là delle motivazioni che lo spingono al gesto autodistruttivo, come dimostra appunto il fatto che l'ordinamento non punisce il suicidio quando sarebbe materialmente possibile, ossia nel caso di tentato suicidio, mentre punisce severamente chi concorre al suicidio altrui, tanto nella forma del concorso morale quanto in quella del concorso materiale. Il legislatore intende dunque, secondo la Corte, *proteggere* il soggetto da decisioni in suo danno: «non ritenendo, tuttavia, di poter colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una “cintura protettiva”, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui» (n. 4 cons. dir.). Non dissimile è il ragionamento proposto dal giudice costituzionale nella sent. n. 141/2019, secondo la quale il legislatore identifica nella persona che si prostituisce il “soggetto debole” del rapporto mercenario, e questo spiega la scelta «di non intervenire penalmente nei confronti di quest'ultima, ma solo nei confronti dei soggetti che “interagiscono” con la prostituzione altrui». Analogo il caso del diverso trattamento del consumatore di sostanze stupefacenti e di chi gli fornisce la sostanza: il primo immune da pena (incorrendo solo in sanzioni amministrative); il secondo, invece, passibile di severe sanzioni criminali (n. 6.2 cons. dir.).

² M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Cortina, Milano, 2020, 143.

suo farsi “residuale” di fronte a fenomeni sociali estesi, fortemente connessi con l’autodeterminazione dell’individuo, che richiedono per loro stessa natura un bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali in gioco. E proprio questo deriverebbe dall’esito abrogativo del referendum di cui oggi discutiamo: la caduta di un divieto che è assoluto proprio perché esclude ogni bilanciamento. Ma il bilanciamento è uno degli strumenti del pluralismo: e con il pluralismo nulla ha a che fare un divieto penale nato in un contesto autoritario e sostenuto dall’idea che vi sia un (indefinito) interesse sociale superiore che il singolo può soltanto subire, senza alcuna considerazione per la sua soggettività.

2. Analizzando i modelli di pensiero di alcune discipline nell’ambito della prevenzione del suicidio (sociologia, diritto, teologia, medicina), Hillman osserva come tutto ciò che ostacoli la regola di base del medico (innanzi tutto: non nuocere) vada contrastato, perché compromette la *metafora radicale* della medicina: la promozione della vita³. E, per una serie di ragioni note (in larga misura legate all’evolversi delle tecnologie mediche, soprattutto nel campo della rianimazione), promuovere la vita ha finito per significare *prolungare la vita*. Quando un paziente “sta meglio”, significa che “vivrà più a lungo”. Questo si lega anche al tema, tutto contemporaneo, della misurabilità: il miglioramento è in primo luogo *quantitativo*, concerne la durata della vita, mentre gli aspetti psicologici che riguardano il paziente, la sua esperienza, la riflessione sulla situazione di sofferenza e di limitazione, l’angoscia per il futuro, non costituiscono la prima preoccupazione del medico. Perché le metafore radicali «non sono qualcosa che possiamo adottare e dismettere a piacimento. Sono tradizionali, vengono trasmesse con la professione stessa, sicché quando intraprendiamo un compito professionale entriamo in un ruolo archetipico. Dove la tradizione è viva, il suo sfondo archetipico trascina coloro che ne fanno parte ed è per molti versi più potente dell’individuo, contribuendo all’efficacia dei suoi interventi professionali»⁴.

Ebbene, la questione del fine vita, così come posta dal quesito referendario, si scontra anche contro il potere sociale della medicina, che è un potere forte, in grado di condizionare la stessa giurisprudenza costituzionale. Nella sent. n. 242/2019 si legge ad esempio: «Quanto al tema dell’obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, *senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici*». «Resta affidato, pertanto, alla *coscienza del singolo medico* scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁵. Si è notato che questo aspetto della pronuncia potrebbe essere stato introdotto a seguito degli interventi pubblici dell’Ordine dei medici (comunicati stampa del 23 e del 25 novembre 2019) rispetto a un possibile

³ J. HILLMAN, *Il suicidio e l’anima*, Adelphi, Milano, 2010, 56.

⁴ J. HILLMAN, *Il suicidio e l’anima*, cit., 43.

⁵ Sent. n. 242/2019, n. 6 cons. dir. (corsivo non testuale).

intervento in materia, sia del legislatore che della Corte⁶. In ogni caso, si tratta di un'affermazione a dir poco frettolosa, che suscita grande perplessità, limitandosi ad assegnare una prevalenza assoluta e incondizionata alla "coscienza" del medico sullo stesso principio costituzionale di autodeterminazione, riconosciuto come diritto fondamentale autonomo della persona fin dalla sent. n. 238/2008. Mi sembra chiara l'influenza culturale esercitata dalla concezione dominante su una simile presa di posizione (che appare come una sorta di *obiter dictum* rassicurante per la classe medica, o almeno per una gran parte di essa)⁷.

3. Posto che sono pienamente convinta che eventuali illegittimità della normativa di risulta non debbano interessare la Corte in sede di giudizio di ammissibilità del referendum, sono molto colpita dall'argomento ricorrente della irrazionalità che si determinerebbe in seguito all'abrogazione referendaria, dal momento che l'aiuto al suicidio continuerebbe ad essere punibile (tranne che per l'ipotesi molto specifica individuata nella sent. n. 242/2019), mentre l'omicidio del consenziente verrebbe depenalizzato. Ora, a parte che eventuali situazioni di disequilibrio nelle scelte di penalizzazione e nella misura della pena possono sempre verificarsi, anche a seguito di interventi del legislatore, e che proprio sul piano legislativo devono trovare soluzione, mi colpisce che altre gravi irrazionalità, *non potenziali ma già operanti*, e derivanti da palesi discriminazioni, non siano avvertite con altrettanta preoccupazione. Penso, naturalmente, al fatto che circoscrivere la legittimità dell'aiuto al suicidio ai soggetti che sono fisicamente in grado di attuarlo significa escludere coloro che, per motivi accidentali e casuali, non siano in grado di eseguire in modo autonomo la loro volontà. Per evitare tale irragionevole discriminazione è necessario porre su un piano di *pari tutela* «le persone malate che possono suicidarsi autonomamente, quelle che, per motivi legati, ad esempio, ad una incapacità fisica (paralisi totale come Piergiorgio Welby), non potrebbero provvedere ad attivare autonomamente il processo letale e quelle che, allo stesso scopo, richiedono l'attività di terzi. Continuare a ritenere punibile chi onora la volontà di morire anche di questi malati è (...) un'opzione irragionevole, foriera di una discriminazione per motivi (fisici o di volontà)

⁶ 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 cost.*, fasc. 1/2020, 300.

⁷ Anche se non mancano, ovviamente, medici diversamente orientati: nei suoi scritti della fine degli anni Novanta del secolo scorso, l'anestesista e rianimatrice Marina Rossanda osservava come la medicina contemporanea sia in grado, attraverso l'uso di tecnologie avanzate, di creare situazioni in passato considerate "una disgrazia" quando derivanti da eventi naturali (così Grazia Zuffa, intervento alla trasmissione "Il maratoneta", a cura dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà della ricerca scientifica, <http://www.radioradicale.it>, 20 novembre 2021). Nel suo contributo a questo Seminario, Mario Riccio, anch'egli anestesista e rianimatore, ha sottolineato il dovere etico del professionista di rimediare agli effetti devastanti prodotti – per una sorta di eterogenesi dei fini – nella sfera corporea della persona da tecnologie mediche invasive.

irrilevanti»⁸. Proprio al superamento di questa indiscutibile, ingiustificata (e crudele) discriminazione è rivolto il quesito referendario.

⁸ *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, Documento di sintesi del Gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire, in <http://www.biodiritto.org>, 11 settembre 2019, 4-5. Diverse sono le ipotesi di soggetti che possono subire una grave discriminazione: si pensi a chi, pur trovandosi per il resto nelle condizioni indicate dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2019, non sia però sottoposto a trattamenti di sostegno vitale, ma chieda comunque un aiuto esterno (si veda peraltro il caso Trentini, nel quale la Corte d'Assise d'Appello di Genova, 28 aprile-20 maggio 2021, ha accolto una nozione estensiva di "vita artificiale", identificata non solo con il collegamento del paziente a macchinari gestiti da personale medico, ma anche con il suo essere dipendente da un trattamento farmacologico essenziale per la sopravvivenza). Si pensi, ancora, a chi, pur essendo la sua condizione del tutto corrispondente a quella tracciata dalla Corte, «per le più varie ragioni (la paura di non farcela, il timore di sbagliare, la sfiducia in se stesso, l'eccessiva sofferenza che il gesto finale richiederebbe ecc.) intenda rimettersi alla certa perizia del solo personale specializzato»: così P. VERONESI, *Commissioni riunite Giustizia e Affari Sociali della Camera dei Deputati, Audizione del 29 maggio 2019, Memoria relativa alle proposte di legge in materia di eutanasia e al seguito dell'ordinanza costituzionale n. 207/2018*, in *Osservatorio cost.*, fasc. 4/2019, 2, il quale giustamente sottolinea «l'esigenza di predisporre una normativa tarata (almeno) sulle pratiche eutanasiche rivolte al soggetto capace e sofferente ma impossibilitato a suicidarsi o non desideroso di farlo personalmente, così come del soggetto ormai irreversibilmente incapace il quale abbia tuttavia già espresso le sue specifiche volontà mediante opportune Disposizioni Anticipate di Trattamento e/o nel quadro di una Pianificazione condivisa delle cure (ai sensi della ... legge n. 219 del 2017)» (p. 3).

«IL CUORE E LA RAGIONE DISCUTEVANO. E IL DUBBIO SEDEVA TRA LORO»*

di ANGELA CARUSO**

Sono sempre stata affascinata dalla dimensione del tempo: da bambina, dopo aver letto *Momo* e da adulta, dopo essere stata avvolta dagli orologi in 3D con cui Martin Scorsese ha colorato la pellicola di *Hugo Cabret*, così come sulle note di *C'è tempo* scritte da Ivano Fossati. Il tempo è A e Ω, sabbia che può essere modellata, ma solo entro il termine stabilito (da chi?) come perentorio. Quando esso *spira*, la sabbia scorre via tra le dita e a parlare resta il silenzio.

Mi chiedo se, in realtà, del tempo possa (o debba?) disporre innanzitutto chi ne sia titolare. Per diritto naturale. Non c'è occasione migliore di questa per tentar di dare la risposta giusta. Prima di tutto a me stessa. Domanda che mi bussa dentro come all'indomani del caso di dj Fabo, da quando cioè lui – solo lui – decise di spegnere la sua musica perché il *mood* era diventato *inutilmente* e *inesorabilmente* insopportabile.

In questa dimensione spazio-tempo Fabiano Antoniani non voleva essere più ristretto.

Ebbene, che la vita sia un «dono divino»¹ è per me (cattolica praticante) una delle poche certezze, ma non posso ragionare con la mia Fede né immaginare si possa imporre il dogma di *un* Credo agli *altri* e *diversi* da chi tale Fede professa.

Solo il diritto, italiano e internazionale – compreso quello convenzionale – “s’ha da applicare”.

Dico subito che, a distanza di un paio di anni, mi ritrovo a cambiare idea sulla opportunità che l’art. 579 c.p. perduri. Come all’epoca, anche ora oso disegnare questa traccia (nascosta) sulla sagoma (talvolta dimenticata) di chi è qui ma vorrebbe non esserci (perché non ce la fa) più: *Penso, dunque, sono./Penso, davvero soffro* (e *continuerò a soffrire*), dunque *posso* decidere/ (ho *diritto*) di *non essere* più.

La mia idea, in questo senso, resta immutata.

Il problema che mi pongo, invece, è se l’art. 579 meriti davvero di *restare in vita*, anche nella veste ritagliata dal Comitato promotore. Mi chiedo, perciò, se ho fatto bene a non firmare il quesito referendario. Me lo chiedo e cercherò di arrivare a una conclusione – almeno per me accettabile e “stazionaria” – non abusando delle «sottigliezze dei giuristi»², ma ricorrendo al dato tecnico come funzionale alla risoluzione dei miei dubbi. Anche perché l’applicazione del diritto, per non degradare in nomopoiesi vietata dalla sede scelta, passa per il dato letterale. E il

* Nino Salvaneschi, *Il Dubbio della sera*, 6 dicembre 2021.

** *Avvocato del Foro di Reggio Calabria*

¹ G. SILVESTRI, citato da R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

² Così M. DONINI, *Le ragioni dell'ammissibilità. Referendum sull'eutanasia, ecco perché la Consulta non lo può bocciare*, *Il Riformista*, 13 novembre 2021.

dato letterale deve tendere quanto più possibile a inverare il brocardo: *in claris non fit interpretatio*, pena la disapplicazione (o ultra-applicazione) della norma e il tradimento della sua *ratio*.

Secondo il Comitato stesso, l'espressione "col consenso di lui" (che sopravvive nell'art. 579 c.p.) andrà reinterpretrata all'interno dell'attuale quadro ordinamentale, coordinandola con quanto proceduralmente prescritto dalla legge n. 219 del 2017 in tema di consenso informato e testamento biologico. Già qualcosa non mi convince – letteralmente – nella versione proposta con il quesito referendario.

Non ha senso mantenere l'inciso *col consenso di lui* se "lui" rientra in una delle tre fasce di cui ai nn. 1-3. Il senso non ce l'ha perché in tal modo, escluse le ipotesi di cui ai nn. 1-3, si introdurrebbe il vero e proprio diritto a morire³. Per me, costituzionalmente e convenzionalmente vietato. Giustamente. Giuridicamente quindi, "oltre che" umanamente. Soprattutto dopo che, il 23 novembre 2021, ho letto del primo *Sì* del Comitato etico dell'ASL delle Marche al suicidio medicalmente assistito in Italia; soprattutto dopo aver ascoltato la voce sofferente ma tutt'altro che flebile di "Mario", dichiaratosi leggero e orgoglioso perché libero di scegliere di morire dopo dieci anni di immobilismo e sofferenze fisiche intollerabili. Oltre che inutili e (perciò stesso) crudeli.

Ma si tratta di suicidio medicalmente assistito, per l'appunto.

Ho letto che un'equipe di medici e psicologi ha verificato la sussistenza di tutte e quattro le condizioni stabilite dalla Corte costituzionale, tra cui l'irreversibilità della malattia, l'insostenibilità del dolore e la chiara volontà del paziente.

Con ritardo imperdonabile e, nella versione approvata dalle Commissioni II e XII il 9 dicembre 2021, è finalmente giunto alla Camera – il 13 dicembre successivo – il d.d.l. che reca *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*. Appunto... *again!*

Ne urge l'approvazione – condivido appieno il pensiero di Andrea Pugiotta quando scrive che il referendum abrogativo non è uno «"stimolo" a Governo e Parlamento»⁴ – tant'è che l'ultima parola spetta (riferiscono i *Media* il 24 novembre 2021) al Tribunale di Ancona; così non può che essere ancora, in assenza di una legge che stabilisca esattamente le modalità – farmaco da somministrare e tecnologia applicativa – per dare esecuzione alla decisione di Mario. Mi chiedo se

³ Ha dunque ragione T. PADOVANI quando, nel suo intervento orale al seminario preventivo ferrarese (di cui è fruibile la registrazione audio-video nel sito www.amicuscuriae.it), si esprime così: con lo strumento proposto dal Comitato promotore, «si taglia nettamente, univocamente e precisamente la fattispecie minorante» (quella p. e p. dall'art. 579 c.p. rispetto a quella p. e p. dall'art. 575 c.p.), «resta in piedi la clausola di riserva (quando il consenso sia a vario titolo invalido), che non è più un limite alla illiceità, è un limite alla liceità del consenso». E ciò «perché attraverso l'eliminazione della fattispecie minorante, si afferma un principio di disponibilità e quindi la consentibilità della morte rispetto alla quale il terzo comma, cioè le ipotesi del consenso invalido, è limite. Quindi è una disciplina del consenso, della liceità, non della incriminazione». Esattamente. Ma è proprio per questo che il risultato ipotetico del quesito referendario è, secondo me, nient'altro che un *Giano* e un *monstrum*: giuridico e (perché) inumano.

⁴ A. PUGIOTTO, *La mia vita appartiene a me. Ecco perché ho firmato, Il Riformista*, 15 luglio 2021. Sempre A. PUGIOTTO, nel corso del suo intervento orale al webinar, ha aggiunto che «(...) il principio di leale collaborazione esclude che l'inerzia del Parlamento possa essere assunta a fondamento di una decisione di inammissibilità, perché mai un disvalore qual è la violazione di un principio costituzionale può assurgere a elemento di qualificazione del referendum».

essa sia sufficiente, però, perché lo è solo se le modalità concretamente attuative della morte volontaria possono rientrare nella/cioè sono proprio quelle che incarnano la previsione dell'art. 9, c. 1: *Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con proprio decreto (...), lett. b): definisce i protocolli e le modalità per la prescrizione, la preparazione, il coordinamento e la sorveglianza della procedura di morte volontaria medicalmente assistita.*

Se così non è, si tratta di un vuoto che necessita di essere colmato con somma urgenza. Se così invece è, il testo normativo – una volta approvato – sarebbe l'unico strumento con cui di eutanasia si possa (e debba) parlare, rendendo perciò stesso inutile (e tremendamente dannoso) il mantenimento *tout-court* dell'art. 579 c.p.

Dubito fortemente, infatti, della dichiarata prospettiva di coordinamento tra il ritagliato art. 579 c.p. e la legge n. 219/2017 e ritengo non corrisponda al vero che «l'eutanasia attiva, previa valutazione del giudice in sede processuale, potrà essere consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul “Caso Cappato” (...)»⁵.

Sotto questo profilo, faccio mio il pensiero di Valerio Onida per cui la tutela della vita altrui è principio costituzionale⁶, la regola che “residua” (dal quesito) essendo quella di poter uccidere un individuo *altro e diverso* da sé – sano, capace e variamente determinatosi a ciò – che, semplicisticamente, acconsenta⁷.

Azzardo un commento assai sintetico alla lezione di Seneca nella lettera a Lucilio dedicata al suicidio e citata da Padovani nella sua relazione: «Ti piace la vita? Vivi. Non ti piace? Puoi tornare donde sei venuto»⁸.

Certo.

Commento che segue la stessa logica con cui rispondo alla domanda che sempre Padovani si pone: «(...) Con le “persone più deboli e vulnerabili”, si sfonda, per così dire, una porta già del tutto spalancata, perché la necessità di assicurarne una protezione efficiente ed efficace è fuori discussione (...). Ma per tutti gli altri, che non siano né deboli, né vulnerabili?»⁹.

Per quanto mi riguarda, se l'individuo e la sua situazione non integrano le condizioni previste dal diritto scritto e vivente, la chance perché la sua volontà sia

⁵ <https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/>

⁶ Siccome citato dallo stesso R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit. Mi chiedo, inoltre, se non sia già questo alla luce dell'art. 2 Cost. – correttamente valorizzato anche da G. D'ALESSANDRO nel suo intervento orale al webinar – la primissima causa di inammissibilità del quesito.

⁷ È esattamente questa la ragione per cui non sono d'accordo, invece, con A. PUGIOTTO che, intervistato da Roberto Conti, *Il Referendum per l'eutanasia legale*, in *Giustizia insieme*, 29 settembre 2021, ha dichiarato: «(...) non si tratta di una pietra d'inciampo per il quesito sull'eutanasia legale (...): esso, infatti, abroga solo parzialmente l'art. 579 c.p. preservandone il nucleo costituzionalmente irrinunciabile, laddove conserva la punibilità del fatto se commesso contro un soggetto vulnerabile o il cui consenso sia stato estorto o carpito».

⁸ T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

⁹ Ancora T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche*, cit.

eseguita (anche quando di origine perfino risibile: l'ipotesi della delusione amorosa¹⁰ è quanto di più opportuno e frequente si possa citare e si verifichi) c'è ed è indiscutibile: è il suicidio compiuto per mano propria.

Si perdoni la brutalità ma tant'è.

E questa sarebbe l'unica via da seguire al fine di rendere non irragionevole – perché non esasperato né esasperante, in quanto dalla *propria* dimensione non traboccante – il diritto alla vita/morte. Che (per me) non equivale affatto a un dovere di vivere¹¹, ma è il dovere di *lasciar* vivere che incombe sul *bonus pater familias*. Le eccezioni sono (devono essere) consentite solo all'*homo eiūsdem condicionis et professionis* – il medico – risultando stringenti e non suscettibili certo di applicazioni analogiche, né di interpretazioni per opera del «giudice penale totipotente»¹².

Detto e ripetuto con maggiore impegno esplicativo (al solo fine di chiarirmi le idee): la facoltà, anzi il *diritto* di disporre della *propria* vita non può trascendere la *propria* sfera personale; nel momento in cui è un soggetto terzo a dover intervenire perché la scelta di morire sia portata a compimento, la rigida – e ripeto rigida – determinazione dell'*an, quis e quomodo* è d'obbligo. In termini di legge ordinaria, espressa con formulazione tecnicamente ineccepibile, dunque costantemente e oggettivamente applicabile. Quale che sia la mano cui appartiene il pollice giudicante.

Francamente, non riesco a intravedere alcuna «forte dose di ipocrisia nel distinguere tra il suicidio assistito e l'omicidio del consenziente»¹³. Non si può disporre così facilmente della vita altrui. Mai, in alcun modo, nei confronti di alcuno e per alcun motivo. Ci si troverebbe al cospetto di un'azione (e omissione?) dalle conseguenze irreversibili (magari anche nell'ipotesi del tentativo: *quid iuris* nel caso di lesioni permanenti?). Si tratta della vita – non propria – di chi ora è un essere (non cartone) animato, un istante dopo è un ricordo.

Regnerebbe il *caos* (anche processuale), alimentato da uno spirito pseudo-romantico ma realisticamente (e tragicamente) horror.

È per questa ragione che condivido quanto sostenuto dalla Corte costituzionale portoghese e che sempre Romboli riporta nella sua relazione: «solo circoscrivendo adeguatamente le ipotesi di eutanasia medicalmente riconosciuta si possono

¹⁰ G. PULETTI, citato sempre da R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit.

¹¹ Ringrazio T. PADOVANI per aver citato, ancora una volta durante il webinar ferrarese, l'elzeviro di Mattia Feltri: *La lunga morte*, pubblicato su "La Stampa" il 25 novembre 2021: «Intangibile è la vita che non ci appartiene, la vita altrui, non la nostra. Perché la nostra sarà intangibile solo per chi crede in un'entità superiore». Sono d'accordo. Donde il paradosso disastroso, per Feltri, che chiunque possa disporre della sua vita finché dispone del suo corpo, ma se non dispone del suo corpo gli è impedito anche di disporre della sua vita. Sono d'accordo solo in parte. Anzi, non sono d'accordo, se non in minima parte. Alla riflessione consequenziale e conforme svolta da Padovani, mi permetto di obiettare: non c'è nulla di ripugnante o disumano, se si traccia – *tipizzandolo* – l'unico percorso proceduralmente corretto affinché chi non dispone del suo corpo possa – e debba – disporre della sua vita. È la morte volontaria clinicamente assistita che il d.d.l. di cui sopra disciplina (oso: in applicazione proprio dell'art. 3, c. 2, Cost.), sia pure con la necessità di qualche integrazione o specificazione nel senso già spiegato *supra* e che spiegherò *infra*.

¹² Così F. GIUNTA, *Un'introduzione superflua (non perché amicale)* a V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 11.

¹³ V. ZAGREBELSKY, citato sempre da Romboli, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit.

soddisfare i requisiti di certezza del diritto, tenendo in conto il dovere di protezione derivante dalla inviolabilità della persona umana e salvaguardando però il nucleo di autonomia inerente alla dignità di ogni persona (sent. n. 123/2021)¹⁴.

Non è un *caso* che l'art. 1, legge n. 219/17, al comma 2 rechi una espressione particolarmente significativa: *È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.*

Oserei definirla bella¹⁵, non solo per le parole azzeccatissime impiegate, ma anche perché con le parole – che dei precetti normativi sono vettori – mostra il cuore pulsante della questione: l'unico che le consente di porsi in una posizione di perfetto equilibrio. I Costituzionalisti lo definiscono “bilanciamento” (per me: il punto terminale del *festīna lente* che anima ogni buon giurista), tra *diritto* di vivere la propria vita e *divieto* di metter mano nella vita altrui.

Peraltro, la prospettazione suindicata – la possibilità cioè di introdurre l'eutanasia attiva con il referendum e in modo compatibile con l'assetto normativo e giurisprudenziale vigente – contiene una pecca non da poco, tale da integrare già il primo dei casi “inespressi” di *inammissibilità*: la mancanza di chiarezza e omogeneità del quesito.

Lo stesso Romboli (anche se giunge a conclusione diametralmente opposta alla mia) ricorda che il requisito della chiarezza richiede «coerenza tra la normativa di risulta e gli scopi come oggettivizzati nel quesito referendario» e che altro limite è la «idoneità dello strumento referendario a raggiungere le finalità della richiesta»¹⁶. Infatti. Questa coerenza e idoneità, a mio sommo avviso, non c'è. E non c'è per una ragione molto semplice.

Giovi l'eco, sia pur trattandosi del “solo” commento al quesito (mi chiedo: quanti cittadini hanno sottoscritto senza aver necessità di compulsare il sito del Comitato promotore?): «l'eutanasia attiva, previa valutazione del giudice in sede processuale, potrà essere consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul “Caso Cappato” (...).» Non è vero. Ed è proprio questo dichiarato coordinamento la finalità della richiesta?

L'assetto normativo, attuale e in divenire dal 13 dicembre scorso, in uno a quello giurisprudenziale regolamenta – circoscrivendolo – il suicidio per mano o aiuto altrui, sicché la normativa di risulta sarebbe fonte di una contraddizione insanabile: il contrasto tra legge n. 219/2017, il testo del d.d.l. e l'art. 580 c.p., nella sua nuova versione resa costituzionalmente legittima da Corte cost. n. 242/19, da un lato e il “diritto alla morte” – con annessa non punibilità di chi uccide – riconosciuto a chi non è debole né vulnerabile (nel senso dei nn. 1-3 dell'attuale art. 579 c.p.p.), dall'altro.

Sono in linea, quindi, sia con Romboli che con Criscenti il quale riassume alla perfezione il mio pensiero (è il mio che segue il suo, ovviamente), laddove così si

¹⁴ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit.

¹⁵ Ancor più bella e completa di quella contenuta nell'art. 4, c. 3, del citato d.d.l. approvato dalle Commissioni Giustizia e Affari sociali della Camera il 9 dicembre 2021.

¹⁶ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit.

esprime: «il quesito mira genericamente a depenalizzare casi di intervento di terzi sulla vita altrui che non sono definibili né come eutanasia attiva, né passiva e che non sono per niente casi di eutanasia, che presuppone sempre l'intervento del medico o di un terzo sulla vita di un paziente irreversibilmente sofferente se non terminale»¹⁷.

Esattamente.

Ecco perché ritengo che il quesito referendario dica troppo o troppo poco (e comunque, se verrà – malauguratamente – dichiarato ammissibile, meriti il *rigetto*). Dice troppo, perché mira a introdurre l'indifferenziato e generalizzato (perciò incontrollabile e inaccettabile) diritto a morire. Dice troppo poco, perché sarebbe preferibile un referendum totalmente abrogativo.

La mia idea è, infatti, quella di espungere dal codice penale tanto l'art. 579 quanto l'art. 580 [l'aiuto è stato sostanzialmente “abrogato” nelle condizioni previste correttamente dalla Consulta e l'istigazione manterrebbe un senso solo nelle tre ipotesi patologiche dell'attuale art. 579 nn. 1-3)], per poi inserire le stesse tre ipotesi patologiche nell'art. 575 c.p.

In buona sostanza, proporrei una q.l.c. dell'art. 575 c.p. per chiedere una manipolativa di tipo additivo che permetta a tale disposizione di presentarsi così:

(...)

2. *Le disposizioni del comma 1 non si applicano se il fatto è commesso in caso di morte volontaria medicalmente assistita.*

3. *Le disposizioni del comma 1 si applicano nei confronti di chiunque cagioni la morte di un individuo, pur con il suo consenso e fuori dalla ipotesi di cui al comma 2, se il fatto è commesso:*

a) *Contro una persona minore degli anni diciotto;*

b) *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;*

c) *Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.*

In tal modo, si otterrebbe un altro risultato, certamente non di poco momento per l'imputato che si troverebbe – da “definitivo” – a scontare la pena: la omogeneizzazione del trattamento sanzionatorio tra chi uccide (“puramente e semplicemente”) e chi uccide il consenziente fuori dal perimetro della assistenza medica (ad ampio raggio) e in tutte le ipotesi residuali. Omogeneizzazione *in malam partem*, me ne rendo conto, ma alla luce dell'art. 3 Cost. direi per l'ennesima volta: tant'è.

Se posso e devo essere sincera fino in fondo, sappiate che proprio ora mi sto chiedendo se l'ipotetico comma 3 abbia ragione d'esistere. Forse basterebbe il comma 2: porrebbe in maniera più netta l'aut-aut. Una terza previsione sarebbe miccia sul piano squisitamente processuale: non nella ipotesi di cui alla lettera a), chiaramente, ma nelle altre due sì. Mi proietto in aula e vedo già le scene di una guerra tra periti e consulenti tecnici, soprattutto.

¹⁷ Citato da R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit., p. 7.

V'è chi ha detto che non si deve distinguere tra offesi “ordinari” e fragili/vulnerabili: ogni persona offesa è fragile e vulnerabile. Per definizione. Sono d'accordo. Forse si potrebbe persino paventare qualche problema di coordinamento con gli artt. 576 e 577 c.p.: chi uccide – poniamola così – il *tipo* di soggetto fragile o vulnerabile al quadrato di cui ci stiamo occupando potrebbe meritare un'aggravante di pena o perfino l'ergastolo? Mi sembra di ampliare troppo il *thema decidendum... et disputandum* (se fosse previsto l'ergastolo, conseguirebbe un ulteriore effetto di enorme importanza: la preclusione *d'emblée* del rito abbreviato); di certo, però, non lascerei sopravvivere l'art. 579 c.p. come reato autonomo. Dati i rischi enormi connessi a proposte referendarie come quella (e del tipo di quella) di cui si sta discutendo.

Pare, dunque, mi stia convincendo di aver fatto la scelta giusta a non firmarla.

Il problema è che, purtroppo o per fortuna, i casi di questo genere – banche dati giuridiche alla mano – sono pochi e, non valendo in Italia il sistema dell'*amparo* ispanico, saremmo comunque limitati perché costretti a dover superare il doppio vaglio in un caso processuale ben preciso e che solo la vita vera può offrirci.

Tornando al d.d.l. del dicembre scorso, ne rilevo due punti di forza.

Il primo corrisponde a quello di debolezza contenuto nell'art. 3, c. 1, ultimo periodo, sostanzialmente riprodotto nell'art. 7, c. 2, lett. c), della proposta di legge esaminata come testo base il 6 luglio u.s.: in entrambi i casi, infatti, si citava la persona (...) *affetta da sofferenze fisiche o psicologiche*.

È (ormai era) un punto di debolezza proprio per la particella disgiuntiva originariamente impiegata: non escludo, anzi, che le seconde (citate con la stessa formula anche in Corte cost. n. 242/19) possano essere ancora più devastanti, ma disgiunte – appunto – da quelle fisiche, rischiano di essere presupposto di per sé ed *ex se* sufficiente. Nel testo partorito il 9 dicembre 2021, invece, l'art. 3, c. 2, lett. a), elimina ogni frizione precisando che l'ultima delle condizioni congiuntamente richieste sia la seguente: *essere affetta da una patologia (...) che cagioni sofferenze fisiche e psicologiche che la persona stessa trova assolutamente intollerabili*.

Il secondo corrisponde a quello di debolezza contenuto nell'art. 1, c. 5, legge n. 219/17: (...). *Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*.

Mi sono sempre chiesta perché non ne siano previsti di ulteriori come la respirazione artificiale. Il d.d.l. attuale indica all'art. 3, c. 2, lett. b), sostanzialmente riprodotta nell'art. 8, c. 2, la seguente condizione: *essere tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, la cui interruzione provocherebbe il decesso del paziente*. Non specificare credo implichi una formula onnicomprensiva: dubito per ragioni *naturali*, infatti, che la respirazione possa non essere considerata tale.

Un'ultima considerazione la dedico al problema (presunto) della raccolta firme a distanza. Condivido pienamente il pensiero di Romboli, laddove si riferisce a «una poco comprensibile paura del referendum popolare, il quale non parrebbe affatto cambiare il suo ruolo a seguito di una facilitazione nella raccolta delle firme. La cosa, al contrario, dovrebbe essere vista con favore in quanto tendente a meglio

realizzare la partecipazione popolare»¹⁸. Sì, lo credo anch'io. Anche perché, quando ho deciso di firmare i sei quesiti del Referendum sulla Giustizia, non ho scelto in base alla offerta preliminare di un corso o di un esame.

Firmare presso la mia sede Comunale, o a un banchetto allestito per strada oppure on line non cambiava nulla: solo la comodità logistica. Vi assicuro che quando ho firmato – digitalmente per esigenze di tempo – l'ho fatto con la stessa emozione dettata dal senso di responsabilità che avrei provato utilizzando la penna *canonica*: sapevo perfettamente di aver contribuito a uno strumento fondamentale di democrazia diretta. Con o senza click non fa davvero alcuna differenza. E sapevo perfettamente – quando ero ancora nei termini – di non essere in grado di prendere una posizione netta con riferimento a *questa* proposta referendaria.

Ora sì. E dunque non mi pento della *scelta* fatta. In entrambi i casi. Con il cuore, con la ragione e (*credo*) senza più alcun dubbio.

¹⁸ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit.

AL VAGLIO DI AMMISSIBILITÀ COSTITUZIONALE IL DIRITTO DI POTER DISPORRE DELLA PROPRIA VITA

di FABIO CEMBRANI*

SOMMARIO: 1. Il vero obiettivo del referendum abrogativo sull'art. 579 c.p.: la libertà di poter disporre della propria vita. – 2. Il solco che esiste tra l'intenzione dei promotori del referendum e le ricadute pratiche della nuova formulazione dell'art. 579 c.p. – 3. Sull'irragionevolezza e confusione, in mancanza di una regolamentazione giuridica, degli effetti prodotti dalla proposta referendaria. – 4. Lo scoglio della validità del consenso. – 5. Ma quale sarà il destino del Codice di deontologia medica? – 6. Conclusioni.

1. Con l'ampio superamento del *quorum* previsto dall'art. 75 Cost. raggiunto - per la prima volta - anche in modalità digitale, il referendum abrogativo sull'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente) promosso dall'Associazione Luca Coscioni ed annunciato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 95 del 21 aprile 2021 è ora chiamato ad affrontare il vaglio di ammissibilità costituzionale.

I suoi promotori lo hanno annunciato, presentato e largamente promosso come il passo necessario per legalizzare, anche nel nostro Paese, l'eutanasia ed autorevoli interpreti lo hanno difeso e sostenuto rappresentandolo come l'occasione per posare finalmente il nostro sguardo addormentato e spesso anestetizzato su quella «umanità sofferente in condizioni miserevoli, rese possibili non dalla malattia, ma da un artificiale e crudele prolungamento della vita» ascritto, con una evidente nota polemica, ad «una medicina i cui esponenti, col pretesto del giuramento di Ippocrate, impongono la terapia del dolore purché sia la più duratura possibile» salvo poi «affidarsi alle opacità della sedazione palliativa più o meno profonda o praticata sui presupposti ancora incerti dell'art.2, co. 2, legge n. 219/2017»¹. Spirito polemico a parte, la realtà è però un'altra: perché con l'approvazione del referendum uscirebbe definitivamente dalla scena giuridica il principio di indisponibilità della vita sancito, in forma indiretta anche se univoca², dalla legge penale che punisce l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente e, in maniera ancora più netta, dall'art. 17 del Codice di deontologia medica del 2014 e da tutti gli altri Codici deontologici delle professioni sanitarie che non si possono rappresentare come un paravento dietro al quale ci si può nascondere per non prendersi cura dell'umana sofferenza. Non solo perché la deontologia ha una storia millenaria che occorre salvaguardare e che non è il caso di cancellare frettolosamente ma soprattutto perché è stato lo stesso legislatore a chiamarla in

* *Medico legale, già Direttore U.O. Medicina legale di Torino, Professore a contratto, Università di Verona*

¹ Cfr., M. DONINI, *Il senso ammissibile del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in www.sistemapenale.it, 30 novembre 2021.

² Così T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in www.giurisprudenzapenale.com, 12 luglio 2021.

causa quando si è trattato di definire il campo di attività e di responsabilità affidato ai professionisti della salute (così l'art. 1, co. 2, legge n. 42/1998) per poi successivamente precisare che al medico non possono essere chiesti comportamenti contrari alla legge, al codice deontologico ed alle buone pratiche clinico-assistenziali con la precisazione che, a fronte di tali richieste, questo professionista non ha obblighi professionali (art. 1, co. 6, legge n. 219/2017). Riguardo alla genuinità di quest'ultima previsione si potrà sicuramente discutere. E lo si potrà fare non solo perché il richiamo alle buone pratiche clinico-professionali stride con quanto indicato dalla legge che ha nuovamente riformato la colpa professionale di chi esercita una professione sanitaria visto il ruolo temporaneo vicario che esse assumono rispetto alle *guidelines* (legge n. 24/2017) ma soprattutto perché essa ha posizionato, sullo stesso piano, la legge, la deontologia e le buone pratiche clinico-professionali quando la gerarchia delle fonti avrebbe dovuto suggerire una scelta diversa. Ciò nonostante merita assoluto rispetto la valorizzazione data ai Codici di deontologia professionale nei quali grande spazio è riservato ai diritti della persona, al loro rispetto ed alla loro parallela promozione nonostante la Corte costituzionale, nella sentenza che ha parzialmente derubricato l'aiuto al suicidio (sent. n. 242/2019), mai faccia ad essi un benchè minimo richiamo. Con un silenzio davvero imbarazzante che può essere la spia di una svista ma forse anche l'effetto dell'imbarazzo - per non dire anche del fastidio - provocato dall'idea che tra le fonti del diritto si faccia spazio anche quell'auto-regolamentazione interna affidata, *ex lege*, agli organi rappresentativi delle professioni sanitarie. Anche se tutto ciò non deve diventare il pretesto o l'alibi per condannare tutti coloro che, con responsabilità e spirito di servizio, esercitano la loro funzione di cura nel rispetto dei principi-guida della deontologia professionale sui quali sono stati formati ed addestrati dall'esigenza, emergente, di umanizzare la cura. Pur ammettendo che queste regole possono essere sempre cambiate anche se occorre avere grande prudenza nel cancellarle d'un sol colpo perché ogni processo di trasformazione o di cambiamento epocale abbisogna di tempi dedicati alla maturazione coscienziale; a patto che non si voglia, un'altra volta, riaprire la strada alla doppia morale³ e radicalizzare il ricorso all'obiezione alla quale sicuramente la stragrande maggioranza dei medici italiani si appelleranno per essere esclusi dalle procedure eutanasiche.

2. Ben oltre l'intenzione dei proponenti, il reale obiettivo del referendum abrogativo è quello di estromettere definitivamente dall'ordinamento giuridico il principio generale che si oppone all'apertura eutanastica, cioè la sacralità (o l'invulnerabilità) della vita umana. Laddove accolto, la nuova formulazione dell'art. 579 c.p. sarebbe, infatti, la seguente: «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

³ Così M. AINIS, *Tra fine vita e ipocrisie di Stato*, Corriere della Sera, 12 giugno 2014.

persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno». In questo modo il suo effetto finale sarebbe l'abrogazione parziale dell'ipotesi criminosa prevista dall'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente) che si andrebbe così ad aggiungere all'altra derubricazione parziale – quella dell'art. 580 c.p. (aiuto al suicidio) - decretata dal Giudice delle leggi (sent. n. 242/2019) all'esito della vicenda umana del dj Fabo trasportato a morire in Svizzera da Marco Cappato, sia pur con una serie di paletti e di vincoli procedurali⁴ indicati dal Giudice delle leggi come misure di garanzia ad evitare abusi e discriminazioni. Ed a restringere - di fatto - la platea delle persone eleggibili in questo nuovo percorso della cura che, solo in presenza di alcune particolarissime condizioni (l'esistenza di una malattia inguaribile fonte di sofferenze ritenute dalla persona insopportabili, il mantenimento in vita con mezzi di sostegno vitale e la capacità della persona stessa di prendere una decisione libera e consapevole) e con il parere favorevole del Comitato etico territorialmente competente, possono chiedere di essere aiutate a morire senza un parallelo obbligo giuridico posto in capo al medico di corrispondere positivamente alla loro richiesta⁵. Ciò a confermare il fatto che il Giudice delle leggi non ha certo voluto introdurre un nuovo diritto inviolabile pur avendo intaccato l'assolutezza della previsione incriminatrice prevista dall'art. 580 c.p. nell'ipotesi di aiuto al suicidio.

Se, dopo aver superato il vaglio di ammissibilità costituzionale, il referendum sarà approvato come è ragionevole attendersi⁶, il suo effetto finale sarà così il completo ribaltamento dell'asse teleologico della legge penale⁷ reso possibile dal nuovo ruolo strategico affidato al consenso: da elemento che, qualificando la condotta del colpevole, attenua il regime sanzionatorio previsto per i delitti contro la vita, a presupposto che, *a fortiori*, estranea la condotta dall'area del penalmente rilevante, salvo le poche eccezioni residuali costruite sulle condizioni cliniche (il «vizio di mente» o la «deficienza psichica» prodotta da un'altra infermità o dall'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti) e/o anagrafiche della persona offesa o perché invalido quando estorto o carpito con la suggestione o l'inganno. Cosicché nessuno potrà più essere punito per aver causato la morte di una persona maggiorenne, capace di intendere e di volere, non inferma di mente, con il suo consenso, indipendentemente dal suo stato clinico e/o dalle sue condizioni di salute a differenza di quanto previsto dal Giudice delle leggi per l'aiuto al suicidio. Nemmeno il medico, la cui professione, da millenni, ottempera il paradigma ipocratico che vieta di procurare la morte pur essendo opportuno, anche in questa sede, sottolineare l'esigenza di non confondere l'interruzione di una terapia futile e

⁴ Mi sia consentito rinviare a F. CEMBRANI, *Suicidio assistito e nuovi doveri in capo alle strutture sanitarie pubbliche*, in www.cortisupremeasalute.it, 2019, 3; 621 e ss.

⁵ Cfr., F. CEMBRANI, D. DE LEO, *Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 25 settembre 2019: una decisione storica con alcune forti controterzate*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 1: 421 e ss.

⁶ Il dato emerso da una recentissima indagine statistica effettuata da Eurispes afferma che tre italiani su quattro si dicono favorevoli all'eutanasia anche se sul web molte sono le voci che contestano il dato che sarebbe stato gonfiato per influenzare il Parlamento.

⁷ Come è stato autorevolmente osservato «l'asse teleologico dell'art. 579 c.p. (e cioè la finalità politico criminale ch'esso è destinato a realizzare) risulterebbe così letteralmente rovesciato: da norma-baluardo dell'indisponibilità del diritto alla vita a norma-riconoscimento della sua disponibilità». Così T. PADOVANI, *op. cit.*.

sproporzionata con la pratica eutanasi che sono realtà fattuali posizionate su piani ontologici completamente diversi, sia sul versante giuridico che su quello morale. Alla base della domanda di eutanasia dovrebbe sempre esserci, infatti, la ricerca di una morte benefica procurata a chi è affetto da una malattia inguaribile ad esito infausto, su richiesta valida di chi la può richiedere, per porre fine ad uno stato di sofferenza ritenuto inutile, disumano ed intollerabile. Ragion per cui, ben oltre questa precisazione semantica (comunque necessaria), il suo nucleo essenziale resta la richiesta libera e cosciente di una persona malata di morire per mettere fine alla sua sofferenza e la natura prestazionale dell'intervento realizzato da un soggetto terzo che può anche non essere necessariamente il medico⁸, come conferma la casistica italiana⁹.

3. Se il rovesciamento di prospettiva della legge penale italiana sarà portato a termine, le questioni pratiche che potranno realisticamente porsi nella realtà dei luoghi della cura saranno davvero molte e complesse. Perché il quadro generale che ne emergerà, fintanto che il legislatore dell'urgenza non deciderà di intervenire disciplinando tutta la materia, sarà non solo irragionevole ma soprattutto confuso. Irragionevole, perché l'aiuto al suicidio continuerebbe ad essere perseguito salvo i casi-limite indicati dal Giudice delle leggi mentre l'omicidio del consenziente diventerebbe sempre lecito se richiesto da una persona maggiorenne con il suo valido consenso; e soprattutto confuso perché la questione della validità del consenso non è stata ancora affrontata dal legislatore, a parte le indicazioni dettate dall'art. 1, co 4, della legge n. 219/2017 inerenti però le sole formalità procedurali per la sua raccolta. Non convince così l'idea espressa dai promotori del referendum abrogativo e che si legge nel loro sito istituzionale che «con questo intervento referendario l'eutanasia attiva sarà consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla sentenza della Consulta sul caso Cappato» perché l'affermare che la norma che residua sarebbe coordinata con le «leggi dell'ordinamento» e, parallelamente, con gli «interventi della Corte» significa non cogliere o, peggio ancora, travisare le dense ombre che affollano lo scenario dell'accoglimento. Il cui diradamento non può essere coltivato illudendoci sul ritorno del cielo sereno tirando per la giacchetta la legge n. 219/2017 perché l'azione eutanasi non può essere elevata ad un'azione di carattere terapeutico anche perché la liceità della condotta, che la norma post-referendaria subordinerebbe al solo consenso senza specificazioni né rinvii ad altra fonte, ne sarebbe circoscritta «con un effetto *in malam partem*»¹⁰. La norma di risulta risulterebbe, così, del tutto scoordinata con l'intervento del Giudice delle

⁸ Così U. ADAMO, *Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia*, in *Giur. Pen.*, 2019, 1-Bis, 12.

⁹ Uno dei casi che senza dubbio fece più scalpore in Italia fu quello di un ingegnere di Monza, Ezio Forzatti, che il 21 giugno 1998 si introdusse nel reparto di terapia intensiva dove la moglie Elena Moroni, di 46 anni, si trovava ricoverata in coma irreversibile a seguito di un edema cerebrale. Ezio aveva con sé una pistola scarica, che usò per minacciare il personale di servizio e tenerlo a distanza mentre staccava il respiratore che teneva in vita la moglie e, una volta accertatane la morte, si lasciò arrestare dagli agenti di polizia nel frattempo intervenuti.

¹⁰ Così, ancora, T. PADOVANI, *op. cit.*

leggi ed il supposto coordinamento della duplice abrogazione parziale non sarebbe certo risolto dalla legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento che ha ribadito il diritto della persona maggiorenne, capace di intendere e di volere, di rifiutare il consenso, senza però mai mettere in discussione il principio di inviolabilità della vita. Come ha, invece, fatto il Giudice delle leggi che di questo principio ne ha però solo scalfito l'assolutezza.

4. Se questo è lo scenario generale, occorre chiedersi quali potranno essere gli scenari futuri che angustieranno il medico quando si tratterà di stabilire la validità del consenso perché in clinica le persone pienamente in grado di prendere una decisione libera e consapevole non sono la regola ma l'eccezione. Qualche spunto di riflessione proviene dalla giurisprudenza di legittimità che si è formata sull'art. 579 c.p.: essa ha affermato che il consenso deve essere non solo serio, esplicito e non equivoco ma perdurante nel tempo sino al momento in cui il colpevole commette il fatto (Cass. I, sent. n. 8128 del 27 giugno – 25 luglio 1991; Cass., I, sent. n. 13410 del 14 febbraio – 28 marzo 2008), che, in difetto di una volontà univoca e convincente di morire, la condotta rientra nell'ipotesi dell'omicidio volontario (Cass., I, sent. n. 43954 del 17 novembre – 14 dicembre 2010), che l'errore sul fatto che definisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso (Cass., I, sent. n. 12928 del 12 novembre 2015 – 31 marzo 2016; Cass., I, sent. n. 747 del 19 aprile 2018 – 9 gennaio 2019) e che la speciale configurazione data all'omicidio del consenziente e la sua sussunzione in un'autonoma e tipica ipotesi di reato, nella quale sono previste pene edittali minori rispetto all'omicidio volontario, derivino dalla considerazione che, seppure ivi figurati legislativamente consacrata l'indisponibilità del bene della vita pure da parte del titolare del relativo diritto, alla configurazione della fattispecie partecipa proprio il consenso della persona offesa che, negli altri casi, scrimina la condotta dell'autore ex art. 50 c.p. (Cass., I, sent. n. 2501 del 7 aprile 1989 – 22 giugno 1990). La conseguenza di tutto ciò è che, nel caso di invalidità del consenso, il comportamento di chi ha provocato la morte della persona sarà fatto rientrare nell'ipotesi dell'omicidio volontario dovendoci chiedere chi sarà quel medico azzardato che, assecondando la volontà della persona di morire, finalizzerà l'azione eutanasi quando la validità del consenso potrà poi essere impugnata, in un tempo successivo, dai familiari della persona stessa¹¹ o da qualcun altro, anche per semplici o banali vizi di forma.

¹¹ Come è accaduto in Olanda per l'eutanasia di un'anziana donna, affetta da una grave forma di demenza, con la somministrazione a sua insaputa di un sedativo diluito nel caffè da parte di un medico che ha pubblicamente dichiarato di averlo fatto interpretando la sua volontà e con il solo obiettivo di mettere fine alla sua sofferenza. Cfr., S. DIERICHW ET AL., *Euthanasia for people with psychiatric disorders or dementia in Belgium: analysis of officially reported cases*, in *BMC Psychiatry*, 202, 2017. Sulla questione si veda anche, più in generale, R. DESCHEPPER ET AL., *Requests for euthanasia/physician-assisted suicide on the basis of mental suffering. Vulnerable patients or vulnerable physicians?* *JAMA Psych.*, 2014, 71: 617 e ss.

Occorre così, in termini pratici, una legge capace di dare compiuta attuazione alla disponibilità del diritto alla vita ed alla cura delle ferite dell'anima¹² che deve dettagliare le regole di ingaggio di chi vuole morire (la modalità di formalizzazione del consenso, l'accertamento preventivo della sua legittimità, i soggetti che possono accedere alla pratica eutanassica, per quali legittimi interessi) e le procedure di garanzia pubblica. Perché la morte non è mai un fatto privato anche se la cultura giuridica si è, sempre più, spinta a fare del corpo un fatto strettamente ed esclusivamente personale annebbiando il dettato costituzionale in cui i diritti inviolabili sono sempre in bilancia con i doveri inderogabili¹³. Anche perché il substrato tecnico-giuridico dell'autonomia decisionale della persona nelle scelte di cura risente, ancor oggi, della pluralità e della eterogeneità dei contesti normativi al cui interno la nozione di capacità trova ampio accoglimento. E della sua polisemia costitutiva che si coglie non solo nel linguaggio comune ma anche in quello tecnico-scientifico radicalizzata dalla categorizzazione giuridica dominante che, pur con qualche novità¹⁴ che ne ha messo in rilievo l'evidentissima artificiosità¹⁵, si oppone alla sua disambiguazione ogni qual volta si osserva il solco davvero ampio e profondo che esiste tra i capaci e gli incapaci, animato ed in cui si muovono persone reali, non esclusivamente anziane, affette da quelle patologie ad espressione fenotipica instabile¹⁶ (le demenze tra tutte) che compromettono in maniera spesso fluttuante la loro *decision making*. Sempre che il pieno possesso della razionalità cognitiva sia il dominio funzionale capace di posizionare su due quadranti distinti le persone capaci e quelle incapaci perché così non è, essendo ampiamente noti gli influssi, le interferenze ed i condizionamenti esercitati su ogni decisione umana dai centri regolatori dell'affettività, dell'empatia e delle emozioni¹⁷ oltre che dalla nostra stessa identità biografica e dal contesto della relazione¹⁸ che rimettono in discussione il binarismo capacità/incapacità¹⁹ e la sua presunta linearità. Essendo oramai giunto il tempo di abbandonare la presunzione iscritta nella vulgata del consenso informato riconoscendo che la persona pienamente signora di sé non è la regola ma l'eccezione²⁰; perché così è in tutti gli ambienti di cura dove la capacità e l'incapacità non sono mai né un vuoto né un pieno ma un perimetro che deve

¹² Così S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019.

¹³ Si veda, sulla questione, L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁴ Cfr., S. RODOTÀ (2007), *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli.

¹⁵ Così A. VENCHIARUTTI. (1993), *Incapaci in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET, Torino.

¹⁶ Cfr., J. BICKENBACH (1999), *Minority rights or universal participation: the politics of disablement*, Londra.

¹⁷ Sul ruolo delle emozioni nella *decision making* si rinvia a J. LERNER ET AL., *Emotion and decision making*, in *Ann. Rev. of Psychol.*, January 2015: 66; 799 e ss.

¹⁸ Sull'influenza nella decisione del contesto si veda l'originalissima idea di vulnerabilità universale proposta da B. CLOUGH (2017), *Disability and vulnerability: challenging the capacity/incapacity binary*, *Social Policy and Society*, Cambridge.

¹⁹ Così MG. BERNARDINI, *L'ambigua capacità. Riflessioni minime sulla rinnovata attualità di un dibattito e primi tentativi di chiarificazione concettuale*, in www.dirittoequestionipubbliche.org, ultimo accesso 4 novembre 2021.

²⁰ Così V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015.

essere riempito di contenuti, di relazioni, di attese, di diritti, di doveri e di responsabilità.

In queste situazioni, davvero frequenti nella pratica clinica, per molto tempo ci si è lasciati abbagliare dall'illusione di poter contare su di una metodica standardizzata per disambiguare la capacità della persona di prendere una decisione giuridicamente valida (libera e pienamente informata) nonostante i più recenti studi scientifici confermino l'insufficienza del modello cognitivo anche delle metodiche più accreditate (della MacCAT-T²¹) e la dubbia validità del loro modello teorico che sarebbe discriminatorio nella parte in cui promuove a disattendere scelte individuali perché socialmente inaccettabili²². Ammettendo – di conseguenza - che non esistono strumenti, interviste strutturate e/o semi-strutturate e *frames* neurotestistici validati a livello internazionale in grado di esplorarla a fondo e che, in questo campo, esiste, tra i clinici, un'ampia soggettività²³ condizionata, in qualche caso, da veri e propri *bias* cognitivi; purtroppo rinforzati, almeno nel nostro Paese, da discutibili scelte normative e dai (nefasti) condizionamenti esercitati dalla pregnanza giuridica data al consenso informato in tutte le ipotesi di presunta *malpractice*. Ritenendo che la decisione di cura assunta dalla persona non può mai essere un salvagente cui aggrapparsi per escludere la nostra responsabilità umana pur potendo essa rilevare ai fini dell'addebito giuridico. Da qui l'idea che l'attuale approccio binario alla capacità di assumere una decisione nel campo della cura è un approccio sotto-inclusivo perché non offre nessun aiuto alla moltitudine dei quasi-capaci e, allo stesso tempo, troppo-inclusivo, escludendo aprioristicamente dalla scelta tutte quelle persone che, nonostante la pur dichiarata incapacità, sono ancora in grado di esprimere le loro preferenze e di compiere scelte personali autonome.

5. Nell'ipotesi di accoglimento del referendum, c'è da chiedersi, ancora, quale sarà il destino finale della tradizione deontologica del medico e di tutti gli altri professionisti della salute. Capisco che la questione possa essere di scarso interesse per i giuristi e per chi condivide l'esigenza che la tradizione deontologica si debba finalmente piegare riconoscendo la forza impositiva della legge: o per chi, ancora, all'interno del mondo professionale, pensa di adattare la nostra tradizione con qualche opinabile *restyling* come è stato fatto dopo la sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato se si considera che l'art. 17 del Codice di deontologia medica non è stato modificato sia pur con l'avvertenza, introdotta dalla Consulta deontologica della FnomCeo, che non è deontologicamente sanzionabile chi aiuta la persona a suicidarsi nel rispetto di quanto previsto dal Giudice delle leggi. Perché non si tratterebbe, questa volta, di un banale rinnovamento del *look* quanto di ribaltare l'asse teleologico della deontologia professionale subendo, per

²¹ Per la descrizione dello strumento, con i domini cognitivi esplorati, rinvio alla monografia di T. GRISSO, PS. APPELBAUM, *Assessing competence to consent treatment. A guide for physician and other health professionals*, New York, 1998.

²² Così M. KEIS, *Legal capacity law reform in Europe: an urgent challenge*, European Yearbook of Disability Law, Leiden, 2009.

²³ Cfr. T. GILBERT ET AL., *Assessing capacity to consent for research in cognitively impaired older patients*, in *Clinic Interv.* Aging, 6 settembre 2017: 12; 1553 e ss.

così dire, il salto di prospettiva cui i professionisti non sono stati ancora preparati. Superando quei limiti, ritenuti fin'ora tassativi e del tutto invalicabili, dell'agire medico, già interferiti negativamente dall'efficientismo performante dell'aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale che ha condizionato l'autonomia del medico (e, con essa, l'appropriatezza clinica) contenendola dentro i vincoli di bilancio e di budget della spesa. Questo limite già è stato superato e la pandemia da Covid-19 lo ha ampiamente dimostrato aumentando la folta schiera degli invisibili (i malati cronici) a cui non sembra più pensare nessuno. All'altro limite (divieto di uccidere), si sta assestando un colpo mortale e non sarà certo la via di fuga offerta, anche senza l'interposizione del legislatore, dalla clausola (opzione) di coscienza contenuta in tutti i Codici di deontologia professionale che risolverà i tanti problemi pratici che emergeranno dall'approvazione del referendum. Perché, ad evitare un'altra doppia morale, ciò che si rende necessaria è una norma specifica che definisca nel dettaglio le regole d'ingaggio e proceduralizzi, in qualche modo, la questione della valutazione della capacità decisionale della persona, tenuto anche conto delle indicazioni fornite dall'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili.

6. Al di là dell'esito del referendum sull'art. 579 c.p., ciò che è chiaro è che è ancora lunga ed insidiosa la strada che si prefigge di disciplinare nel nostro Paese la pratica eutanassica. Anche a referendum approvato, i problemi applicativi che si porranno nell'aiutare chi soffre saranno di gran lunga superiori rispetto alle soluzioni offerte dall'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. nonostante la rottura dell'asse teleologico della legge penale; riconoscere *tout-court* il diritto alla disponibilità della vita che pur non emerge dal testo costituzionale rischia, infatti, di lasciare irrisolti i problemi del fine-vita dato per scontato che la loro soluzione non può essere dedotta dalla legge n. 219/2017. Anche perché una cosa è la cura, un'altra è provocare deliberatamente ed intenzionalmente la morte della persona senza nessuna regola di garanzia e di controllo sociale.

Saprà la Corte costituzionale tener conto delle tante discrasie prodotte dall'accoglimento del referendum abrogativo? Saprà il Giudice delle leggi punzecchiare un'altra volta il legislatore vincendo la sua tracotante ipocrisia? E saprà, questa volta, il legislatore dell'urgenza recuperare il suo ruolo senza essere supplito dagli altri attori della complessità costituzionale? Sono domande difficili a cui non è agevole rispondere senza aver in mano la sfera di cristallo usata dai maghi e dagli indovini per scrutare ed anticipare il futuro. Anche se, da medico e da osservatore privilegiato della complessità clinica, credo occorra aver fiducia ed impegnarsi per evitare le derive, presidiare le disuguaglianze e contrastare il rischio - purtroppo concreto - che l'ageismo assuma, nuovi, inaspettati ed inquietanti volti espressivi.

IL REFERENDUM AMMISSIBILE CON RISULTATO DISARMONICO: LE RECIPROCHE IMPLICAZIONI TRA OMICIDIO DEL CONSENZIENTE, AIUTO AL SUICIDIO E DAT

di FRANCESCO CIRILLO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’eventuale paradosso: meglio uccidere che aiutare? – 3. Disarmonia o irragionevolezza – 4. Il sindacato anticipato e le leggi necessarie.

1. Quest’intervento intende segnalare alcuni profili di interesse nei rapporti tra l’art. 579 c.p., risultante dall’eventuale esito referendario positivo, e l’attuale art. 580 c.p., riformulato dalla sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale.

Tali questioni intersecano i punti 5 (legittimità costituzionale della normativa referendata), 6 (natura costituzionalmente necessaria delle norme) e 7 (problemi applicativi della normativa) della traccia di discussione. Infatti, se pure è evidente che il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo non possa tradursi in un sindacato anticipato di costituzionalità della normativa di risulta¹, è altrettanto chiaro che ogni valutazione sulla obbligatorietà costituzionale di una norma viri verso un giudizio sulla legittimità della medesima². E ciò, parrebbe, per due ordini di ragioni: intanto, proprio perché tale valutazione di obbligatorietà, sia delle norme costituzionalmente necessarie che di quelle a contenuto costituzionalmente vincolato, può implicare il giudizio sull’illegittimità costituzionale dell’omissione o dell’assenza di tali norme; poi, però, anche perché sporadicamente la Corte ha interpretato il giudizio di ammissibilità in modo così estensivo da apparire, nella sostanza se non nelle forme, come un sindacato anticipato di costituzionalità. Quanto a quest’ultimo aspetto, ci si riferisce all’orientamento emerso in occasione della proposta referendaria sull’interruzione di gravidanza (sent. n. 35/1997) e, soprattutto, sulla procreazione medicalmente assistita (sent. n. 45/2005); orientamento che non appare, però, troppo costante e condiviso³.

* *Dottorando in Law and Cognitive Neuroscience, Università Telematica di Roma- Niccolò Cusano.*

¹ Sostiene, infatti, A. PUGIOTTO che, «[c]ostituzionalmente, la “trasfigurazione” (Morrone) in sindacato anticipato di ragionevolezza rappresenta uno sviamento funzionale del giudizio di ammissibilità referendaria, ed è un’anomalia del sistema perché l’ordinamento non prevede un giudizio di costituzionalità preventivo», così in R. CONTI, *Intervista a Andrea Pugiotto*, in *Giustizianiseme.it*, 2021, *sub* 4); v. anche A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla procreazione assistita*, Giuffrè, Milano 2005, 595 ss., il quale già aveva osservato «un simile sviamento funzionale del giudizio di ammissibilità del referendum, confermandone invece l’autonomia strutturale dal diverso sindacato di legittimità costituzionale».

² Cfr. A. MANGIA, *Definizione del “parametro” e sindacato di legittimità costituzionale nel giudizio di ammissibilità del referendum*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli, Torino 2000, 399 ss.

³ Cfr. E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005, 1.

Per queste ragioni occorre circoscrivere i dubbi sulla disciplina risultante dall'esito positivo del referendum nell'alveo del costituzionalmente possibile, nel senso che nessuna delle incongruenze possa giungere a determinare l'inammissibilità del quesito.

Volendo argomentare a favore dell'ammissibilità del referendum e, magari anche, della legittimità dell'eventuale normativa di risulta, occorrerà tratteggiare quali sono le conseguenze di un esito referendario positivo in relazione ai rapporti tra omicidio del consenziente (579 c.p.) e suicidio assistito (580 c.p.), per poi illustrare le ragioni per cui le eventuali disarmonie non potrebbero – *rectius* dovrebbero – esse sole, in sede di giudizio di ammissibilità del referendum, determinare la preclusione del voto.

2. L'eventuale esito positivo del referendum renderebbe punibile «*chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui*» con le sole «*disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: (1) contro una persona minore [...] (2) contro una persona inferma di mente [...]; (3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto [...]*»; con ciò ammettendo che, in presenza di un consenso validamente prestato, e fatta salva la clausola di riserva che individua fattispecie in cui il consenso non potrebbe mai operare (l'attuale terzo comma dell'art. 379, secondo comma nella riformulazione in ipotesi), l'omicidio del consenziente sia generalmente ammesso.

L'art. 580 c.p. in tema di suicidio assistito prevede, invece, nell'attuale formulazione corredata dell'intervento additivo di cui alla sent. n. 242/2019, che la punibilità di chi agevoli l'altrui proposito di suicidio sia esclusa laddove ricorrano quattro condizioni: (i) il rispetto le modalità previste dalla legge n. 219/2017, (ii) «*nel caso di persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli*», (iii) sempre che tali condizioni siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, (iv) «*previo parere del comitato etico territorialmente competente*».

Ne conseguirebbe che, qualora una persona fosse animata da un proposito suicidiario, ma il suo stato non realizzasse tutte le condizioni della sent. n. 242/2019, chiunque fosse coinvolto nell'assistenza di tale proposito – personale medico e non – sarebbe punibile se solo si limitasse ad agevolare il suicidio, non però se giungesse a cagionarne la morte. Si osservi che, salvo casi sporadici, se non unici⁴, l'organizzazione del Servizio sanitario nazionale non consente il soddisfacimento dei requisiti sanciti dalla Corte, a riprova del fatto che l'addizione all'art. 580 c.p. implica una dimensione pretensiva che deve ancora trovare attuazione nell'organizzazione sanitaria⁵. *A fortiori*, allora, la via dell'assistenza al

⁴ Cfr. *Suicidio assistito, primo ok per un paziente in Italia: "Il caso di Mario risponde ai criteri della Consulta"*. Cappato: "Ora il referendum", in *Fattoquotidiano.it*, 23 novembre 2021.

⁵ Su quest'aspetto sia consentito il richiamo a F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine-vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2020, 548 ss.

suicidio scriminata risulterebbe fortemente condizionata, se non preclusa⁶, con un più esteso perimetro di punibilità; quella dell'omicidio del consenziente, invece, ben più agevole e al riparo da rischi. Così, converrebbe sempre percorrere la via dell'omicidio piuttosto che quella dell'aiuto. Infatti, quale margine di applicabilità in concreto troverebbe il più severo reato di aiuto al suicidio a fronte di un omicidio del consenziente scriminato? Si tratterebbe senz'altro di una disarmonia⁷ e probabilmente di un risultato irragionevole.

3. Secondo taluni, la disarmonia risultante dall'esito positivo del referendum potrebbe essere ricomposta tramite l'estensione delle condizioni previste per l'esclusione della punibilità dell'assistenza al suicidio al caso dell'omicidio del consenziente, cioè, applicando anche all'art. 579 c.p. le ulteriori condizioni individuate dalla Corte nella sent. n. 242/2019. Si tratterebbe di un iter ermeneutico piuttosto ardito: innanzitutto, la scriminante introdotta per l'aiuto al suicidio si colloca esplicitamente nel contesto sanitario (*rectius* nella struttura pubblica); poi, la stessa presenza di una sentenza additiva sul punto suggerisce che un simile risultato non possa essere conseguito attraverso la mera interpretazione; infine, in modo dirimente, le ulteriori condizioni che limiterebbero l'esclusione della punibilità (cioè, aggraverebbero – *in peius* – il nuovo 579 c.p.) non potrebbero mai essere aggiunte per via analogica, stante l'ineludibile divieto di analogia in materia penale. Pertanto, la disciplina dell'assistenza al suicidio non potrebbe contagiare il più liberale omicidio del consenziente, se non – al più – con un eventuale e analoga addizione da parte della Corte, in un successivo incidente di costituzionalità sulla norma di risulta.

Se però è sicuro che si generi una disarmonia tra le due discipline, non è altrettanto chiaro se si possa attribuire al risultato dell'eventuale esito positivo il carattere dell'irragionevolezza, nel significato specifico che la giurisprudenza attribuisce a tale canone nel contesto del sindacato sulle norme penali. Il rischio della mera disarmonia, per vero, non è già censurabile; prova ne è la presenza di molteplici disarmonie nell'ordinamento, che non determina di per sé l'illegittimità costituzionale di ogni disposizione illogica. Le disarmonie, per quanto sgradite, sono costituzionalmente tollerate.

Quanto all'irragionevolezza, se essa in materia penale coincide con l'«*espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di "eccesso di potere" e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che*

⁶ G. D'ALESSANDRO, *La Corte costituzionale lo "strano caso" della decisione in due tempi della vicenda "Cappato-Antoniani" sull'aiuto al suicidio*, in G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE, *La Corte costituzionale il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino 2020, 144, reputa che nella sent. n. 242/2019 la Corte abbia inteso «limitare il più possibile l'invasività della discrezionalità legislativa di un dispositivo di accoglimento manipolativo».

⁷ V., ad esempio, R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.* [testo provvisorio], in *Amicuscuriae.it*, 2021, 9, il quale ritiene che «i poteri interpretativi dei giudici, per quanto ampi, non siano sufficienti per risolvere le disarmonie, ponendosi con ogni probabilità la necessità di chiedere l'intervento della Corte costituzionale».

l'ordinamento assegna alla funzione legislativa» (sent. n. 313/1995), allora è evidente che l'esclusione della punibilità dell'omicidio del consenziente non potrebbe affatto rappresentare un simile eccesso di potere. A ben vedere, però, ogni volta che è stata affermata l'irragionevolezza delle scelte di politica criminale del legislatore, «*a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione*» (sent. n. 68/2012), è stata pur sempre reputata irragionevole «*la maggior severità di trattamento del reato*» (sent. n. 1/1997; cfr., *ex multis*, sent. n. 169/2001). È irragionevole, cioè, la pena più severa sancita per il reato meno offensivo, e non già il trattamento di favore per la condotta scriminata (non da ultimo, per *favor rei*). Quindi, nel caso in cui il voto popolare optasse per la non punibilità dell'omicidio del consenziente – scelta che non integra affatto uno sviamento dalle funzioni prefigurate – potrebbe emergere l'irragionevolezza del più severo trattamento dell'articolo 580 c.p. in materia di assistenza al suicidio. L'art. 580 c.p., infatti, allora impeccabilmente riformulato dalla Corte, acquisterebbe nello scenario in ipotesi un nuovo profilo di irragionevolezza, eventualmente censurabile in un giudizio incidentale sorto a valle dell'esito referendario positivo (di nuovo sull'art. 580 c.p. e non sul referendato 579 c.p.). L'innovazione così introdotta determinerebbe forse l'anacronismo legislativo⁸ della disciplina dell'aiuto al suicidio come (pur recentemente) riformulata dalla stessa Corte.

Del resto, le condizioni introdotte dalla sent. n. 242/2019 non costituiscono il contenuto costituzionalmente vincolato della disciplina dell'eutanasia, ma rappresentano soltanto le condizioni minime per assicurare uno spazio di autonomia nelle scelte di fine vita; spazio che è l'unico vincolo costituzionalmente imposto in materia. Ben potrebbe il legislatore, e così anche il voto popolare, ampliare lo spazio di autonomia sino a sancire, sulla base della propria discrezionalità, una libertà maggiore. Al legislatore e al voto popolare non è impedito – alla luce del canone di ragionevolezza – di escludere la punibilità di talune ipotesi di omicidio del consenziente, ma al contrario è precluso soltanto di ostacolare *in toto* l'autonomia nelle scelte di fine vita (e l'attuale formulazione dell'art. 579 non consente alcun bilanciamento tra dovere di vivere e autodeterminazione).

Il problema si pone con particolare riferimento a quanti non riescono a perseguire il proposito suicidiario per mezzo della sola assistenza, a meno di non voler imporre a taluni la via più ardua della morte in assenza di idratazione e alimentazione. Si osservi, inoltre, che l'operatore sanitario possa attuare terapie palliative di per sé idonee ad accelerare (e quindi a determinare in concreto) la morte del paziente. Dunque, si può agevolare altri nel suicidio e, persino, cagionare la morte di un individuo tramite farmaci palliativi, senza perciò realizzare gli estremi dell'omicidio del consenziente. Per contro, nel contesto attuale, è punito con la reclusione (da sei a quindici anni) chi invece somministri sostanze tossiche per accelerare il processo terminale. E ciò volendo solo accennare all'ipocrisia della distinzione tra eutanasia attiva e passiva, nonché all'irrilevanza giuridica della distinzione tra commissione ed omissione; irrilevanza che è singolarmente

⁸ Su questo concetto, v. G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, 684 ss.

trascurata nel *contexto eutanásico* (come definito nel *Preámbulo* della *Ley Organica* n. 3/2021). In questo quadro, allora, l'eventuale disciplina di risulta sarebbe l'elemento meno disarmonico dell'insieme.

Cionondimeno, in nessun caso, le disarmonie potrebbero risultare in questa sede, da un lato perché, comunque, non si riferirebbero tanto alla disposizione in parola quanto al "sistema" complessivo, dall'altro perché, come sarà evidenziato, il giudizio di ammissibilità del referendum non può estendersi sino alla valutazione di ragionevolezza della disciplina risultante dall'eventuale esito positivo.

4. C'è da chiedersi se l'abrogazione parziale del reato di omicidio del consenziente, per quanto disarmonica, intacchi un *corpus* di norme il cui contenuto è costituzionalmente vincolato o la cui presenza è costituzionalmente necessaria. Se pure il sindacato di legittimità costituzionale consiste in una valutazione successiva all'entrata in vigore della disposizione, è anche vero che «proprio il carattere "vincolato" di alcune discipline legislative, specie nella sua forzata conversione nel "livello minimo di tutela", inevitabilmente comporta [...] lo scivolamento in apprezzamenti di merito, attinenti all'osservanza della Costituzione da parte della normativa in campo»⁹. In altre parole, non si può ammettere un sindacato di legittimità costituzionale anticipato e, tuttavia, talvolta è necessario compiere una prudente incursione (anticipata) sul fronte del merito. Si deve però trattare *solo* di un'incursione, poiché l'attività dev'essere puramente idonea a scongiurare le violazioni più palesi dei principi consacrati nel testo costituzionale. E deve altresì compiersi con prudenza, perché tale operazione non può coincidere per intensità con il sindacato di costituzionalità (successivo), a meno di non voler riconoscere al legislatore il potere di approvare disposizioni costituzionalmente illegittime e di voler negare tale potere al voto referendario. Infatti, ben potrà la disciplina risultante dal referendum essere soggetta a un successivo incidente di costituzionalità.

Una simile "sommarietà della cognizione" non è però ignota al nostro ordinamento: si pensi, ad esempio, al giudizio di non manifesta infondatezza svolto dal giudice *a quo*, che peraltro deve anche motivare l'insuccesso del tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme. Similmente, parrebbe, nella sede del giudizio di ammissibilità del referendum – lì dove la Corte non è il giudice delle leggi – compete una valutazione che per intensità è assimilabile (in qualche modo) alla valutazione di non manifesta infondatezza del giudice *a quo*.

Resta da chiarire fin dove possa giungere lo sguardo della Corte, atteso che la giurisprudenza più risalente includa limiti all'istituto referendario ulteriori rispetto al testo dell'art. 75 Cost. e che, però, il novero dei limiti taciti o impliciti non possa ampliarsi sino a comprendervi ostacoli che minaccino il *favor constitutionis* per il diritto politico di referendum. In questo senso, proprio con riferimento alla sent. n. 45/2005 che andava nella direzione dell'ampliamento di tali limiti, si è rimarcata la necessità di «isolare la novità dell'ostacolo introdotto dalla Corte costituzionale

⁹ 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 *Forumcostituzionale.it*, 2005, 6.

all'ammissibilità di una richiesta di abrogazione totale»¹⁰. D'altronde sia la categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato che le leggi costituzionalmente necessarie sono ricomprese nel *genus* delle «leggi costituzionalmente obbligatorie, ovvero essenziali per il funzionamento dell'ordinamento democratico»; soltanto quelle “essenziali” per l'ordinamento, proprio perché «non è sostenibile che siano sottratte al referendum abrogativo tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative [...] di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione» (sent. n. 16/1978)¹¹.

Se, dunque, i limiti al referendum debbano essere intesi rigorosamente, non potrà qualificarsi come costituzionalmente obbligatoria una legge – l'art. 579 c.p. – posta a presidio del dovere di vivere (non già, sia chiaro, del diritto alla vita e dell'autodeterminazione¹²); né potrebbe mai in questa sede rilevare la mera disarmonia o l'irragionevolezza del sistema complessivo risultante dall'eventuale esito positivo. Infatti, le disposizioni non sono affatto essenziali all'ordinamento democratico, ma sono soltanto attuative di una tra le possibili letture dei principi costituzionali, su cui però deve potersi pronunciare il legislatore nella sua discrezionalità o, in mancanza, il voto popolare.

E come potrà ritenersi valido e comunque garantito un consenso reso fuori del contesto medico, viste anche le resistenze che la giurisprudenza penale ha sempre opposto all'applicazione dell'art. 579 c.p.? Come potrebbe ammettersi una manifestazione di volontà sulle scelte di fine vita, al di fuori delle condizioni dettate nella sent. n. 242/2019? Una simile *Willenserklärung*, a ben vedere, è già prevista nel nostro ordinamento: nell'art. 4 della legge n. 219/2017, secondo cui ognuno può esprimere le proprie volontà «rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari» (ivi compreso il ricorso alle terapie palliative) con le disposizioni anticipate di trattamento, rese tramite scrittura privata; una manifestazione di volontà esterna al contesto terapeutico e che già si estende sino a implicare il diritto di autodeterminare la propria morte.

¹⁰ A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, cit., 630.

¹¹ Per una prospettiva critica sull'orientamento del 2005, v. 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, 2-3.

¹² Lo osserva diffusamente T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

AMMISSIBILE? ALCUNI DUBBI SUL REFERENDUM FINE-VITA

di NICOLA COLAIANNI*

SOMMARIO: 1. Sulla chiarezza del quesito - 2. sul valore costituzionalmente necessario del suo oggetto – 3. Sulla complessità dei suoi effetti di sistema.

1. La proposta di referendum parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. fa venire al pettine un nodo lasciato irrisolto dalla Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 242/2019 laddove essa escludeva la punibilità della interruzione dei trattamenti sanitari “anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)”. Così il muro tra omissione o rifiuto delle cure e intervento di un terzo finalizzato all'aiuto nel suicidio, eretto nell'intervallo tra l'ord. n. 207/2018 e la sent. n. 242/2019 dal Comitato nazionale per la bioetica, si rivelava poroso non essendovi ragione, secondo la Corte, per non considerare condotta omissiva delle cure e condotta attiva sostanzialmente equivalenti almeno sul piano naturalistico.

Ma una volta ammessa l'integrabilità degli estremi dell'art. 580 anche con una condotta attiva persiste ancora una netta differenza di fatto tra essa e quella integrante gli estremi dell'art. 579? Ammessa in entrambi i casi la capacità del soggetto desideroso di congedarsi dalla vita di “prendere decisioni libere e consapevoli”, emerge piuttosto, infatti, una affinità degli stessi precetti tanto da prospettarsi una irragionevolezza della differenza di trattamento sanzionatorio e di esigibilità della pena, esclusa, almeno nella “circoscritta area” individuata dalla Corte, nel primo caso e non pure nel secondo: un omaggio datato al simbolismo penale. Nel tentativo di superare tale disarmonia, la proposta di referendum finisce, tuttavia, per rovesciarla a favore della più grave tra le due disposizioni incriminatrici, introducendo, sul presupposto della validità del consenso, un principio generale di inesigibilità, non valevole però, se non nella detta circoscritta area, per quella più tenue. Lo fa con il taglio del frammento centrale dell'art. 579 c.p. e la saldatura di quelli estremi in modo da consentire la “invenzione”, nel *background*, del principio di autodeterminazione: come nell'art. 580 rivisitato dalla Corte, ma oltre la “circoscritta area” da essa perimetrata, cioè in generale. Un referendum, quindi, paranormativo, in cui l'abrogazione evidentemente non è il fine ma il mezzo per introdurre un'altra normativa diversa da quella precedente, anzi opposta: anziché la punibilità, la irrilevanza penale, salvo alcune eccezioni, dell'omicidio del consenziente come conseguenza del principio di disponibilità della vita invece che di indisponibilità.

* Già Consigliere della Corte di Cassazione e Ordinario di Diritto ecclesiastico, Università di Bari

Ammissibile? Domanda non facile vista la giurisprudenza costituzionale sui referendum propositivi e non meramente abrogativi, piuttosto variegata a seconda delle fattispecie. Sembrano però più forti i dubbi. A cominciare dalla chiarezza del quesito sulla tassatività e determinatezza della normativa di risulta: una norma penale prescrittiva non per quel che dice ma, al contrario, per quel che non dice. La permanenza dell'art. 579 amputato non si giustificerebbe logicamente per quel che dice, perché non conterrebbe alcuna fattispecie criminosa nuova rispetto all'art. 575. Nella previsione generale di questa disposizione, infatti, è da ritenersi ricompresa l'ipotesi dell'agente a cui la vittima abbia prestato un consenso invalido. Già solo per questo vizio, e pur senza considerare che il consenziente non può validamente disporre della propria vita, non potrebbe trovare applicazione, invero, la scriminante prevista dall'art. 50 c.p.

Nell'attuale formulazione, in realtà, le ipotesi di invalidità del consenso si spiegano non per rendere punibile una condotta altrimenti irrilevante ma per ristabilire l'applicabilità del precetto generale in luogo di quello attenuato, attualmente previsto ma in ipotesi da abrogare. Il secondo e il terzo comma, insomma, non contengono disposizioni distinte, tra le quali si possa senza meno fare una selezione, tagliandone una e salvandone un'altra. C'è un'evidente relazione di funzionalità tra la fattispecie residua e quella abroganda, nel senso che la prima presuppone logicamente quella che verrebbe abrogata. È certo ammissibile la richiesta di abolire per via referendaria un divieto con l'effetto che la condotta, prima vietata e sanzionata, divenga lecita¹. Ma occorre che la disposizione abroganda sia autonoma (come in quel caso, in cui si è aggiunta una seconda ipotesi di liceità attraverso l'abrogazione di "tutte (e solo quelle) disposizioni normative che attengono allo stesso punto, la procreazione di tipo eterologo (il divieto, la sanzione, la causa di non punibilità)"). Diverso è il caso in cui essa sia funzionalmente legata ad altra disposizione che rimarrebbe in vigore. Così l'art. 579, amputato dell'attuale disposizione principale sull'omicidio attenuato, risulterebbe ridondante rispetto all'art. 575 e si giustificerebbe logicamente solo per quello che non dice.

La norma di risulta consisterebbe, cioè, interamente nel non-detto, da ricavare dalla intenzione dei proponenti di sostituire il principio d'indisponibilità del diritto alla vita con l'opposto principio di autodeterminazione sulla fine della vita. Ora, anche a prescindere dalla irrilevanza dell'*intentio* perché "ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti" (sent. n. 45/2005, ribadita dalle sentt. nn. 24, 25 e 27/2011), in ogni caso il risultato sarebbe analogo a quello dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale nella sent. n. 36/1997 (a proposito del tetto pubblicitario della Rai): si tenta, cioè, "attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole e il conseguente stravolgimento dell'originaria *ratio* e struttura della disposizione, di introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento".

Questa considerazione getta un'ombra anche sulla chiarezza del quesito circa la determinatezza della norma di risulta. In apparenza esso è chiaro: la

¹ R. ROMBOLI, *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume, fa l'esempio della sent. n. 49/2005 sul referendum sulla procreazione eterologa.

decriminalizzazione dell'omicidio del consenziente. Se però l'oggetto vero è il non-detto, la piena disponibilità della vita, allora il quesito è opaco, se non proprio oscuro, perché per coglierlo non ne basta la semplice lettura ma occorre conoscere l'intenzione dei proponenti, che però, come detto, è irrilevante.

2. Un secondo dubbio riguarda la violazione, o quanto meno l'alterazione del nucleo ristretto costituzionalmente vincolato dell'art. 579, il diritto alla vita, per effetto della normativa di risulta. Nella sent. n. 242/2019 la Corte costituzionale ha ricordato come dal combinato disposto, per dir così, dell'art. 2 CEDU e dell'art. 2 Cost. scaturisce, ed è di "perdurante attualità", "il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire". L'esito diretto e immediato del referendum sarebbe, invece, l'affermazione del "generico diritto all'autodeterminazione individuale" e di una "generale inoffensività" della condotta prevista dall'art. 579 in quanto esercitabile anche fuori della circoscritta area disegnata in relazione all'art. 580. Di modo che la richiesta di referendum andrebbe incontro all'inammissibilità in quanto, attraverso la proposta mirante a privare di efficacia quella parte dell'art. 579 "tende in effetti ad investire la corrispondente parte della Costituzione stessa (Corte cost. sent. n. 26/1981). Sotto questo profilo il referendum presenta spiccati elementi di analogia con quello promosso negli anni novanta dal Partito Radicale per la totale libera disponibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza con conseguenze sugli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti, sicché si potrebbe ripetere con Corte cost. 35/1997 che "in definitiva la richiesta è formulata, attraverso un ritaglio del testo vigente, in modo tale da dare all'abrogazione il senso palese di una pura e semplice soppressione di ogni regolamentazione legale - e non solo di una irrilevanza penale. (...) Ora, ciò è appunto quanto è precluso al legislatore, e conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale".

Non sembra concludente osservare come anche la Corte non si periti, pur a fronte di un vuoto normativo, di dichiarare l'incostituzionalità di norme. Diversa, infatti, è la posizione del legislatore rispetto a quella del giudice delle leggi: la prima è connotata dalla discrezionalità, anche se ad esito definito nel referendum, la seconda dall'obbligatorietà: per consolidata giurisprudenza, richiamata nella sent. n. 242/2019, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio». Di fatto, comunque, quando vi sia pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti la Corte ha escluso "una pronuncia meramente ablativa" ed ha ricavato dalle "coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari" (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019). (Non era il caso della sent. n. 27/1975 sulla decriminalizzazione dell'aborto, che non creava una lacuna perché non c'è dubbio, "già *de jure condito*, che l'intervento debba essere operato in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto" e che il pericolo di grave compromissione nella salute della donna incinta vada accertato conformemente alle regole della *scienza medica, anche se infine la Corte raccomandò al legislatore di prevedere "serii accertamenti"*).

E sono questi criteri medesimi che, per dir così in subordine, i proponenti evocano per riempire, ove ritenuto necessario, il vuoto creato dall'esito ablativo del referendum. Il "consenso" – che secondo l'art. 579 è sufficiente che sia valido, cioè reso da un soggetto capace d'agire e di intendere e di volere, non vittima di reati contro la sua libertà morale - andrebbe così incanalato nelle forme previste dalla legge n. 219 del 2017 e nei limiti introdotti dalla sentenza n. 242/2019. Ma si tratta di un auspicio, ciò non è automatico. Ciò che può raccomandare d'ufficio, per così dire, la Corte non è evidentemente nel potere del corpo elettorale. La riconduzione del nuovo art. 579 nel quadro ordinamentale indicato non è automatica ma il frutto di una interpretazione futura ed incerta, difficilmente praticabile in via giurisprudenziale ordinaria se non sollevando una eccezione di incostituzionalità sulla disparità di trattamento dei soggetti vulnerabili, e quindi degli agenti che a loro prestino aiuto, a seconda che essi siano o non fisicamente in grado di procurarsi da soli la morte. Che, invero, si possa estendere la circoscritta area di validità del consenso dall'art. 580 all'art. 579 in via analogica è operazione che per quanto possa essere orientata costituzionalmente urta contro il principio egualmente costituzionale di stretta legalità in materia penale. L'evocato² precedente di legittimità (Cass. ss. uu. n. 10381/2020) sull'estensione di una causa di esclusione della colpevolezza – quella dell'art. 384 c.p. – riguarda in effetti un caso, in cui la scusante è stata estesa analogicamente non, come invece dovrebbe avvenire in questo caso, a reato diverso ma a chi ha commesso uno degli stessi reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio*.

Problematica è anche l'applicabilità della legge sul consenso informato al fine di procedimentalizzare il consenso (modalità di prestazione e revoca, qualità professionale dell'autore dell'omicidio consentito, ecc.). Essa, invero, riguarda "la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza" (art. 1, co. 5) e non, quindi, un trattamento sanitario (ammesso che come tale estensivamente possa interpretarsi in determinate circostanze medicalizzate la condotta dell'agente) che, all'opposto, impedisca la sopravvivenza, procuri cioè la morte, che rientra tra i trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 1.6). Evidente la differenza rispetto all'ipotesi dell'art. 580, che s'inquadra comunque in un contesto di cure e specificamente in un trattamento sanitario che il soggetto finisca per considerare intollerabile al punto di volerne l'interruzione *ex art. 32 Cost.*

Difficile, quindi, evitare il nudo esito del referendum con il ricorso al quadro normativo disegnato dalla Corte per l'art. 580. Il "fine oggettivato" nel quesito è un principio unitario della disciplina ispirato all'estrema liberalizzazione del fine vita anche in assenza di malattia e da parte di chiunque, senza aiuto medico a morire, al di fuori di procedimenti preventivi di autorizzazione e verifica in ambiente sanitario. L'unico controllo sarebbe affidato all'obbligatorio procedimento penale, che ne seguirebbe, senza possibilità effettiva, peraltro, di accertare *ex post* la validità del consenso prestato da un soggetto ormai deceduto. Di nuovo, in una

² Da T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

visione panpenalistica del diritto (o di “diritto penale totale”³), sarebbe affidato al giudice penale l’accertamento della libertà del consenso sul fine vita, peraltro in maniera simbolica e senza effettività. Nella misura in cui, comunque, (anche) l’art. 579, oggetto del quesito, tuteli il valore costituzionalmente necessario del diritto alla vita il referendum, assolutizzando con effetto tirannico il principio di autodeterminazione, presta il fianco alla declaratoria di inammissibilità.

3. Se, oltre alle difficoltà interpretative indicate, si considerino i tempi lunghi degli interventi giudiziari, si comprende l’affidamento dei proponenti all’iniziativa parlamentare volta ad armonizzare l’intera disciplina e ad introdurre un procedimento autorizzatorio o, meglio, di accertamento previo della validità del consenso. È probabile che un’iniziativa legislativa in tal senso verrebbe presa con immediatezza e potrebbe darsi anche – ma questo è meno prevedibile – un’approvazione in pochi giorni sì da impedire al massimo possibile che l’abrogazione secca produca *medio tempore* i suoi effetti indesiderati dagli stessi proponenti. (Ancorché non vada trascurato, in questo caso, il rischio di illegittimità di una legge, che risulterebbe modificativa e restrittiva della volontà del corpo elettorale, tanto più perché approvata a ridosso dell’esito del referendum. Un brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell’esito della consultazione referendaria e l’adozione della nuova normativa (23 giorni) fu ritenuto da Corte cost. 199/2012 sintomatico della insussistenza di condizioni tali da giustificare il superamento il divieto di vanificare l’effetto utile del referendum.)

Comunque, l’abrogazione produrrebbe degli effetti di sistema ad ampio raggio, per cui si potrebbe certo prospettare, come auspicato, l’adattamento del “nuovo” art. 579 all’art. 580 integrato dalla Corte. Ma la sopravvenienza dell’illimitato art. 579 metterebbe in crisi la “circoscritta area” di inesigibilità nell’art. 580 sì da poter anche promuovere, in alternativa, l’adattamento di questo a quello. E, del resto, effetti indiretti potrebbero ripercuotersi anche sulla terza ipotesi attenuata di omicidio, contenuta nell’art. 578 c.p.: in particolare, quella del favoreggiatore della madre infanticida, per cui è prevista una pena determinabile tra i sette e i quattordici anni di reclusione, equiparabile, quindi, a quella dell’omicida del consenziente (da sei a quindici anni). Evidentemente il disvalore delle due condotte è ritenuto dal legislatore sostanzialmente simile ma all’esito positivo del referendum si verificherebbe un vistoso squilibrio, andando esente da pena l’omicida del consenziente e rimanendo punito il concorrente nell’infanticidio, pure determinatosi al solo scopo di favorire una madre che ha agito in condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto.

La materia affrontata dal referendum sembra, insomma, esigere un complesso intervento legislativo su tutte le fattispecie omicidiarie attenuate, ovviamente non attuabile in via referendaria. D’altro canto, è lo stesso “intendimento riformatore che, pur rispondendo a una esigenza generalmente avvertita (...), richiederebbe una riforma complessiva” (così la Corte nella sent. n. 50/2000 a proposito del

³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019, 23.

referendum sui termini di custodia cautelare, che come quello sulla smilitarizzazione della guardia di finanza - sent. n. 35/2000 - fu dichiarato inammissibile). Tanto più perché la complessità del riequilibrio del diritto positivo rispecchia la complessità più profonda di una materia scossa dalle straordinarie possibilità di intervento della tecnica nella medicina, sconosciute al legislatore di un secolo fa, ma anche, peraltro, dalla sua inefficacia nell'assicurare un prolungamento qualitativamente dignitoso della vita: per cui, come scriveva il pioniere degli studi sulla tecnica come oggetto dell'etica, Hans Jonas, "dobbiamo porre la corsa tecnologica sotto controllo extratecnologico"⁴.

Non si tratta, come piuttosto superficialmente viene rappresentato, solo di un conflitto tra bioetica religiosa, cattolica in particolare, e bioetica laica, tra *pro life* e *pro choice*. La distanza tra i due paradigmi, profonda in teoria, nella realtà tende ad accorciarsi in favore di concezioni e vissuti mediani, giacché pochissime persone adottano quelle posizioni estreme. La maggior parte di esse partecipa ad un laboratorio complesso in cui "principii differenti possano infine confrontarsi senz'odio filosofico e teologico"⁵. Così, anche nell'ottica della disponibilità della vita, di questa viene nondimeno recuperata la "sacralità" reinterpretata laicamente come "protezione delle vite in senso biografico e non puramente della vita in senso biologico"⁶ (Rachels, che su questa base giustifica l'eutanasia di chi è vivo biologicamente ma non ha una vita in senso biografico) o come inviolabilità del suo "valore intrinseco", cioè "indipendente da ciò che alle persone capita di apprezzare, desiderare o avere bisogno, o da ciò che è bene per loro"⁷. Di qui un'idea secolarizzata della sacralità della vita non necessariamente discendente dalla visione tomistica, o religiosa in genere, di "dono di Dio", semmai solo analogica: cioè, in definitiva, un bilanciamento tra l'inviolabilità e la disponibilità della vita.

Anche per tale complessità, che sta nel profondo della questione, il nodo apparentemente gordiano del fine vita non pare potersi sciogliere con il taglio netto di un referendum. Chiaro e comprensibile lo spirito dell'iniziativa dato che il Parlamento è da tempo silente su questi temi. Per fare un confronto, l'attenta sensibilità alle sollecitazioni della Corte in materia di IVG, manifestata dal legislatore degli anni settanta, *non est de hoc saeculo*, come dimostrato dalla disattenzione agli inviti pur perentori della Corte, da ultimo proprio nel caso dell'aiuto al suicidio. E, tuttavia, è certo che quello è il luogo in cui affrontare il tema con cognizione piena ed esauriente dei valori da bilanciare, senza condizionamenti obbliganti da parte tanto delle sentenze della Corte, entro il cui perimetro si muove il testo base attualmente all'esame della Camera, quanto dell'esito, o anche solo dell'iniziativa, del referendum. Che, peraltro, questo venga utilizzato da pungolo nei confronti del Parlamento, come prospettato dai sostenitori del referendum, porterebbe a snaturarlo riducendolo ad una sorta di referendum consultivo su una questione di più ampia ed impropria portata rispetto al quesito

⁴ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, 36.

⁵ U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Baldini & Castoldi, Milano, 1998, 28.

⁶ J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Sonda, Torino, 1989, 43.

⁷ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, 98.

oggettivo, quale il far “venir meno il divieto assoluto dell’eutanasia”, sul quale si chiede ai cittadini elettori di dichiararsi favorevoli o contrari: tagliando fuori chi propenda per una disciplina della libertà di scelta sul fine vita, entro limiti certi e all’esito di un procedimento garantistico per i soggetti interessati e per la stessa società.

EUTANASIA, SUICIDIO ASSISTITO, OMICIDIO DEL CONSENZIENTE: L'IMPORTANZA DELLA DISTINZIONE

di GIUSEPPE CRICENTI*

SOMMARIO: 1. Il concetto di eutanasia. – 2. L'ipotesi posta dalla Corte costituzionale.
– 3. Eutanasia attiva e passiva. – 4. Gli effetti sul referendum. – 5. Conclusioni.

1. Pare necessaria una premessa. Se si parla di eutanasia, e se il referendum mira a renderla lecita, allora serve chiarire di cosa si tratta: per una ormai più che decennale riflessione, l'eutanasia si distingue sia dall'omicidio del consenziente che dal suicidio assistito.

Se fosse stato chiaro questo assunto, ormai recepito da buona parte della filosofia bioetica, probabilmente anche la decisione della Corte Costituzionale¹ sarebbe stata diversa.

In bioetica, come in filosofia morale, è eutanasia l'interruzione- attiva o passiva che sia- di una cura vitale, e dunque è una situazione che presuppone un paziente affetto da una malattia mortale, o irreversibile, che è tenuto in vita – o potrebbe esserlo- da una qualche terapia medica, e che chiede che la malattia faccia il suo corso, ossia che rifiuta una cura che potrebbe prolungare la sua esistenza o renderla temporaneamente migliore.

Questa è la definizione di eutanasia che a partire dalla riflessione di Beauchamp e Davidson², nel 1979, è pressoché diffusa in bioetica, e che in gran parte è stata trascurata dalla Corte costituzionale nel 2019.

Giova riassumerla sinteticamente.

Secondo questa definizione la morte di un essere umano, A, è un caso di eutanasia se e solamente se: (i) la morte di A è provocata da un altro essere umano, B, ma nel senso che quest'ultimo può essere sia la causa della morte di A che un elemento causalmente pertinente dell'evento morte (che ciò avvenga dunque per azione od omissione non rileva); (ii) B dispone di sufficienti elementi per credere che A soffre in modo intenso o è in uno stato di coma irreversibile, e questa credenza si fonda su una o più leggi causali attestate; (iii) la ragione maggiore per cui B vuole la morte di A è nel far cessare le sue sofferenze; (iv) tre le procedure che consentono la morte di A, A e B scelgono quelle che producono le minori sofferenze ad A, e comunque sofferenze minori di quelle che con la morte si vorrebbero far evitare; (v) A non è un organismo fetale.

Si tratta di cinque condizioni, individualmente necessarie ed insieme sufficienti a definire l'eutanasia.

* *Giudice della Corte di Cassazione.*

¹ Corte Cost. 242 del 2019.

² T.L. BEAUCHAMP A.I. DAVIDSON, *The Definition of Euthanasia*, in *Journal of Med. and Phil.*, 1979, 294- 312.

Intanto (i) deve trattarsi di morte provocata da un terzo, condizione che serve a distinguere l'eutanasia dal suicidio; deve essere voluta per porre fine alle sofferenze di una malattia mortale irreversibile (ii e iii), e dunque, come abbiamo visto, non può parlarsi di eutanasia rispetto ad un soggetto sano, né può questa condizione servire a distinguere tra azioni ed omissioni, ipotizzando che solo in quest'ultimo caso la morte sopravviene per decorso naturale della malattia, e salva la restrizione del concetto alle sole sofferenze dovute a malattie mortali o terminali, o particolarmente gravi, e si spiega perché (iv) la sofferenza provocata dalla procedura di eutanasia prescelta non deve produrre sofferenze maggiori di

quelle che si vogliono evitare. L'ultima clausola (v) consente di distinguere l'eutanasia dall'aborto; le prime quattro da qualsiasi forma di omicidio o suicidio assistito.

È una concettualizzazione, questa, in base alla quale è possibile identificare la condotta di eutanasia come autonoma, e distinguerla da altre condotte caratterizzate dall'evento morte, provocato da un terzo (omicidio, suicidio assistito, aborto ed altro).

Ricordo infatti che la Corte ha ritenuto non punibile il suicidio assistito quando è praticato verso un paziente affetto da malattia terminale e che chiede di porre fine alle proprie sofferenze: non già un qualsiasi aiuto a porre fine alla propria esistenza.

Ciò che la Corte non si è spinta a dire è che, a tal fine, non conta la distinzione tra eutanasia attiva e passiva, e si è così limitata a considerare il caso di eutanasia passiva come una ipotesi, lecita o non punibile, di suicidio assistito, facendo rientrare invece quello di eutanasia attiva nella ipotesi di omicidio del consenziente, dunque punibile. Da qui il referendum, ed il suo oggetto.

2. L'intervento della Corte costituzionale pone poi una chiara delimitazione: l'assistenza fornita dal medico- o chi per lui- è lecita se è rivolta ad un malato affetto da patologia irreversibile, tenuto in vita da un intervento sanitario salvifico.

Questa delimitazione ha qualcosa di ovvio, che viene sottovalutato: il paziente, affetto da una qualche malattia, su cui ancora non è intervenuta alcun trattamento medico, è oggi, come lo era in passato, libero di rifiutare quell'intervento. Nessuno può dubitare che anche prima della decisione della Corte costituzionale, se avessero detto ad un paziente "o ti fai amputare un arto o muori", costui avrebbe ben potuto rifiutare l'intervento e nessuno avrebbe potuto costringerlo, e ciò senza ipotizzare reati a carico del medico che avesse rispettato tale volontà.

Il problema si è dunque sempre posto per i casi in cui il rifiuto interviene a trattamento medico iniziato, che sono quelli che pongono problemi di liceità dell'intervento medico; l'eutanasia è nient'altro che questo: l'interruzione di una cura salvifica o di mantenimento su un paziente irreversibilmente malato.

Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto che solo quella che impropriamente si chiama eutanasia passiva rientri tra i casi di suicidio assistito, precisando che si tratta di una ipotesi non punibile, per le ragioni che sappiamo.

Invece, come meglio vedremo, ha ritenuto che l'eutanasia cosiddetta attiva sia un caso di omicidio del consenziente, con la conseguenza paradossale che,

depenalizzata l'eutanasia passiva, quella attiva è da considerarsi punibile proprio in ragione dell'articolo 579 c.p.

3. V'è da fare allora una premessa ulteriore. Dalla decisione della Corte costituzionale, che in questo ha tenuto conto di un confuso parere del Comitato di Bioetica, sembra derivare che l'eutanasia, in senso stretto, è quella passiva, ossia mera interruzione della cura; mentre quella che, in una certa tradizione di pensiero si identifica come eutanasia attiva, rientrerebbe nell'omicidio del consenziente e non sarebbe quindi lecita.

Non ho qui lo spazio per spiegare perché questa sia una distinzione irrilevante: come se vi fosse qualcosa di diverso tra la condotta del medico che procura la morte ad un paziente con una iniezione, anziché interrompendo il trattamento che lo mantiene in vita. Non ci sono mai stati argomenti irresistibili a presidio di quella distinzione³. Tuttavia, una tale distinzione dalla decisione della Corte emerge, ed autorizza a pensare che solo l'eutanasia passiva è lecita, ossia è un caso di suicidio assistito non punibile, mentre quella attiva rientra tra le ipotesi di omicidio del consenziente.

Ed infatti, la Corte precisa che la legge vigente - il riferimento è alla 219 del 2017- consente al paziente di rifiutare una cura ma non consente al medico una condotta attiva che causi la morte del malato e neanche una condotta con cui il medico metta a disposizione del paziente mezzi utili a procurarsela da sé.

Il Comitato di Bioetica aveva esemplificato questa conclusione dicendo che un conto è che il caso del medico che consegna un farmaco letale al paziente e costui lo assume da sé, altro quello in cui che glielo somministra direttamente (p. 9 del parere).

Senza bisogno di interrogare gli esperti di logica, oltre che di bioetica e diritto-ognuno intende la speciosità e la irrilevanza di tale distinzione. Ma se proprio si cercano risposte dotte a quella strana idea del Comitato di Bioetica, stanno nelle critiche che i neokantiani rivolgono alla teoria dell'azione come fatto materiale propria di J.S. Mill⁴.

Tuttavia, è un dato di fatto che, allo stato dell'arte, l'eutanasia attiva non rientra tra i casi leciti e rischia di ricadere nella fattispecie dell'omicidio del consenziente, a seguire la tesi della Corte costituzionale. Da questo punto di vista il referendum correttamente è indirizzato verso l'articolo 579 c.p., ma rischia di produrre effetti maggiori di quelli semplicemente limitati alla depenalizzazione della eutanasia attiva.

4. Le carenze del referendum, dunque, discendono dalla situazione sopra evidenziata: se si ha di mira di correggere gli esiti della pronuncia della Corte e dunque includere nella depenalizzazione anche l'eutanasia attiva- che, si ripete,

³ Rimando chi volesse approfondire a G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, ETS, Pisa, 2013, 89 e ss.

⁴ Ad esempio, O. O'NEILL, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge Press., Cambridge, 2002.

secondo la decisione della Corte non sarebbe lecita e costituirebbe omicidio del consenziente- allora occorre specificarlo.

Invece, il quesito mira più genericamente a depenalizzare casi di intervento di terzi sulla vita altrui che non sono definibili né come eutanasia attiva né passiva, ossia non sono per niente casi di eutanasia, la quale, si ripete al di là della modalità con cui è praticata- attiva o passiva- presuppone pur sempre l'intervento del medico o di un terzo in generale sulla vita di un paziente irreversibilmente sofferente se non terminale.

Allora il quesito solleva dubbi, se mira ad ampliare i casi di eutanasia, ossia se si vuole dare di questa pratica una definizione più ampia: per me si tratta di casi che esulano dal concetto di eutanasia, e che dovrebbero avere un trattamento diverso: altro è il paziente irreversibilmente malato, che non intende più soffrire e che chiede che la malattia faccia il suo corso; altro chi vuol porre fine alla sua vita per depressione o altro.

È chiaro che l'esito del referendum, essendo quello di confinare i casi di omicidio del consenziente, alle ipotesi in cui il soggetto passivo è minore, o incapace, o soggetto a violenza, rende leciti tutti gli altri, dunque anche l'"omicidio" del depresso, che però, piaccia o no, non è eutanasia.

5. In conclusione, gli esiti del referendum, così posto, saranno di ampliare come si è detto la liceità dell'intervento medico – e non solo medico- sulla vita altrui, meglio, sulla interruzione della vita altrui. E mi pare evidente che se non si precisa che da depenalizzare è solo l'eutanasia come l'abbiamo definita prima, si renderanno lecite una serie di condotte che invece sarebbe meglio vietare.

Io penso che nessuna società possa ancora permettersi una medicalizzazione del suicidio: se un depresso, o una persona che comunque ha ragioni per voler morire, che non sono costituite da una malattia mortale, può accedere ad una "prestazione medica" per realizzare questo desiderio, non abbiamo legalizzato l'eutanasia, ma medicalizzato il suicidio.

Ciascuno può pensare che non vi sarebbe niente di male, ma dovrà ammettere che lungi dal costituire, questo passo, un progresso dell'autonomia del paziente – e resta evidente che ne beneficeranno anche i non pazienti- è al contrario un regresso: torna il ruolo della medicina come accertamento della "verità del fatto patologico" e quello che è un gesto privato – il suicidio- viene affidato nuovamente al medico.

Non mi scandalizzerei se vi fosse dunque un intervento correttivo del Parlamento, a precisare gli ambiti della legalizzazione della eutanasia nei termini che abbiamo visto. Del resto, sono tra coloro che pensano che certe questioni non vanno affidate solo ai giudici e che una legge di bioetica, sul modello francese, ossia revisionabile ogni dato numero di anni, è la forma migliore per affrontare questi problemi.

LA VIA REFERENDARIA AL FINE VITA: UN'INIZIATIVA AMBIGUA, INUTILE E DANNOSA

di GIOVANNI D'ALESSANDRO*

SOMMARIO: 1. Il quesito del referendum sull'eutanasia legale. – 2. Le contraddizioni di fondo dell'iniziativa referendaria: sull'ambiguità e non-univocità della richiesta. – 3. Sull'inutilità dell'esito referendario. – 4. Sulla dannosità del referendum.

1. Il testo del quesito referendario formulato dal Comitato promotore denominato “referendum eutanasia legale” chiede agli elettori di votare sull'abrogazione (parziale) dell'art. 579 CP (rubricato “omicidio del consenziente”), «comma 1 limitatamente alle seguenti parole “la reclusione da sei a quindici anni.”; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole “Si applicano”?»). Di conseguenza, rispetto al testo vigente dell'art. 579, la normativa di risulta punirebbe *secondo le disposizioni relative all'omicidio doloso* «chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui» *se e solo 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 *ratio* della richiesta referendaria oggettivata nel testo del quesito è quella di ribaltare il principio dell'indisponibilità della vita sancito dai vigenti artt. 579 e 580 CP nel suo opposto, in virtù di una mera operazione di negazione logica ottenuta tramite una tecnica di ritaglio normativo secondo il noto schema a+(-b). Ma tale “scopo” è dichiaratamente riferito dal Comitato promotore all'ambito dell'eutanasia, che diverrebbe “legale” a seguito del favorevole esito della consultazione referendaria.

2. Mi limiterò a poche battute, considerate le risultanze dell'ampio dibattito suscitato dalla traccia fornita dagli organizzatori del seminario e dalle relazioni introduttive di Roberto Romboli e Tullio Padovani. Per cui molte cose sono state già dette (ad esempio da Federico Sorrentino, Nicola Colaianni, Adele Anzon) e ripetute diverse volte.

Vorrei essere elementare nella mia esposizione ed evitare disquisizioni su profili più “elevati” come quello del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente necessitato o vincolato ovvero della ragionevolezza dell'esito referendario, attenendomi a una massima di parsimonia (secondo l'assioma – metafisico – denominato “rasoio di Occam”). Ritengo, infatti, che il referendum sia

* *Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica di Roma- Niccolò Cusano*

inammissibile per ragioni forse “semplici”, e comunque anche meno elaborate di quelle usualmente impiegate nella discussione.

Com'è noto, tra le prime condizioni di ammissibilità del quesito referendario, sin dalla sentenza “Paladin” del 1978 della Corte costituzionale, vi sono quelle della chiarezza e dell'univocità per salvaguardare la libertà e la consapevolezza del voto espresso dagli elettori: per non contraddire il principio democratico espresso dagli artt. 1 e 48 Cost., «se è vero che il referendum non è fine a se stesso, ma tramite della sovranità popolare, occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non da coartare le loro possibilità di scelta» (cfr. sent. n. 16/1978, § 5. *Cons. dir.*, cui *adde*, da ultimo, sent. n. 10/2020, § 5. *Cons. dir.*). In tal senso – per la Corte – che la sovranità appartiene al popolo significa che «il popolo dev'esser garantito [nella sede del giudizio di ammissibilità] nell'esercizio del suo potere sovrano» e, dunque, «uno strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può essere infatti trasformato - insindacabilmente - in un distorto strumento di democrazia rappresentativa» (*ibidem*).

Alla luce di tali requisiti appare di una certa evidenza il fatto che il senso che obiettivamente assume la richiesta di referendum sull'eutanasia legale, quali che siano gli intendimenti soggettivi dei presentatori e dei sottoscrittori di essa, è anzitutto *ambiguo* e *non-univoco*.

La domanda referendaria che si sottopone agli elettori è formalmente riferita alla tematica della legalizzazione dell'*eutanasia*, e cioè – come ben spiegato da Giuseppe Cricenti nel *Forum di Giustizia insieme* su *I referendum per l'eutanasia legale*, in www.giustiziainsieme.it, 6 ottobre 2021) – alla condotta d'interruzione, attiva o passiva che sia, di una cura vitale da parte di un terzo nei confronti di un soggetto affetto da una malattia mortale e irreversibile che determini sofferenze intollerabili. Ma, in maniera del tutto equivoca, ciò che si otterrebbe dall'eventuale esito positivo del referendum proposto è l'abolizione parziale dell'*omicidio del consenziente*, con la contrapposta affermazione della liceità del *pieno* diritto di disporre *liberamente* della propria vita *senza necessità di alcuna giustificazione*, salvo, naturalmente, la sussistenza di un valido consenso e con le circoscritte eccezioni ancora vietate. Un risultato che va ben *oltre* l'intenzione oggettiva della proposta abrogativa, *eccedente* e *sovradimensionata* rispetto al suo scopo, assolutamente estranea al contesto di malattia e cura che caratterizza la nozione di eutanasia. E che, peraltro, si pone in frontale contrasto con i principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di tutela del diritto alla vita e di limiti all'autodeterminazione dei soggetti più deboli e vulnerabili, nelle decisioni sul caso “Cappato-Antoniani” in relazione all'art. 580 CP (*scil.*: ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019).

3. D'altro canto, c'è seriamente da dubitare che la proposta di abrogazione referendaria parziale dell'art. 579 CP possa ottenere un risultato *autosufficiente*, in assenza di una specifica disciplina sul consenso. *Rebus sic stantibus*, infatti, l'esigua e molto sporadica giurisprudenza di legittimità che ha applicato l'art. 579 ha costantemente ribadito che il delitto dell'omicidio del consenziente presuppone un consenso non solo serio, esplicito e univoco, ma perdurante anche sino al

momento in cui il colpevole commette il fatto (si veda sin da Cass., Sez. 1 pen., sent. n. 1155 del 13/11/1970 Ud., *Pasquini*, Rv. 116725-01). È configurabile il delitto di omicidio volontario – e non l'omicidio del consenziente – nel caso in cui manchi una prova certa, chiara e convincente di una tale volontà qualificata di morire manifestata dalla vittima, dovendo in tal caso riconoscersi assoluta prevalenza al diritto alla vita, quale diritto personalissimo che non attribuisce a terzi il potere di disporne, anche in base alla propria percezione della qualità della vita altrui (si veda sin da Cass., Sez. 1 pen., sent. n. 13410 del 14/02/2008 Ud., *Bertozzi*, Rv. 241439-01).

In concreto, l'esito referendario, in caso di approvazione, sarebbe *inutiliter dato* nella perdurante assenza di una disciplina sul consenso della vittima, risultando impossibile verificarne le caratteristiche richieste dalla giurisprudenza di legittimità senza una congrua proceduralizzazione. Pertanto, abrogato parzialmente l'art. 579 CP, quei fatti che prima sarebbero rientrati nel perimetro della fattispecie incriminatrice ridotta rientrerebbero *eo ipso* nell'area dell'art. 575 CP.

È stato da più parti rilevato, invero, che, trattandosi di disciplina penalistica, è indispensabile che vi sia una regolazione *ad hoc* sul consenso, non potendosi estendere in via interpretativa soluzioni limitative del residuo art. 579 in contrasto con il principio di stretta legalità di cui all'art. 25 Cost.

4. Sussistono, quindi, delle contraddizioni di fondo di questa richiesta referendaria. Si chiede di abrogare la sanzione penale per chi assume una condotta attiva o passiva volta a privare della vita chi è in una condizione intollerabile di sofferenza dovuta a malattia terminale, secondo la volontà qualificata espressa dal soggetto ammalato, e si ottiene, invece, il risultato di un'abolizione incondizionata del delitto di omicidio del consenziente, con una sua franca liberalizzazione, salvi il consenso e i casi esclusi della persona minore, inferma di mente o il cui consenso sia stato estorto. Si chiede, poi, di abrogare parzialmente l'art. 579 CP con la conseguenza inevitabile di ottenere l'automatica espansione della fattispecie incriminatrice dell'omicidio doloso, in assenza di una disciplina sul consenso e di quelle cautele che garantiscano in maniera adeguata il diritto alla vita, così come delineato dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla fattispecie contigua dell'aiuto al suicidio.

Infine, e nella sostanza più profonda, si prospetta la definitiva torsione della funzione del referendum abrogativo previsto dall'art. 75 Cost., che diviene insidiosamente strumento *propositivo* o *consultivo*, al fine di “muovere la politica” attraverso il raggiungimento di un risultato capestro che *dovrebbe* obbligare il legislatore a intervenire sul fine vita nella direzione indicata dal Comitato promotore. E questo è certamente un *vulnus* per l'integrità della nostra Costituzione, che non consente pratiche elusive o “scorciatoie”, e un *danno* per la nostra democrazia.

QUALCHE DUBBIO SULL'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'EUTANASIA LEGALE

di ANTONIO D'ALOIA*

SOMMARIO: 1. Gli effetti oggettivamente 'distorsivi' del referendum rispetto ai confini del dibattito sul fine vita. - 2. Ambiguità e irrazionalità del risultato nel raffronto tra disciplina dell'aiuto al suicidio e sostanziale depenalizzazione dell'omicidio del consenziente. - 3. L'esito del referendum e l'esigenza costituzionale di protezione della vita secondo la Corte costituzionale. - 4. Oltre la disciplina dell'eutanasia. Cenni al 'seguito' parlamentare delle decisioni 'Cappato'.

1. Il referendum sull'eutanasia legale presenta, a mio avviso, alcuni profili di inammissibilità, che credo non supereranno il filtro della Corte Costituzionale. Partiamo dalla struttura del quesito e dal modo con cui è stato presentato per la raccolta delle firme.

Si parla di strumento per arrivare al riconoscimento dell'eutanasia legale, ma in realtà, l'effetto prefigurato è più generale, perché conduce ad una depenalizzazione dell'omicidio del consenziente¹, sia pure con alcune eccezioni, già contenute nell'attuale testo dell'art. 579 c.p., e che non vengono toccate dalla domanda abrogativa.

Se dovesse passare il referendum, rimarrebbe punito a titolo di omicidio volontario l'omicidio del consenziente commesso nei confronti di: a) una persona minore degli anni diciotto; b) 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; c) una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

Dunque, non esisterebbe più l'omicidio del consenziente come fattispecie speciale di delitto contro la vita. Se c'è il consenso, non c'è il reato, salvo che nelle ipotesi prima ricordate dove la condizione di vulnerabilità del soggetto consenziente giustifica la punizione *tout court* dell'omicidio come omicidio volontario a tutti gli effetti.

Il dibattito sul fine vita subirebbe un deciso (e sostanzialmente definitivo) salto in avanti (o 'nel buio') rispetto allo stadio raggiunto con le decisioni della Corte costituzionale sul caso 'Cappato'.

Dall'aiuto medico a morire, passeremmo alla possibilità di dare la morte, con il consenso del soggetto ucciso, anche al di fuori dei criteri e dei requisiti elaborati dalla Corte costituzionale come elementi di legittimazione del suicidio

* *Ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Parma*

¹ G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. "sull'eutanasia" fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consulta online*, n. III/2021, 2021, 973, che sottolinea correttamente che "la questione della denominazione, ..., 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".

medicinalmente assistito, e senza alcun necessario collegamento con una relazione medico-paziente o con una condizione di patologia.

Il risultato avrebbe un'ampiezza persino superiore a quelle legislazioni che ammettono da tempo l'eutanasia attiva volontaria nei confronti di soggetti affetti da malattie terminali o irreversibili e gravi. L'unico limite sarebbe quello del consenso della vittima, che potrebbe chiedere di essere ucciso anche per una sofferenza dell'anima, una malattia psicologica, o semplicemente la stanchezza di vivere o il desiderio di non prolungare ulteriormente il progressivo e naturale decadimento delle proprie capacità fisiche e mentali (come nel caso Gross davanti alla Corte EDU).

2. Il referendum appare innanzitutto ambiguo ed irrazionale nel risultato normativo che potrebbe derivarne in caso di ammissibilità e di successiva approvazione popolare.

A questa stregua, come dicevo, la mia opinione è che esso potrebbe non superare il vaglio di ammissibilità della Corte costituzionale a febbraio. Provo a spiegare perché.

In primo luogo, a me sembra che gli stessi promotori siano consapevoli di qualche seria difficoltà legata alla 'sostenibilità' costituzionale della normativa di risulta. Per questo, operano il tentativo di legare il 'nuovo' omicidio del consenziente risultante dall'eventuale successo del referendum ai medesimi presupposti del suicidio assistito elaborati dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 207/2018 e nella sent. n. 242/2019.

Si tratta però di uno schema argomentativo che non regge, e non ha alcuna possibilità di corrispondenza concreta con il testo dell'art. 579 come verrebbe riformulato a seguito del referendum². Credo che Romboli abbia colto molto bene il punto nella sua Relazione introduttiva, quando ha sottolineato la "distanza tra gli effetti che vengono indicati e quelli che realmente andrebbe a produrre la vittoria del 'sì' al referendum", aggiungendo che "*Qualsiasi riferimento ad una limitazione a casi e situazioni ulteriori (come quelle particolarissime quattro condizioni poste dalla Corte costituzionale per l'aiuto al suicidio) può al massimo essere indicato come auspicio per futuri, successi interventi del Parlamento o della Corte costituzionale, ma certamente non deducibili dalla c.d. normativa di risulta*".

L'intento dei promotori non può sostituirsi al risultato normativo effettivo che lascerebbe l'omicidio del consenziente in un'area non necessariamente connotata da situazioni patologiche gravi o irreversibili. In altre parole, uccidere una persona con il suo consenso (salvo che la vittima non rientri in una delle categorie che resterebbe escluse dalla depenalizzazione) non sarebbe più un reato, a prescindere dal motivo per cui un soggetto chieda di essere ucciso, e dalla sussistenza di una condizione patologica grave accertabile oggettivamente, nei termini indicati dal Giudice costituzionale.

² Vedi le attente considerazioni di R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

Dalla vittoria dei SI discenderebbe un esito paradossale, e cioè che uccidere una persona con il suo consenso verrebbe considerato dall'ordinamento meno grave, tanto da non essere punito, dell'aiuto al suicidio, pur con il consenso del richiedente, ma in assenza delle altre condizioni prescritte dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 242/2019.

Così però si determina un rovesciamento del principio di proporzionalità nel campo del diritto penale.

3. I sostenitori dell'ammissibilità insistono anche sul fatto che una siffatta verifica di ragionevolezza e di costituzionalità della normativa di risulta sarebbe preclusa alla Corte costituzionale nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum.

In effetti, in più occasioni la Corte costituzionale ha escluso –in conformità ad una costante giurisprudenza – che in sede di controllo di ammissibilità dei referendum possano venire in rilievo profili di incostituzionalità sia della legge oggetto di referendum sia della normativa di risulta.

Tuttavia, in alcune decisioni sull'ammissibilità di referendum abrogativi la Corte non ha escluso *“una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata 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”* (sent. n. 45 del 2005).

In un'altra decisione più risalente (sent. n. 17/1997), la Corte ha affermato che mentre «sono irrilevanti i propositi e gli intenti dei promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata (...) ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione, presentandosi come equivalente ad una domanda di abrogazione di norme o principi costituzionali».

Nella sent. n. 35/1997, con la quale fu dichiarato inammissibile il referendum 'totale' sulla legge n. 194/78 (ma v. già la sent. n. 26/1981), la Corte fece applicazione del limite di ammissibilità rappresentato dalla “non abrogabilità delle disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato”, ascrivendo a questa categoria quelle “leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione”.

Ora, in che modo questo ragionamento (che talvolta viene esteso alla più ampia nozione di ‘leggi costituzionalmente obbligatorie’³) coinvolge anche il referendum sulla cd. ‘eutanasia legale’?

³ Vedi ancora G. RAZZANO, *Le incognite*, cit., 979. Sulla difficoltà di una chiara definizione di questa categoria, v. per tutti M. LUCIANI, *Art. 75 – La formazione delle leggi*, tomo I, 2, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Cost.* a cura di G. Branca – A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, 470-471.

Nell'ordinanza n. 207/2018, con cui la Corte ha sostanzialmente aperto la strada alla legittimità a certe condizioni dell'aiuto medico a morire, la Corte è partita da una riflessione generale sull'art. 580 c.p., in primo luogo contestando la pretesa del giudice a quo di “*desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita...*”.

Al contrario, per il Giudice costituzionale, l'art. 580 cod. pen. – anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio – è “funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento”, e cioè essenzialmente alla protezione della vita umana, non tanto “in funzione dell'interesse che la collettività riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini”, quanto – “alla luce del mutato quadro costituzionale” - con riferimento “alla persona umana come a un valore in sé”.

Si legge nell'ordinanza citata che “l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo 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”. E, ancor più chiaramente, che “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. Anzi, 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 impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.)”.

Riassumendo, l'aiuto al suicidio mantiene la sua configurazione di norma di tutela minima del diritto alla vita, che resta un valore supremo dell'ordinamento giuridico, salvo che nelle specifiche condizioni di cui alle decisioni nn. 207/2018 e 242/2019⁴.

Una norma, come quella che verrebbe a configurarsi a seguito dell'esito positivo del referendum, che consentisse -anche al di fuori di quelle condizioni- di depenalizzare l'uccisione di una persona solo in forza del suo consenso, travolgerebbe evidentemente questa soglia inderogabile di tutela della vita, alterando proprio quel limite che invece la Corte Costituzionale ha ritenuto di

⁴ In termini analoghi, v. G. RAZZANO, *Le incognite*, cit.

mantenere nell'ipotesi (fenomenologicamente meno grave) dell'aiuto o dell'agevolazione dell'altri proposito suicidiario.

Non appare persuasiva la tesi secondo cui la permanenza della rilevanza penale dell'omicidio del consenziente nelle ipotesi del minore, di persona incapace o di consenso invalido, sarebbe tale da preservare il contenuto essenziale della tutela del diritto alla vita. Queste tre ipotesi, contenute in quella parte dell'art. 579 c.p. che il referendum lascia intatta, non esauriscono certo le situazioni di debolezza e vulnerabilità per le quali la Corte ritiene sia costituzionalmente ragionevole mantenere il divieto di aiuto e assistenza al suicidio.

4. A mio avviso, c'è anche un'altra ragione di dubbio sull'ammissibilità del referendum, prima anticipata; ed è essenzialmente nel disallineamento tra il risultato oggettivo collegabile alla formulazione del quesito referendario ed alla norma che deriverebbe dall'eventuale esito positivo, e la presentazione del quesito medesimo da parte dei promotori.

L'intento dichiarato del referendum di introdurre un regime di eutanasia legale è infatti ampiamente 'oltrepassato' dalla sostanziale depenalizzazione dell'omicidio del consenziente (salvo che la vittima consenziente non rientri nelle categorie protette dell'art. 579 c.p.) anche in situazioni che non hanno alcuna connotazione clinico-patologica rapportabile al dibattito classico sulle decisioni di fine vita.

L'Italia andrebbe oltre il Belgio, l'Olanda, la Spagna della recentissima *ley organica de regulación de la eutanasia* (del 24/3/2021),⁵ alcuni Stati americani come l'Oregon, la Colombia della sentenza della Corte Suprema del 1997. In tutti questi casi, deve esserci comunque una malattia, anche non terminale o inguaribile, ma comunque fonte di sofferenze ritenute intollerabili.

Probabilmente, il riferimento a cui pensano i promotori del referendum è la decisione del BVG del febbraio 2020⁶, l'individuazione di un "diritto della persona ad autodeterminarsi alla morte", basato su "un diritto generale della personalità" risultante dall'incrocio tra il principio di inviolabilità della dignità umana (art. 1 Gg) e il diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2 Gg), che "non può essere condizionato al ricorso di alcune condizioni di salute (come appunto una malattia incurabile o anche solo grave)".

Ma appunto, è un salto troppo forte rispetto all'equilibrio costituzionale tra i beni dell'autonomia e della dignità da un lato, e la protezione della vita e dell'inviolabilità della persona umana dall'altro, che la Corte ha inteso così faticosamente tracciare, nelle due decisioni sul suicidio assistito⁷; e al quale si va orientando anche il legislatore, come pare emergere dal disegno di legge unificato

⁵ Rileva infatti G. RAZZANO, *Le incognite*, cit., 980, che questi Paesi mantengono infatti nei loro codici penali "le fattispecie che corrispondono all'omicidio del consenziente, pur creando delle deroghe di eutanasia".

⁶ Vedi ancora R. ROMBOLI, *Riflessioni*, cit.

⁷ R. ROMBOLI, *Riflessioni*, cit., che richiama la decisione n. 123 del 15/3/2021 del Tribunale Costituzionale del Portogallo. In questo senso, v. anche S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Milano, 2021, 45-47.

sulla “morte volontaria medicalmente assistita”, che proprio in questi giorni è entrato nella fase assembleare del dibattito parlamentare.

L’impianto normativo di questo progetto di legge è chiaramente costruito come seguito delle posizioni della Corte costituzionale. Non si parla di eutanasia, come nella legge spagnola del marzo scorso, ma di “assistenza medica, al fine di porre fine volontariamente ed autonomamente alla propria vita”, facoltà riconosciuta alla “persona affetta da una patologia irreversibile o con prognosi infausta”. Nella definizione dell’art. 2, viene precisato che “*Si intende per morte volontaria medicalmente assistita il decesso cagionato da un atto autonomo con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e la supervisione del Servizio Sanitario Nazionale*”. I presupposti e le condizioni di legittimazione della facoltà di chiedere l’aiuto medico a morire sono praticamente quelli indicati dal Giudice costituzionale, con una precisazione proprio sui trattamenti di sostegno vitale (“la cui interruzione provocherebbe il decesso del paziente”) che sembra voler arginare le letture estensive dei primi casi di morte medicalmente assistita successivi alle decisioni della Corte costituzionale.

Il percorso procedurale è rigorosamente definito nei passaggi e nelle modalità. In particolare, il medico che ha ricevuto dal paziente la richiesta di morte volontaria medicalmente assistita redige un rapporto sulle condizioni cliniche del richiedente e sulle motivazioni che l’hanno determinata e lo inoltra al Comitato di valutazione clinica territorialmente competente. Questo rapporto deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata della propria condizione clinica e della prognosi, se è stata adeguatamente informata dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche. Il rapporto deve indicare inoltre se la persona è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative, e specificare se è già in carico a tale rete di assistenza o se ha rifiutato tale percorso assistenziale.

La valutazione sulla esistenza dei presupposti e dei requisiti a supporto della richiesta di morte volontaria medicalmente assistita, viene affidata ad organismi appositamente istituiti, i Comitati per la valutazione clinica, organismi multidisciplinari, autonomi e indipendenti, costituiti da professionisti con competenze cliniche, psicologiche, sociali e bioetiche idonee a garantire il corretto ed efficace assolvimento dei compiti ad essi demandati, tra i quali appunto l’adeguata valutazione dei requisiti e delle modalità per accedere alla morte volontaria medicalmente assistita.

Infine, Il disegno di legge unificato riconosce il diritto all’obiezione di coscienza del personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie. L’obiezione di coscienza può essere opposta con preventiva dichiarazione che va comunicata al direttore dell’azienda sanitaria locale o dell’azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, e può sempre essere revocata.

Si precisa che l’obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente dirette al suicidio, e non dall’assistenza antecedente l’intervento.

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P., TRA (PRESUNTI) OBBLIGHI DI PENALIZZAZIONE ED ESIGENZE DI PROTEZIONE DELLE PERSONE PIÙ FRAGILI

di MARILISA D'AMICO* e STEFANO BISSARO**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: un cammino lungo e tortuoso. 2. Veri o falsi problemi? La chiarezza del quesito, il carattere manipolativo e la (ir)rilevanza della eventuale illegittimità della normativa di risulta. 3. Un argomento nascosto: l'inesistenza di obblighi costituzionali di penalizzazione. 4. (segue) qualche spunto dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, sull'art. 579 c.p. 5. Riflessioni conclusive... il tramonto della leale collaborazione?

1. Il cammino del referendum sull'art. 579 c.p. ha una storia molto lunga: il primo passo è così lontano da risultare quasi sbiadito nella memoria collettiva, essendo passati più di 35 anni da quando fu presentata in Parlamento, nel 1984, la prima proposta di legge in materia di fine vita; un significativo balzo in avanti ha avuto luogo, nei primi anni 2000, a margine di alcuni controversi e noti casi giudiziari (Welby, Englaro e Piludu, su tutti), che hanno garantito il riconoscimento di importanti diritti fondamentali, fornendo una risposta concreta alle domande di giustizia poste dalle sofferenze intollerabili vissute dai protagonisti di quei casi; più di recente, con un salto di qualità notevole rispetto al passato, sono stati segnati due ulteriori passaggi decisivi, da una parte con l'approvazione della legge n. 219 del 2017, dall'altra con le pronunce della Corte costituzionale nell'ambito del caso Cappato, il cui sviluppo e il cui complesso seguito giurisprudenziale in questa sede può essere soltanto richiamato¹.

Un cammino, a ben vedere, lungo e a tratti accidentato che ha visto come interpreti principali, in prima battuta, i giudici, ordinari e costituzionali, e che, per lungo tempo, ha atteso senza esito l'intervento del legislatore, rimasto colpevolmente ai margini del dibattito sul tema. Per la verità, un atteggiamento di passività del Parlamento ha contraddistinto anche le ultime tappe di questo complesso cammino: è noto, infatti, che di fronte alla formale richiesta della Corte costituzionale di correggere l'incriminazione dell'agevolazione al suicidio, punita dall'art. 580 c.p., le Camere sono rimaste in silenzio rendendo, a quel punto, necessario il successivo intervento manipolativo della stessa Consulta. E non è banale sottolineare, come efficacemente osservato in dottrina, che questa inerzia appare tanto più grave se si considera che la Corte costituzionale aveva sperimentato l'inedito paradigma decisorio del rinvio a data certa in omaggio ad

* Ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Milano-Statale

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Milano-Statale

¹ 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.

una *“leale e dialettica collaborazione”*, per consentire proprio all'organo rappresentativo della volontà popolare di occuparsi direttamente della materia.

Il silenzio parlamentare ha però riempito anche le tappe successive all'intervento della Corte e gli eccezionali risultati della campagna di raccolta firme meritano di essere valorizzati, al netto di quello che si è, anche legittimamente, portati a ritenere sull'ammissibilità o sul merito del quesito, proprio per il significato politico che essa esprime, il quale assume un rilievo che cresce, proporzionalmente, con il protrarsi dell'inerzia del Parlamento, al punto da aver indotto alcuni autorevoli osservatori a parlare di un vero e proprio *“miracolo laico”*².

La via referendaria al fine vita appare, insomma, preceduta da un percorso sicuramente difficile e tortuoso, che in qualche misura contribuisce a rendere evidente il tasso di complessità delle problematiche che oggi sottendono il quesito sull'art. 579 c.p.³; una via, peraltro, che trae sicuramente linfa dal cammino, giurisprudenziale e legislativo, di cui si è fatto cenno in precedenza ma che, allo stesso tempo, se ne distanzia: se non altro perché, come si dirà oltre, non è priva di rilievo la circostanza che a formare oggetto del referendum sia proprio l'art. 579 c.p. e non la fattispecie che immediatamente lo segue nella sistematica codicistica, vale a dire l'art. 580 c.p., su cui è intervenuta la Corte costituzionale nell'ambito del già citato caso Cappato.

Ora, con le prossime note, intendiamo ragionare su alcune delle questioni che il giudizio di ammissibilità del referendum sull'art. 579 pone all'attenzione dell'interprete: ci vogliamo soffermare, in particolare, sulla presunta natura costituzionalmente vincolata o necessaria della fattispecie che incrimina l'omicidio del consenziente, confrontandoci con il correlato argomento dell'(in)esistenza di un obbligo di penalizzazione in materia di fine vita; in questa prospettiva, cercheremo di valorizzare anche la giurisprudenza, di merito e di legittimità, che si è formata sulla fattispecie penale interessata dal quesito referendario, con l'obiettivo di verificare se – ed eventualmente in che modo – la stessa possa essere valorizzata in questa fase per sostenere l'ammissibilità del referendum.

2. Tra i molti interrogativi che la traccia di discussione del seminario ha posto, uno di quelli su cui è logicamente prioritario interrogarsi concerne la formulazione del quesito: ci si è domandati, infatti, se l'elettore sia realmente messo davanti ad un'alternativa che gli consenta di *“percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto”*. Da questo punto di vista, il quesito non sembra porre eccessivi problemi, essendo il corpo elettorale chiamato ad una presa di posizione sicuramente radicale 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”*. Questa chiarezza induce, peraltro, a non

² Cfr. A. PUGIOTTO, *Quesito sul fine vita. Ecco perché Flick sbaglia*, in *Il Riformista*, 24 agosto 2021.

³ Su cui, volendo, M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1-2020.

dare troppo peso alla diversa, benché correlata, questione relativa alle intenzioni del comitato promotore, le quali sono state sovente evocate per sottolineare lo “iato” esistente tra queste ultime e il risultato che realmente andrebbe a produrre la vittoria del “sì” al referendum, in questo modo creando ulteriore confusione intorno al quesito. Sul punto, infatti, è sufficiente richiamare, come suggerito dal Prof. Romboli⁴, quell’indirizzo giurisprudenziale della Corte che si è orientato nel senso dell’irrelevanza delle intenzioni del comitato promotore, dovendosi far riferimento “*esclusivamente alla finalità incorporata nel quesito, cioè alla finalità obiettivamente ricavabile in base alla formulazione ed alla incidenza del referendum nel quadro normativo di riferimento*”, dal momento che vanno considerate “*irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori*”⁵.

Quanto invece al supposto carattere eccessivamente manipolativo del quesito, è condivisibile la posizione di chi ha sostenuto che esso non presenta un carattere fantasiosamente propositivo o creativo, bensì una portata effettivamente demolitoria⁶; esso, peraltro, si concentra su un’unica fattispecie incriminatrice, proponendo l’ablazione di una porzione del precetto in essa contenuto; l’opera di ritaglio, in altre parole, ha come risultato soltanto la “*riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo*”, allo stato “*compresa per effetto dell’applicabilità della disposizione oggetto di referendum*”⁷.

Incertezze maggiori, sulla base di quanto è emerso fin qui nel dibattito scientifico, riguardano l’eventualità che, ai fini del giudizio sull’ammissibilità del referendum, la Corte costituzionale possa ovvero debba tenere in considerazione la normativa di risulta e i suoi possibili profili di contrasto con la Costituzione. Ipotizzate incongruenze o disarmonie di sistema sono state prospettate facendo valere in particolare il fatto che l’art. 580 c.p., nella formulazione corretta dalla Corte costituzionale, autorizza condotte agevolative dell’altrui proposito auto soppressivo soltanto in presenza di condizioni determinate, peraltro di complessa verifica e di difficile accertamento (come dimostrato proprio dai recenti sviluppi del caso Cappato); con questo rilievo, si è quindi argomentato che sarebbe un “*irragionevole paradosso*” incidere sull’art. 579 c.p., ritagliando spazi di impunità addirittura più larghi di quelli perimetrati dalla Corte con riguardo all’agevolazione al suicidio siccome slegati da qualsivoglia elemento di tipo sia soggettivo che oggettivo.

Si è però obiettato, in modo altrettanto autorevole⁸, che, nella fase successiva al referendum, le quattro condizioni stabilite dalla Corte nel caso Cappato potrebbero essere, in via transitoria e in attesa di un intervento del legislatore (o

⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 27/2011; sulla questione del rapporto tra il titolo e l’oggettiva portata dell’abrogazione determinata dal *referendum*, v., in particolare, Corte cost., sent. n. 37/2000.

⁶ Cfr. P. VERONESI, *Il referendum per l’eutanasia legale. Forum di giustizia insieme*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 27/2017, nn. 15 e 16/2008, nn. 33 e 34/2000 e n. 13/1999.

⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *La vita: “dono” o “diritto”?*, Relazione al XVIII Congresso dell’Associazione Luca Coscioni, 9 ottobre 2021.

della stessa Corte costituzionale) riferite anche alla fattispecie oggetto dell'odierno quesito referendario.

In questo specifico contesto, comunque, la giurisprudenza costituzionale – che su altri profili non offre indicazioni univoche – restituisce un dato che appare *prima facie* molto chiaro: da un lato, infatti, è costante l'affermazione per cui il giudizio di ammissibilità “*si atteggia 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 aventi forza di legge*”⁹; dall'altro lato, giustamente viene rilevato come una ipotetica anticipazione di un giudizio di “merito”, che si appuntasse, appunto, sull'asserita incoerenza sistematica del quadro normativo risultante all'esito del referendum, darebbe vita ad un inedito controllo di costituzionalità di tipo preventivo, astratto e senza contraddittorio. Invero, come è stato correttamente osservato¹⁰, nulla esclude che la normativa di risulta possa risultare contraria alla Costituzione, allo stesso modo come lo può essere una legge approvata dal Parlamento, “*essendo da tempo superata la tesi di una supposta plusvalenza della decisione del corpo elettorale, né potendosi condividere che il controllo della normativa di risulta da parte della Corte potrebbe innescare una contrapposizione tra la Corte costituzionale ed il verdetto popolare*”.

Nella medesima direttrice, si potrebbe ulteriormente osservare che se è vero che tutte queste considerazioni devono necessariamente fare i conti con le limitazioni che investono l'attività interpretativa dei giudici nel settore penale, è vero anche che non sembra logicamente corretto escludere, in senso assoluto e in modo generalizzato, che eventuali criticità di ordine costituzionale siano corrette e, quindi, superate proprio grazie a quella attività di *ortopedia ermeneutica* che, in taluni casi e proprio nel settore penale, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto¹¹.

3. Nel novero degli argomenti che vengono portati da quanti prefigurano o auspicano una decisione della Corte nel senso dell'inammissibilità¹², trova non di rado spazio quello che chiama in causa la natura costituzionalmente – obbligata, vincolata o necessaria – della tutela penale del bene vita, con particolare riguardo alle persone che versano in condizioni di vulnerabilità o fragilità. La posizione di questi autori, in buona sostanza, è la seguente: alcune posizioni soggettive reclamano, sempre e incondizionatamente, a prescindere cioè dalla specificità del singolo caso concreto e della capacità di esprimere un valido consenso, una protezione di tipo penale, attesa la rilevanza sistematica del bene vita, che finirebbe per essere altrimenti e irragionevolmente sacrificato.

⁹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 251/1975.

¹⁰ Cfr. ancora R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit.

¹¹ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 24/2019, in tema di misure di prevenzione.

¹² Cfr. V. ONIDA, *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

Questa tesi sembra fondarsi, in modo più o meno diretto, sull'idea che l'unico strumento normativo idoneo a proteggere le persone fragili e vulnerabili sia quello penale; prospettiva che, a sua volta, sembra poggiarsi su una lettura interpretativa che fa discendere dalla Costituzione un obbligo di incriminazione delle condotte lesive del bene vita, quand'anche indotte ed autorizzate dal titolare del medesimo bene.

La tematica degli obblighi costituzionali di tutela penale è molto complessa, investendo questioni che chiamano in causa il senso più profondo e il fondamento ultimo del ricorso allo strumento sanzionatorio penale da parte dello Stato¹³.

Della tematica in parola si è cominciato a ragionare, sul finire degli anni settanta, a seguito di alcune censure di illegittimità costituzionale, presentate in relazione alla legge n. 319 del 1976, cd. legge Merli, in materia di tutele delle acque dall'inquinamento, e alla legge n. 194 del 1978, sull'interruzione volontaria di gravidanza¹⁴. Il dibattito è stato successivamente alimentato, nel corso degli anni, da ulteriori questioni promosse in risposta a politiche di depenalizzazione messe in campo dal legislatore, in materia di diritto penale ambientale, e, ancora, al cospetto di alcune specifiche riforme in senso restrittivo, in tema di abuso d'ufficio, che si assumevano viziate, per l'appunto, da un *deficit* di tutela nei confronti dei corrispondenti interessi costituzionalmente tutelati¹⁵.

In queste occasioni, la Corte costituzionale ha però risposto in modo *tranchant* ai dubbi che parte della dottrina aveva sollevato nel tempo, ribadendo, in più occasioni, che *“l'eventuale addebito al legislatore di avere omissso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di 'addizione' alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte”*, e ciò anche in ragione del fatto 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”*.

La solidità dell'orientamento elaborato negli anni dalla Corte costituzionale ha determinato un *progressivo disincanto* della dottrina che si è, con il passare del tempo, stretta intorno all'idea che la quotazione costituzionale di un certo interesse

¹³ 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 *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983; sia inoltre consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; e M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionale*, in *Diritto costituzionale*, 2000.

¹⁴ Cfr., anche, D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, (a cura di) A. STILE, Napoli, Jovene, 1985, 151 ss.

¹⁵ La tematica, oggi, appare ulteriormente arricchita dalla emersione di obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale: sul tema, v., per tutti, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019.

o bene giuridico sia un requisito “*sempre necessario ma mai sufficiente per giustificare la sanzione penale*”.

Può essere utile, a tal riguardo, ricordare sinteticamente la vicenda che ha impegnato il Tribunale costituzionale federale tedesco, in due occasioni, tra gli anni settanta e novanta, in materia di aborto¹⁶: in una prima decisione, del 1975, il giudice costituzionale, dopo aver riscontrato l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate – perché, in estrema sintesi, non tutelavano attraverso il ricorso allo strumento penale il diritto alla vita del feto, senza il quale la protezione al bene giuridico leso sarebbe illusoria o inadeguata – si è rivolto al legislatore, intervenuto un anno dopo, affinché riformasse alcuni ambiti della disciplina dichiarata incostituzionale. Nella seconda pronuncia, invece, che risale al 1993, il giudice costituzionale impone al legislatore di considerare l'aborto “*illegittimo, ma non penalmente punibile*”: in ossequio al principio della pena come “*extrema ratio*” e, soprattutto, dinanzi ad indagini empiriche attestanti l'inutilità della pena, lo stesso giudice assegna centralità, rispetto all'obiettivo di tutela del diritto alla vita e della dignità del concepito, non più alla sanzione penale, appunto, ma alla previsione di una consulenza alla donna organizzata in modo tale da creare o rafforzare il suo senso di responsabilità verso il nascituro.

In questa prospettiva, allora, le riflessioni portate avanti nel corso degli anni, sia in Italia che in Germania, possono essere accomunate dall'idea che la norma penale non possa essere strumentalmente piegata alla positiva realizzazione di diritti fondamentali, dovendosi lasciare al legislatore la possibilità di presidiare le libertà riconosciute in Costituzione, con il mezzo davvero più efficace, che può, senza dovere essere, anche quello penale¹⁷.

Ebbene, tenendo a mente questi principi, può rilevarsi che tra coloro che sostengono la natura costituzionalmente vincolata o necessaria del presidio penale (dell'art. 580 c.p. e, di riflesso, della più severa figura del 579 c.p.) spesso si richiama il passaggio in cui la Consulta, nella sent. n. 242/2019, 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)*”¹⁸.

Passaggio, quest'ultimo, sicuramente molto importante, peraltro di non agevole lettura, 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. – natura costituzionalmente vincolata ovvero necessaria: connotati in

¹⁶ Cfr., in particolare, M. D'AMICO, *Donna e Aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano 1994; nonché, più di recente, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016.

¹⁷ Cfr., ancora, M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, cit., p. 114.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 242/2019.

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. Come a dire che ad essere imposto dalla Costituzione, in quel particolare contesto, non era l'incriminazione dell'aiuto al suicidio in sé stesso, bensì la diversa questione della ripermimetrazione, in senso restrittivo, con effetti *in bonam partem*, della fattispecie prevista dall'art. 580 c.p.

Dalla lettura della sent. n. 242/2019 sembra possibile ricavare, semmai, un elemento diverso, quasi opposto a quello appena indicato: e cioè che, al di là delle ipotesi caratterizzate dalle quattro condizioni precisate dalla Corte, rispetto alle quali, come visto, la tutela penale si scontra con il tessuto costituzionale, “vietare non è vietato, ma non è neppure imposto”¹⁹. La stessa Corte, in un precedente passaggio della stessa decisione, afferma che “al legislatore penale non può ritenersi inibito [...] vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome della concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono”²⁰. Un conto però è riconoscere uno spazio in cui può dispiegarsi la discrezionalità del legislatore, altro conto è ipotizzare che, in quello stesso spazio, sul Parlamento gravi un obbligo di penalizzazione direttamente discendente dalla Costituzione.

Invero, i precedenti che la Corte ha evocato a margine di quel controverso passaggio riportato in precedenza si riferiscono a note questioni di legittimità sollevate in materia penale, con cui i giudici *a quibus* avevano censurato, a vario titolo, 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*, dando, ad un tempo, anche avvio a quel nuovo corso giurisprudenziale che ha superato le strettoie della dogmatica delle “*rime obbligate*”.

Non sembra, allora, che quel passaggio, alla luce dei precedenti citati dalla stessa Corte e avuto riguardo alla giurisprudenza sull'inesistenza di obblighi costituzionali di tutela penale, possa essere persuasivamente richiamato nell'odierna sede referendaria per sostenere l'inammissibilità del quesito, a motivo della natura costituzionalmente imposta del presidio penale.

4. In disparte la questione affrontata nel paragrafo precedente, che, ad avviso degli scriventi, gioca comunque un ruolo centrale nell'orizzonte di un diritto penale autenticamente ispirato ai principi liberali, è possibile ritenere 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.

¹⁹ Cfr. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

²⁰ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 242/2019.

In termini generali, deve premettersi che la lettura dei provvedimenti in commento restituisce uno spaccato sociale e fenomenico molto caratterizzato, trattandosi quasi sempre di vicende umane connotate da un grado di drammaticità e sofferenza altissimo, in cui l'episodio omicidiario si consuma nel contesto familiare, all'esito di percorsi, anche molto lunghi, di convivenza con patologie e malattie piuttosto gravi.

Ciò precisato, è utile rilevare che il consenso presupposto dall'art. 579 c.p. per l'attenuazione di pena (da 6 a 15 anni di reclusione, in luogo dell'ergastolo) deve presentare, per la giurisprudenza, 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 stessa²¹. Nella maggioranza dei casi, peraltro, i giudici si sono trovati a dover decidere se riqualificare ai sensi dell'art. 579 c.p. condotte di omicidio volontario (che sovente si presentano nella forma aggravata dalla circostanza del rapporto di parentela) e, a quanto è dato sapere, nella quasi totalità dei casi questa opzione riqualificatoria è stata risolta negativamente in ragione dell'insussistenza dei requisiti del consenso appena indicati.

L'immagine che discende dall'analisi di queste decisioni, in definitiva, può essere provocatoriamente compendiata con l'affermazione per cui l'omicidio del consenziente nella prassi giudiziaria in realtà non esiste²².

A tal riguardo, meritano di essere riportate, negli snodi più rilevanti, alcune delle massime che la Cassazione ha elaborato in materia: si osserva, ad esempio, che non possono essere considerate *“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”*²³; o, ancora, per la Suprema Corte²⁴, *“manifestazioni di sconforto e i precedenti tentativi di suicidio non potevano considerarsi manifestazione univoca di una consapevole volontà di morire”*.

Sotto un diverso profilo, non si può ignorare il fatto che la valutazione che il giudice del caso concreto è chiamato, oggi, a fornire circa la sussistenza del consenso (e, quindi, in buona sostanza, della libera ed autonoma determinazione alla morte), consente di tracciare il confine tra la fattispecie ordinaria, ex art. 575 c.p., e l'ipotesi privilegiata, ex art. 579, c.p.; mentre, nel quadro normativo risultante dall'esito positivo del referendum, questa stessa valutazione servirà per tracciare l'area del penalmente rilevante, distinguendo condotte che rientrano nel fuoco dell'art. 575 c.p., da una parte, e condotte a quel punto prive di rilevanza penale, perché non più considerate dal rinnovato art. 579 c.p.

²¹ Cfr., da ultimo, Cass., sez. I Pen., sent. n. 747/2019.

²² Questa circostanza, comunque, non rende privo di significato il quesito referendario: un conto, infatti, è differenziare, a motivo 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 dall'attuale assetto normativo, distinguere tra condotte punite con la cornice editale privilegiata prevista dall'art. 579 c.p. e condotte di omicidio volontario.

²³ Cfr. Cass., sez. I Pen., sent. n. 43954/2010.

²⁴ Cfr. Cass., sez. I Pen., sent. n. 13410/2008.

Si tratta, cioè, di una valutazione con un peso specifico senz'altro diverso e sicuramente più alto; e, tuttavia, come osserva efficacemente il Prof. Padovani²⁵, “è facile presumere che qualora si trattasse di scriminare un omicidio lo scrutinio processuale del consenso sarebbe ancora più cauto, rigido e severo”. Del resto, in parte lo si è già anticipato: la giurisprudenza esclude la possibilità di desumere l'esistenza di un valido consenso “alla morte” da semplici e magari estemporanee manifestazioni di sofferenza: la severità con cui il giudice è – e sarà, *a fortiori* – tenuto ad accertare i requisiti del consenso esclude il rischio di lasciare sguarnite, sul versante della loro (necessaria) tutela penale, le persone più fragili.

In altre parole, quella “cintura di protezione” che la Corte costituzionale ha configurato in occasione della doppia pronuncia Cappato, non verrebbe per la via referendaria allentata proprio perché, in sede applicativa, la valutazione sui requisiti del consenso rimarrebbe massimamente rigorosa e, come tale, in grado di 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 auto soppressiva, concretizzatasi con l'intervento del terzo, sia stata in qualche modo viziata e condizionata *ab externo*.

A ciò si potrebbe obiettare che la Corte costituzionale²⁶ ha sottolineato la necessità di tutelare le “*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*”. Passaggi in cui la Corte richiama anche il “*compito della Repubblica [di] porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)*”.

A questo fondamentale compito, però, lo Stato non abdicerebbe, in virtù della richiesta manipolazione dell'art. 579 c.p., dal momento che le condotte di omicidio del consenziente sarebbero comunque presidiate a livello penale nei casi di coinvolgimento di un minore, di una persona che versa nelle condizioni di deficienza e infermità di cui si è detto, ovvero nei casi in cui il consenso sia estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno²⁷.

5. In conclusione, di queste riflessioni, raccogliendo un spunto del Prof. Pugiotto²⁸, si potrebbe porre il seguente interrogativo: un'eventuale decisione della

²⁵ In proposito, v. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit.

²⁶ Cfr., in particolare, Corte cost., ord. n. 207/2018.

²⁷ La seconda di queste categorie soggettive è quella che sembra porre i problemi interpretativi maggiori; per coglierne l'estensione è utile guardare alla giurisprudenza, ben più ricca, che si è formata sull'art. 643 c.p., che incrimina le condotte di circonvenzione di incapace e che parimenti contempla la nozione di “deficienza psichica”. Cfr., ad esempio, Cass., Sez. II Pen., n. 5791 del 2016.

²⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di giustizia insieme*, in *giustiziasieme.it*, 2021.

Corte costituzionale nel senso dell'inammissibilità segnerebbe, definitivamente, il tramonto della leale collaborazione, che tanto aveva ispirato la stessa Corte in occasione delle decisioni del 2018 e 2019? È noto che questo fondamentale principio, su cui la Consulta ha costruito (e poi riproposto in ulteriori occasioni²⁹) la tecnica decisoria del rinvio a data certa, ha sofferto pesantemente nel passaggio “*dal cielo dei principi, alla terra delle applicazioni concrete*”, attesa la perdurante inattività del Parlamento.

Tutto ciò porta a dire che alla Corte spetta ora un compito molto delicato, che presenta, in ragione del contesto in cui la stessa è chiamata ad operare, anche un rilievo di ordine sistematico non banale, che si può apprezzare proprio se letto attraverso il prisma della leale collaborazione: insistere, nel solco proprio delle pronunce Cappato, ribadendo la centralità del principio *de quo*, e quindi, attraverso uno scrutinio di ammissibilità che non chiuda le porte oltre quanto costituzionalmente richiesto, rimettere l'ultima parola al corpo elettorale ovvero forzare il giudizio sull'ammissibilità del quesito, magari anticipando valutazioni di merito sull'eventuale illegittimità costituzionale della normativa di risulta, e bloccare così la strada al referendum.

In dottrina³⁰, peraltro, è stato anche osservato che un'eventuale apertura della Corte finirebbe, attivando una dinamica in apparenza quasi paradossale, per responsabilizzare proprio lo stesso Parlamento, sul quale, in caso di esito positivo del referendum, graverebbe l'onere di correggere eventuali storture della normativa di risulta, ad esempio coordinando in modo più coerente le due fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 579 e 580 c.p.

Da ultimo e in termini generali, si può notare che, storicamente, anche nella giurisprudenza costituzionale, si è guardato con un certo sfavore allo strumento referendario, il quale, nell'immagine metaforica proposta da attenta dottrina³¹, è stato progressivamente attratto all'interno di una ragnatela di limiti, con cui si è finito per ridurre grandemente lo spazio applicativo. Ciò spiega perché nelle pieghe del dibattito sui limiti all'ammissibilità del referendum – in generale e con riferimento specifico al tema dell'omicidio del consenziente – sia possibile identificare una sorta di problematica di fondo, ricorrente e come tale ineludibile: le strettoie che la Corte ha configurato nel corso degli anni si sono tradotte in una limitazione del diritto fondamentale di voto, riconosciuto dall'art. 48 Cost.; ed allora, venendo alla conclusione, se si tiene a mente – come è stato osservato in dottrina – che “*nel modello costituzionale regola è il referendum, eccezione è l'inammissibilità*”³², è auspicabile che la Corte faccia proprio quel canone

²⁹ Cfr. Corte cost., ord. nn. 132/2020 e 97/2021, rispettivamente, sulla disciplina penale della diffamazione a mezzo stampa e sull'ergastolo ostativo.

³⁰ Così M. DONINI, *Il senso “ammissibile” del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *sistemapenale.it*, 2021.

³¹ Cfr. P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, in *Nomos*, 2020.

³² Cfr. N. ZANON, *Memoria per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in *I referendum sulla fecondazione assistita* (a cura di) M. AINIS, Giuffrè, Milano, 2005.

ermeneutico che vuole di stretta interpretazione le norme limitative dell'esercizio di diritti fondamentali³³.

³³ Cfr., ancora, A. PUGIOTTO, *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di giustizia insieme*, cit.

BREVI OSSERVAZIONI CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL QUESITO PER LA PARZIALE ABROGAZIONE DELL'ART. 579 C.P.

di ROBERTO D'ANDREA*

SOMMARIO: 1. Il referendum sull'art. 579 c.p.: il quesito. 2. La relativa ammissibilità alla luce dei criteri della Corte costituzionale.

1. Il quesito sull'abrogazione di una parte dell'art. 579 trasforma incisivamente il volto dell'articolo oggetto del referendum: oggi, difatti, esso contiene due incriminazioni: la prima a carico di colui che uccide un uomo con il suo *valido* consenso (c.d. fattispecie "minorante", perché appunto riduce la sanzione rispetto al reato di omicidio comune); la seconda a carico di chi invece uccide un uomo che ha prestato un consenso *invalido* (per le ragioni di cui al comma 3 dell'art. 579 c.p.; questa è la c.d. fattispecie "equiparante", perché richiama le disposizioni relative all'omicidio). Se il quesito dovesse essere approvato, sopravviverebbe soltanto la seconda disposizione. La soppressione della prima comporterebbe una conseguenza dirompente: da baluardo del principio di indisponibilità della vita umana, la norma si tramuterebbe in pilastro dell'opposto principio di *disponibilità* della vita umana¹. Se infatti l'equiparazione all'omicidio avviene soltanto quando il consenso sia prestato da un soggetto *vulnerabile* (che presta cioè un consenso *invalido*), in tutti gli altri casi, allora, *non si ha alcuna equiparazione all'omicidio*, con conseguente non punibilità della condotta per mancanza di anti giuridicità ai sensi dell'art. 50 c.p., il cui alveo applicativo fisiologicamente si riespande².

2. Sarebbe impresa improba peritarsi di indovinare il giudizio di ammissibilità del quesito ad opera della Corte costituzionale. I criteri dalla stessa elaborati in materia appaiono così articolati, problematici e talvolta contraddittori da dissuadere qualunque studioso dal formulare previsioni. Tuttavia si possono comunque trarre, per quanto ingarbugliata si presenti la matassa, alcuni punti fermi dai quali la Corte non potrà discostarsi.

Anzitutto viene in rilievo il profilo delle caratteristiche *intrinseche* del quesito: se esso sia, cioè, omogeneo, semplice, chiaro e completo; se vi sia, poi, coerenza fra intento dei promotori e formulazione del quesito e se, in ultimo, il fine perseguito dai proponenti risulti evidente. Ebbene, si può ritenere che tutti questi requisiti siano pienamente rispettati. Il quesito si presenta infatti del tutto *omogeneo*, in quanto la sua "matrice razionalmente unitaria" è chiaramente la volontà, obbiettivizzata nel

* Dottorando in Diritto, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

¹ T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in *Giurisprudenza penale*, 2021, n. 7-8, 1.

² *Ivi*, 2.

quesito, di espungere dall'ordinamento una norma, concepita in piena epoca fascista, ritenuta non più conforme ad un sistema liberaldemocratico improntato alla massima valorizzazione dell'autodeterminazione e autonomia individuale. Si risolve così anche il problema dell'evidenza del fine e della congruità tra intento dei promotori e formulazione del quesito.

All'omogeneità contenutistica del quesito, poi, corrisponde la limpida semplicità della sua formulazione tecnica, consistente in un mero ritaglio, di per sé non ostativo all'ammissibilità del quesito, di una parte dell'art. 579 (la fattispecie "minorante"), nettamente distinta dalla parte che rimarrebbe intatta (la fattispecie "equiparante"). Evidenti si manifestano, ancora, la coerenza del quesito (fortemente facilitata dalla brevità del ritaglio unitamente alla sua omogeneità) e la sua completezza (esso non dà infatti adito a lacune di sorta).

Passiamo ora ai profili *esterni* del quesito. In primo luogo, sul piano delle fonti, la richiesta non mira certo ad abrogare parti della Costituzione o di leggi costituzionali *ex art. 138 Cost.*, né atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare. Altro discorso, tuttavia, di risoluzione più complessa, riguarda la valenza *sostanziale, contenutistica* della norma abroganda, e in particolare l'interrogativo se essa sia o possa considerarsi una diretta propaggine legislativa di un principio di natura costituzionale. La disposizione da abrogare, per quanto concepita nell'ambito di un ordinamento totalitario, è stata oggetto di una profonda (ma discutibile) rivisitazione interpretativa: la fattispecie "minorante" dell'art. 579, lungi dal degradare l'uomo a mezzo per preservare la Nazione, lo eleverebbe a fine ultimo e tutelerebbe la sua vita come bene in sé, indipendentemente e finanche *contro* la volontà del titolare.

Nel noto caso Cappato (ord. n. 207/2018), la Corte costituzionale ha sostenuto che al legislatore non possa ritenersi proibito vietare l'agevolazione al suicidio, soprattutto per la protezione delle persone più fragili e vulnerabili. Simili rilievi, se sono stati avanzati con riferimento all'art. 580 c.p., non possono non attagliarsi anche, *a fortiori*, all'art. 579 c.p. Questo orientamento resta quindi uno dei due *convitati di pietra* (v. *infra* il secondo) con cui il quesito referendario sarà chiamato inevitabilmente a fare i conti.

Una considerazione, però, pare d'obbligo: la Corte sostiene che il divieto di condotte che spianino la strada a scelte suicide "non [debba] ritenersi inibito" al Parlamento. L'espressione sta ad indicare una *sfera di discrezionalità legislativa*, e non una opzione *costituzionalmente necessaria o, tantomeno, vincolante*. Appare difficile sostenere che il principio cambi in relazione all'art. 579 c.p., essendo la *ratio* sostanzialmente analoga. I rilievi della Corte costituzionale nella vicenda Cappato non si rivelano pertanto dirimenti ai fini dell'ammissibilità del quesito referendario, ed anzi, da una attenta esegesi dovrebbe trarsi un argomento più a favore che a sfavore dell'ammissibilità del quesito.

Il sentiero si fa tuttavia più irto, poiché vengono in gioco, sul punto, due tendenze del Giudice delle leggi: innanzitutto, per quanto in un primo momento restasse ferma la distinzione fra abrogazione di norme a contenuto costituzionalmente vincolato (inammissibile) e abrogazione di norme a contenuto non vincolato ma costituzionalmente necessarie (ammissibile), la Corte costituzionale ha, in progresso di tempo, sotterraneamente rimeditato siffatta

dicotomia, confondendo sempre di più i due piani fino a renderli sostanzialmente indistinguibili³. Di conseguenza, si eleva il tasso di discrezionalità della Corte, fino ad avvicinarsi all'arbitrio, sicché aumenta il rischio di una inammissibilità, non a causa del quesito ma appunto perché tale tendenza rende i criteri di ammissibilità sempre meno controllabili razionalmente.

Lo stesso corollario segue alla seconda tendenza, in parte frutto della prima e da tempo ravvisata dalla migliore dottrina⁴: la Corte ha nel tempo sotteraneamente operato un'ulteriore sovrapposizione fra vaglio di ammissibilità di un quesito referendario e sindacato anticipato di legittimità costituzionale della c.d. normativa di risulta. Sebbene formalmente la Corte abbia sempre negato, in sede di giudizio di ammissibilità, di operare un sindacato preventivo di costituzionalità, appare chiaro che, se la Corte si preoccupa che col venir meno della disposizione da abrogare non siano “lesi [...] specifici disposti della Costituzione” (sent. n. 16/1968), altro non fa che valutare la compatibilità con la Costituzione della normativa di risulta.

Nondimeno, anche la rigidità delle due tendenze è stata talora contraddetta da altre pronunce nelle quali la Corte costituzionale sembra attenersi ad un maggiore *self-restraint*: la Corte (sent. n. 35/1997) sancisce cioè il divieto di rendere *nullo* con l'abrogazione “il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita” e “alla salute”, nonché di recare (sent. n. 45/2005) un *pregiudizio totale* all'applicazione di un precetto costituzionale.

Appare chiaro che, alla stregua delle due posizioni appena riportate, non bastando più una *semplice lesione di specifici disposti della Costituzione*, ma richiedendosi piuttosto la relativa sostanziale *nullificazione* o un *totale pregiudizio* alla loro applicazione, sarebbe assai più probabile un giudizio di *ammissibilità* del quesito referendario: non sembra affatto plausibile che l'abrogazione della sola fattispecie “minorante” dell'art. 579 c.p. dia luogo ad una nullificazione o ad un totale pregiudizio del diritto alla vita (rimanendo in vita tutte le altre nome incriminatrici, che già presidiano anche i soggetti vulnerabili).

Un altro dato certo è che non si possono addurre a sostegno dell'inammissibilità del quesito referendario le incongruenze normative che l'approvazione del referendum andrebbe a generare (sentt. nn. 26/1981 e 37/2000): il quesito, secondo un'autorevole opinione⁵, creerebbe un evidente effetto distorsivo: la condotta oggi sussumibile nella fattispecie “minorante” di cui all'art. 579 c.p. non sarebbe più sanzionabile, laddove invece la diversa condotta di aiuto materiale al suicidio *ex art. 580 c.p.* rimarrebbe di regola soggetta ad una pena anche consistente, nonostante la prima condotta sia giudicata dall'Autore “più grave” della seconda⁶, con conseguente disparità di trattamento costituzionalmente

³ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 491 ss.

⁴ M. LUCIANI., *Il referendum abrogativo (commento all'art. 75 Cost)*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, p. 523 ss.

⁵ Così G.M. FLICK, *Caos giuridico in vista*, su *Avvenire*, 21 agosto 2021.

⁶ L'Autore non esplicita la ragione della maggiore gravità, ma forse allude al fatto che è “più grave” cagionare direttamente la morte di una persona che aiutarla a cagionarsela da sé. Tale assunto appare discutibile, ed è stato messo in dubbio da altra parte della dottrina, come ad es. V. ZAGREBELSKY., *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, in *La Stampa*, 26 giugno 2021.

illegittima (contraria cioè all'art. 3 Cost.). A tale ragionamento è stata già data puntuale confutazione⁷. In questa sede sottolineiamo soltanto che a sanare le disarmonie dovranno pensare il legislatore, la dottrina, i giudici comuni o la stessa Corte costituzionale.

Analizziamo ora le cause di inammissibilità testualmente enunciate dall'art. 75 Cost., di cui occorre operare, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, anche un'interpretazione logico-sistematica. Nessuna criticità sussiste nel caso di specie. Sicuramente il quesito referendario non si pone in diretto contrasto con il dettato del comma II dell'art. 75 Cost. nella sua componente meramente testuale. Ci si può tuttavia domandare se le disposizioni da abrogare siano "produttive di effetti collegati in modo così stretto" all'art. 75 cpv. Cost. che "la preclusione debba ritenersi sottintesa" (sent. n. 16 del 1978). Ebbene, l'unico dubbio che potrebbe in proposito sollevarsi attiene ad eventuali trattati internazionali o fonti eurounitarie da cui discendano specifici obblighi di tutela della vita umana che non potrebbero in alcun modo essere assolti in assenza della disposizione da abrogare, generando automaticamente la responsabilità dello Stato italiano per l'inadempimento di tali obblighi. Non sembra che nel caso di specie possano esservi ostacoli, atteso che, se indubbiamente sussistono norme internazionali⁸ che vincolano il nostro Paese a tutelare la vita umana, da nessuna di esse si può ricavare il dovere dello Stato di proteggere la vita contro il volere del titolare.

È giunto il momento di confrontarci con il secondo *convitato di pietra* dinanzi alla via del referendum abrogativo in esame, vale a dire l'interrogativo circa il carattere sostanzialmente *ablativo* del medesimo. Trattasi di un requisito dai contorni assai sfuggenti, ma costantemente riproposto dalla giurisprudenza costituzionale. Ora, occorre prestare attenzione ad un'insidia non irrilevante in proposito. La Corte costituzionale, infatti, ha, a più riprese, rimarcato che il quesito non può risolversi, dietro lo schermo formale di un'abrogazione sovente operata mediante la tecnica c.d. del ritaglio, in una *surrettizia proposta* agli elettori, volta ad approvare (anche) *nuovi principi* (sent. n. 13/2012).

Ora, fra i sostenitori del referendum si è unanimemente affermato che il quesito non fuoriuscirebbe dal classico schema di abrogazione parziale pura: esso mirerebbe ad una mera sottrazione di contenuto normativo. Eppure, sebbene non si creino ovviamente nuovi reati né si aggiunga alcuna statuizione all'art. 579, un'insidia all'ammissibilità del referendum potrebbe prospettarsi in quanto l'abrogazione comporterebbe, implicitamente ma inequivocabilmente⁹, l'introduzione del *principio di disponibilità della vita umana nell'ordinamento penale italiano*, ribaltando l'atavico paradigma dell'indisponibilità della vita

⁷ Cfr. l'articolo di A. PUGIOTTO, *Quesito sul fine vita, ecco perché Flick sbaglia*, in *Il Riformista*, 24 agosto 2021.

⁸ Si pensi all'art. 2 della CEDU, o all'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, o, ancora, all'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) del 2000.

⁹ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 2.

umana. Il referendum sarebbe pertanto, per dirla con il linguaggio della Corte costituzionale, approvativo di un nuovo principio¹⁰.

Ci si deve dunque domandare, una volta prospettata questa insidia, se essa possa essere superata o meno. L'ostacolo non pare insormontabile per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, la Corte, sebbene sia rimasta tetragona sul requisito di una sostanziale *ablatività* del quesito, ha nondimeno, nel corso del tempo, avuto modo di chiarire come anche eventuali innovazioni *in positivo* derivanti dal quesito non ostino alla relativa ammissibilità quando la statuizione sia "ricavabile *ex se* dall'ordinamento" e non sia "estranea al contesto normativo" (sent. n. 36/1997). La Corte ha altresì precisato come la possibilità di determinare un "*altro contenuto* [corsivo nostro: può ricomprendersi un principio entro tale contenuto?] rispetto a quello originario" (sent. n. 26/2017) attraverso la tecnica del ritaglio non dia luogo di per sé ad una causa di inammissibilità, ché anzi "si rende a volte necessaria per consentire la riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum" (sent. n. 26/2017).

Ora, la compressione dell'art. 579 c.p. importa, come si è già rilevato, la *fisiologica riespansione della sfera di operatività dell'art. 50 c.p.* Anche il diritto alla vita sarebbe così annoverato fra i diritti dei quali il soggetto passivo può validamente disporre. È, allora, davvero la disponibilità del diritto alla vita un *nuovo principio*, oppure il principio è sempre il medesimo, cioè la *disponibilità dei diritti*, e se ne amplia semplicemente la portata ricomprendendovi anche il diritto alla vita, tratteggiatamente qualificato come indisponibile? La parte dell'art. 579 che si intende abrogare costituisce una indefettibile proiezione costituzionale della tutela del bene-vita o piuttosto un mero ostacolo normativo contingente all'applicazione dell'art. 50? È "fisiologica" o "patologica" la riespansione dell'art. 50? Non si tratta di interrogativi oziosi, ma, alla luce della attuale giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità dei quesiti referendari, di dati dirimenti, che, a seconda della risposta che la Corte potrebbe dare, conducono a soluzioni diametralmente opposte, con relevantissime conseguenze pratiche e normative.

In secondo luogo, non sembra peregrino domandarsi se quest'ultimo criterio di ammissibilità elaborato dalla Corte (ovverosia il divieto di una surrettizia proposta di nuovi principi o di nuove norme) possa essere abbandonato. Invero, non vi è ragione per cui si debba sbarrare la strada alla celebrazione di un referendum popolare quando il quesito sia rispettoso dell'art. 75 cpv. Cost. e di tutti gli altri criteri definiti nel corso degli anni dalla Corte costituzionale, a ben vedere pienamente sufficienti a scongiurare pericoli di lesioni di valori costituzionalmente rilevanti. Se infatti il quesito referendario non mira ad abrogare leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto o di autorizzazione a ratificare trattati internazionali (art. 75, comma II, Cost.) né leggi il cui contenuto presenti legami logico-sistematici così stretti con tali divieti da far ritenere implicitamente precluso

¹⁰ Questa conclusione, propria di chi (come T. PADOVANI T., *op. cit.*) individua nel suicidio un atto giuridicamente qualificato come *illecito*, potrebbe essere confutata da quanti rinverano nel suicidio un atto *lecito* nel nostro ordinamento e da ciò ricavano un'area di disponibilità della vita umana.

il referendum, né, ancora, leggi costituzionali; se, inoltre, il quesito si presenta intrinsecamente omogeneo, chiaro, semplice, completo, coerente e congruo, unico e inconfondibile, nonché evidente nel fine; se, infine, l'abrogazione della norma oggetto del quesito non dà luogo ad un insostenibile pregiudizio a valori costituzionali¹¹; ebbene, allora diviene impossibile comprendere le ragioni di un divieto di introdurre, *senza ovviamente aggiungere una sola parola* (non trattandosi di referendum propositivo), un nuovo principio.

Se la Corte spiega il divieto richiamandosi alla *ratio* dello strumento, che è quella di abrogare e non di aggiungere, essa confonde disposizioni e norme in senso stretto (sovrapponendo peraltro entrambe ai principi, che invece da esse vanno tenuti distinti), trascurando che il referendum abroga solo *disposizioni*, quindi testi o pezzi di testi. Se dall'abrogazione di una disposizione, poi, deriva anche una nuova norma (o, come nel caso che ci occupa, un nuovo principio), non dovrebbe esservi nulla di scandaloso. Il voto abrogativo è un "diritto costituzionale di partecipazione politica"¹², e porre limiti *interni* ai diritti, *senza alcun contro-interesse meritevole di tutela*, creando peraltro un *fittizio conflitto* del diritto con la *ratio* del suo riconoscimento, è operazione *incompatibile con la tavola dei valori costituzionali*. Lo riconosce, in altra sede, la stessa Corte costituzionale: i limiti ad una libertà garantita dalla Costituzione "devono nascere da diritti e beni "concorrentemente" tutelati dalla Costituzione o da questa posti contestualmente alla concessione del diritto di libertà, il quale nasce, così, subordinato al rispetto di determinate condizioni" (sent. n. 9/1965). Il rispetto di tali condizioni e la tutela degli altri interessi di natura costituzionale (come la libertà degli elettori, le prerogative del Parlamento etc.) sono pienamente (e forse fin troppo...) garantiti per mezzo di tutti gli altri criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale. Non essendovi pertanto una necessità *esterna* di negare un diritto costituzionale di partecipazione popolare, la via al suo esercizio non può che rimanere aperta.

¹¹ V. *supra* perché non è plausibile, nel caso del quesito sull'art. 579, un insostenibile pregiudizio a valori costituzionali.

¹² Questa la definizione di A. PUGIOTTO, *Forum sul referendum per l'eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

SULL'INAMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM PROPOSTO SULL'ART. 579 C.P.

di ALFREDO DE FRANCESCO*

SOMMARIO: 1. Assenza di chiarezza del requisito referendario; 2. Natura manipolativa e non meramente abrogativa del referendum proposto; 3. L'art. 579 c.p. come legge a contenuto costituzionalmente vincolato

1. Se è vero che, da un punto di vista “formale”, la formulazione del quesito referendario è piuttosto chiara, deve ammettersi che l'intervento sulla disposizione di cui all'art. 579 c.p. non lo è altrettanto.

È noto che non si può confondere la “norma giuridica” con la disposizione legislativa di riferimento, poiché la prima (la norma) è frutto di attività interpretativa.

Per cui il requisito della “chiarezza” del referendum deve necessariamente essere riferito non solo alla parte “formale” della disposizione, che vi suole abrogare, ma anche ed essenzialmente alla norma giuridica, che ne deriverebbe alla luce dell'ordinamento giuridico esistente.

Da questo punto di vista, vi è una evidente equivocità dei promotori referendari, i quali espressamente sostengono che «con questo intervento referendario l'eutanasia attiva, previa valutazione del giudice in sede processuale, potrà essere consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul “Caso Cappato”, ma rimarrà punita se il fatto è commesso contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni» (<https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/>).

È di solare evidenza che “la norma giuridica” che deriverebbe dall'abrogazione proposta *non* è affatto quella evidenziata dai promotori del referendum, poiché da tale abrogazione deriverebbe (anche a voler ammettere una non espansione dell'art. 575 c.p.) più semplicemente che non sarebbe penalmente punibile chiunque cagioni la morte di un essere umano d'età maggiore di anni 18, col consenso di quest'ultimo purché tale consenso non sia stato estorto con violenza o minaccia.

Non ne deriverebbe dunque la piena ed assoluta legittimità dell'eutanasia attiva, anche solo nelle forme auspiccate dai promotori del referendum, poiché la non punibilità penale di un fatto non ne determina affatto la sua piena liceità alla luce dell'intero ordinamento.

Del resto, l'eventuale accordo prestato dalla vittima non potrebbe di per sé ritenersi “coperto” dalla scriminante di cui all'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto), poiché ciò presupporrebbe la piena disponibilità del diritto alla vita, cosa che (come, del resto, confermano gli stessi promotori referendari, laddove

* *Avvocato del Foro di Como*

“limitano” l'eutanasia attiva ai casi sopra riferiti) non potrebbe derivare dal referendum proposto, se non attraverso un complesso meccanismo di revisione dell'intero sistema giuridico vigente.

Che ciò sia deriva semplicemente dal fatto che la non punibilità dell'omicidio del consenziente, naturalmente ove il consenso della persona maggiorenne non sia stato estorto o carpito malamente, non determinerebbe di per sé, per esempio, la liceità di consenso acquisito per denaro ovvero al fine di disporre del proprio corpo (art. 5 c.c.) o per violare la normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro *etc.*

Nello stesso modo, non potrebbe di per sé affermarsi che, all'esito del referendum, un “accordo eutanastico” vincolerebbe giuridicamente chi dovrebbe compiere l'omicidio e, in caso di struttura organizzativa complessa, anche tutti i sottoposti dello stesso.

Ecco che allora l'abrogazione proposta ha in sé i caratteri dell'eterogeneità e dell'ambiguità semantica, che si riflette evidentemente sull'ammissibilità del quesito proposto, il quale – si crede e si torna a ripetere – non solo deve essere chiaro per la parte inerente alla disposizione legislativa, che deve essere formalmente abrogata, ma anche sul significato normativo di tale abrogazione.

Del resto, se così non fosse, verrebbe meno la prima caratteristica di ogni norma giuridica: la chiara definizione delle condotte, che devono o possono essere messe in atto dai consociati.

2. Da quanto esposto al punto 1, è evidente che – pur volendo in ipotesi accettare in toto l'impostazione dei promotori del referendum sul piano della “chiarezza del quesito” – quanto proposto non ha una natura meramente abrogativa, ma invero manipolativa dell'ordinamento esistente.

Come emerge anche dagli interventi dei principali sostenitori del referendum (si veda in particolare quello del prof. Tullio Padovani), ciò a cui si mira è in realtà di rendere “disponibile il diritto alla vita”, poiché – così si assume – sarebbe proprio la punibilità dell'omicidio del consenziente, che determinerebbe l'indisponibilità di tale diritto.

Se così fosse, allora dovrebbe ammettersi che l'intervento in questione mirerebbe a modificare nella sostanza il bilanciamento dei valori presenti all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e non anche a rendere non punibile penalmente l'omicidio in questione, col che deriverebbe immediatamente la natura “manipolativa” del referendum e, dunque, la sua non ammissibilità.

3. Si è affermato che la nostra Costituzione non imporrebbe il “dovere di vivere” e in ogni caso l'indisponibilità del diritto alla vita: più semplicemente, renderebbe possibile al legislatore proteggere la vita di chi vorrebbe morire, anche con lo strumento penale, ma ciò non sarebbe di per sé imposto.

Il ragionamento è frutto di una petizione di principio, poiché la questione principale non è stabilire se in assenza di un intervento legislativo si possano punire dei fatti (cosa evidentemente vietata dalla Costituzione), ma se tra i beni

necessariamente protetti della Costituzione vi è anche quello protetto dall'art. 579 c.p.

Da questo punto di vista, la risposta non può che essere positiva, poiché la Carta fondamentale si fonda sul concetto di "lavoro" (art. 1 cost.), lavoro che, essendo attività umana, per ben essere svolto evidentemente presuppone non solo l'essere in vita dei consociati ma anche la tutela ed il rispetto della loro integrità fisica e psichica.

Del resto, la vita e l'integrità fisica di ogni consociato è uguale davanti alla legge (art. 3 cost.) e tutti devono adempiere i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 cost.).

Tra i doveri inderogabili di solidarietà vi è, dunque, anche quello di rispettare la vita altrui, dovere che – essendo per definizione "non derogabile" – non può essere "derogato" neppure col consenso del morente o morituro.

Ne consegue che la Costituzione richiede la predisposizione di adeguate norme legislative che tutelino pienamente il rispetto dalla vita altrui, tra cui rientra certamente anche la punizione, in sede penale, dell'omicida del consenziente.

Naturalmente possono esservi diritti, di rango costituzionale, che possono giustificare la non punibilità dell'azione omicida, ma è evidente che ciò non costituisce un *vulnus* al generale ed inderogabile dovere di rispettare la vita degli altri, poiché in questi casi il legislatore, proprio alla luce del complesso ed articolato assetto costituzionale, non fa altro che contemperare le diverse esigenze e i diversi profili nel quadro costituzionale di riferimento.

Pertanto, deve ammettersi che in via generale la punibilità dell'omicida (anche del consenziente) è richiesta dalla Costituzione al fine di dare concretezza all'inderogabilità del dovere di rispettare la vita altrui e che eventuali "deroghe" in sede penale potranno essere definite solo dal legislatore attraverso un necessario e complesso intervento legislativo.

E un tale intervento legislativo non può che ritenersi tanto più indispensabile allorché – richiamando la giurisprudenza formatasi sull'art. 579 c.p. – l'accertamento in merito "fermezza e stabilità" del consenso della vittima non è di agevole definizione al di fuori di un ben disciplinato contesto medico e psichiatrico o psicologico.

Se, infatti, con riguardo al "suicidio assistito", la "ferma e stabile e permanente" volontà suicida si manifesta (al di là di ogni dovuto accertamento svolto in merito da parte degli organi a ciò deputati) proprio mediante il compimento da parte del suicida dell'ultimo atto umano, che determina la sua morte sul piano causale, tale "ferma volontà" (sino al compimento dell'ultimo atto umano rilevante) non è sempre oggettivamente rinvenibile alla luce delle diverse ipotesi con le quali la morte del consenziente (anche sotto forma eutanasica) può manifestarsi, specie allorché si vogliono evitare inutili ed atroci sofferenze al morente mediante sua sedazione.

Ecco che allora, anche sotto questo profilo, si evidenzia ed ancora una volta l'inammissibilità del requisito referendario posto.

IL SENSO “AMMISSIBILE” DEL QUESITO REFERENDARIO SULL’AIUTO A MORIRE

di MASSIMO DONINI*

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

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

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

Ricordo il caso Kevorkian, il Dottor morte. In Michigan era punito l’omicidio del consenziente, come quasi ovunque, anche in Svizzera e in Germania, ma anche nei Paesi Bassi¹, e non l’aiuto al suicidio. Condannato e a lungo incarcerato, dopo 129 aiuti al suicidio leciti (non punibili in Michigan, ma contestati egualmente in più occasioni in sede giudiziaria, per il sospetto di consensi invalidi), solo quando il medico è passato dalla pratica di aiuti sanitari alla morte di mano propria dei pazienti all’ «equivalente» ma criminosa iniezione diretta².

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

* *Ordinario di Diritto penale, Università di Roma-Sapienza*

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

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

Se fossimo in Germania, per es., dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca³ che di fatto ha eliminato l'aiuto al suicidio, abrogare l'omicidio del consenziente avrebbe un valore totalmente diverso. Significherebbe davvero consentire ogni forma non solo di eutanasia attiva senza limiti legali, ma anche ogni spettacolo che preveda, col pieno consenso dei partecipanti, la morte certa in una competizione violenta ben "retribuita", in un duello rusticano col pagamento di un biglietto per assistere alla visione. Si potrebbe chiedere a terzi la soppressione senza addurre il motivo, o decapitare in pubblico una adultera islamica, col suo stesso consenso a una giusta punizione per il crimine commesso; oppure, per un lauto compenso a favore di familiari, scommettere sulla propria vita, magari con la sola speranza di sopravvivere: sarebbe un consenso al rischio elevato di morire, ma non necessariamente alla propria morte. Fatto oggi vietato, e non ricondotto all'art. 579 c.p., ma in futuro attratto addirittura in una sfera di liceità. E così scorrendo fino a disporre della propria incolumità nei rischi lavorativi, nel depotenziamento delle regole cautelari ecc.

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

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

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

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

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

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

2. L'attrazione penalistica di un problema di diritti fondamentali negati è uno dei molti aspetti della patologia contemporanea di regolare tutto attraverso il diritto penale. Eppure, nel dibattito vero, cioè nella realtà dei non giuristi, anziché dei

³ BVerfG, 26 febbraio 2020.

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

La maggior parte delle persone riesce a sopravvivere così fino alla fine con terapie del dolore che molte volte non bastano. Alcuni, in questi casi, pur potendo ricorrere a sedazioni “terminali” e rapide in presenza dei presupposti richiesti, peraltro indeterminati e gestiti con grandi discrasie nel territorio⁴, le rifiutano ideologicamente preferendo affrontare ben più lunghe battaglie legali con la speranza in una proiezione generale degli esiti della vicenda sulla giurisprudenza e sulla legislazione. Per altri, che versano in condizioni non affrontabili neppure con sedazioni continuative profonde per mancanza di requisiti fattuali e normativi completi, non resta che essere diversamente aiutati a morire, perché è contro la vita costringere a viverla in quelle condizioni⁵. Condotta attiva o passiva, omissiva o commissiva: sono artifici giuridici queste distinzioni di fronte all’estremo delle condizioni di Welby, Englaro, Nivoli, dj Fabo, ma soprattutto di tanti altri. Che cosa importa se la sostanza fornita dal medico la ingerisci da solo o te la somministra lui

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

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

perché non sei neppure in grado di bere da solo da un bicchiere? *Letting die e killing*, in questi casi, non sono più due universi paralleli, due tipicità opposte, due mondi in conflitto, perché è il diritto di esser liberati dal male a giustificare entrambe le condotte e a confonderne il significato.

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

La dignità e la sofferenza dei malati estremi ha reso possibile costruire una categoria di diritti forse infelici, di essere aiutati alla liberazione, nella dignità di chi non vuole l'istupidimento della narcosi perpetua, e in un quadro di umana solidarietà. Io parlerei anche di *pietas*, quella di Enea, o di *compassion*, una categoria da tempo ritornata anche alla consapevolezza culturale filosofica dopo le ricerche di Martha Nussbaum⁶. Però chi desidera e riceve il calore di uno sguardo mentre lotta e non cede mai fino all'attimo finale, lo avrà sempre; basta che non lo imponga agli altri che forse neppure ce l'hanno.

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

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

Siamo sempre nel quadro dei diritti del malato: se al centro di C. cost. n. 242/2019 c'è solo la non punibilità per chi aiuta, la richiesta di essere salvato dal tormento, perché non resti vana e *in facultate solutionis* di tutto il sistema sanitario, come nel caso Welby prima che intervenisse il dott. Riccio, deve avere il sostegno giuridico del riconoscimento di un vero diritto del malato: perché se il malato non

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

avesse il diritto non solo al rifiuto delle terapie (da tempo riconosciuto pienamente dopo il caso Welby, addirittura senza dover giustificare il perché), comprese quelle palliative, ma anche a non subire dolori insopportabili dopo questo rifiuto (per il prolungarsi di una agonia che il tipo di malattia manterrebbe ancora in essere), la decisione della Corte non avrebbe avuto una base normativa e morale.

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

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

3. Per quanto attiene invece alla normativa residua, ho apprezzato la relazione di Roberto Romboli⁷, e comprendo le sue perplessità sui profili di ammissibilità legati alle incertezze normative del dopo voto. Tuttavia, oggi non è più richiesto che la disciplina di risulta da una abrogazione referendaria sia autoapplicativa. Qui l’intervento del legislatore è scopertamente richiesto, ma è sollecitato dalla Corte stessa, da tre anni ormai.

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

Esso esige nuove procedure di solidarietà, non di sole obiezioni di coscienza, per il riconoscimento di diritti pieni, non affievoliti. Ritengo che la Corte non debba denegare questa occasione di giustizia, dopo che il Parlamento ha omesso continuamente di provvedere, perché la Corte dovrà scegliere comunque tra diritti non riconosciuti: i diritti dei malati in situazioni simili a quelle oggi scriminate, ma ancora punibili e dunque da sanare, e quelli delle situazioni non più regolate in caso di abrogazione dell’art. 579 c.p. e rese possibili da un illimitato riconoscimento della facoltà dei terzi di sopprimere, o anche solo mettere a repentaglio in modo grave, la vita di chi acconsenta per qualsiasi motivo, anche economico, di essere sacrificato dalla sorte o dalla abilità o dagli interessi altrui. Questo esito anche culturalmente rovinoso e che il “sì” potrebbe rendere possibile, deve essere scongiurato. Ma è il legislatore a doverlo fare, non la Corte costituzionale. Se lo facesse la Corte, è perché pensa che il Parlamento debba essere posto sotto tutela preventiva. Ci sono momenti drammatici nella storia dei diritti negati. Ritengo che la Consulta abbia una chiara alternativa: anziché assumersi indebitamente il compito di impedire il riconoscimento di alcuni di tali diritti che il Parlamento ha

⁷ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

dimostrato ampiamente di non saper proteggere e sui quali l'elettore vuole decidere, può invece, ammettendo il referendum, rimettere al Parlamento la tutela di altri diritti resi insicuri dall'abrogazione, e che invece la politica non avrà nessuna difficoltà a salvaguardare tempestivamente.

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. E LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLA VITA

di GIANLUCA GENTILE*

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. - 2. La normativa di risulta alla luce del principio di disponibilità della vita. - 3. Dovere di tutelare la vita e leggi costituzionalmente necessarie. - 4. Un auspicio conclusivo.

1. Mi riconosco in quella corrente di pensiero secondo la quale l'inquadramento giuridico delle questioni eticamente sensibili è condizionato dalla visione del mondo e dalle concezioni morali dell'interprete¹. Certo, ci sono anche casi in cui l'opzione assiologica sottesa alla disciplina positiva è incontestabile: non c'è dubbio, ad esempio, che il legislatore fascista avesse deciso di incriminare sia l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) sia l'istigazione e l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) sulla scorta del principio di indisponibilità della vita². È altrettanto evidente che l'attuale quadro normativo non rispecchia più questa concezione, perché la sfera operativa dell'art. 579 c.p. è stata delimitata dal principio di autodeterminazione terapeutica e dalla legge n. 219/2017, mentre l'art. 580 c.p. è stato riscritto dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale nel senso della non punibilità del suicidio assistito compiuto in presenza di determinati requisiti sostanziali e procedurali.

A questo punto le certezze finiscono e subentrano i (miei) dubbi: qual è il rango del principio di indisponibilità della vita, o più laicamente del dovere dello Stato di tutelare la vita? In quali rapporti si pone tale principio con l'autodeterminazione? E c'è una differenza assiologica tra l'uccidere una persona con il suo consenso e aiutarla a suicidarsi?

Non credo che la Costituzione imponga un'unica risposta a questi interrogativi. Come ha lucidamente osservato Roberto Romboli in un'altra occasione, alcuni parametri costituzionali possono essere invocati per «confortare una tesi, ma anche la tesi esattamente opposta»: basta «saper scegliere il principio che meglio si confà alla conclusione cui si vuol giungere»³. Né l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019 ci offrono maggiori certezze, perché anche i provvedimenti

* Associato di Diritto penale, Università di Napoli-Suor Orsola Benincasa

¹ Per tutti, G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1400 ss. Da ultimo, distingue quattro approcci giuridico-culturali al problema del fine vita, R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in <https://www.sistemapenale.it>, 22 novembre 2021, p. 10 ss.

² *Lav. prep. cod. pen. cod. proc. pen.*, vol. V-II, Tipografia delle mantellate, Roma, 1929, p. 365 e p. 373 ss., dove si legge anche che tale principio «inteso in senso assoluto e rigoroso» avrebbe potuto addirittura legittimare l'incriminazione del (tentativo di) suicidio, se non fossero subentrate prevalenti «considerazioni politiche, ispirate a ragioni di prevenzione».

³ R. ROMBOLI, *Il consenso del non avente diritto*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2115, riferendosi all'interruzione volontaria della gravidanza.

giurisdizionali vanno interpretati, e nel nostro caso gli esiti ricostruttivi possono essere diametralmente opposti.

2. Nella sua bellissima relazione introduttiva⁴, Tullio Padovani afferma che il principio di indisponibilità della vita sarebbe certamente sotteso agli art. 579 e 580 c.p., ma non avrebbe rango costituzionale; la Corte costituzionale si sarebbe limitata ad affermare che «non può ritenersi inibito» al legislatore penale l'incriminazione di «condotte che spianino la strada a scelte suicide»⁵ e a escludere che il reato di agevolazione al suicidio «possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione»⁶; pertanto, la Costituzione non vieterebbe di incriminare l'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio, ma neppure imporrebbe di farlo; da questo punto di vista, il quesito referendario avrebbe un contenuto chiarissimo, perché chiederebbe agli elettori se intendono abrogare la disposizione su cui si fonda il principio di indisponibilità della vita, e cioè l'art. 579 c.p. nella parte in cui sottopone a pena l'uccisione di una persona che ha validamente consentito alla propria morte; saremmo nell'ambito di quelle tematiche «che paradigmaticamente possono essere rimesse alla decisione popolare», al pari del divorzio o dell'interruzione di gravidanza⁷.

Muoviamo da queste coordinate interpretative per confrontarci con la normativa di risulta che scaturirebbe dall'approvazione maggioritaria del quesito referendario.

Il nuovo art. 579 c.p. così disporrebbe: «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 carpo con inganno».

Resterebbe invece immutato l'art. 580 c.p. e quindi l'agevolazione al suicidio sarebbe esente da pena solamente quando riguarda una persona «tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli», a condizione che siano rispettate le modalità procedurali indicate dalla sentenza n. 242/2019 (rispetto delle prescrizioni dettate dalla legge n. 219/2017, con particolare attenzione all'offerta di cure palliative; parere del Comitato etico territorialmente competente; verifica delle condizioni e delle modalità esecutive da parte del Servizio sanitario nazionale).

Da più parti si è osservato che il quesito referendario non corrisponderebbe all'obiettivo propugnato dai promotori del referendum: mentre questi ultimi mirano a rendere lecita l'eutanasia attiva «nelle forme previste dalla legge sul consenso

⁴ T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

⁵ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 6 del cons. in diritto.

⁶ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, § 2.2 del cons. in diritto

⁷ T. PADOVANI, *Riflessioni*, cit.

informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul “Caso Cappato”⁸, il testo del nuovo art. 579 c.p. andrebbe a incriminare solamente i casi espressamente previsti, tra i quali manca quello della vittima che non versa nelle condizioni fissate dalla sentenza n. 242/2019 oppure non rispetta la procedura richiesta dalla Corte⁹.

Inoltre, la normativa di risulta creerebbe «una grande confusione», perché la sfera di esclusione della punibilità sarebbe maggiore nei casi (più gravi) di omicidio del consenziente, e minore in quelli (meno gravi) di aiuto al suicidio¹⁰.

Ebbene, la lettura della giurisprudenza costituzionale proposta da Padovani è funzionale a superare entrambe le obiezioni: il senso del quesito referendario sarebbe quello di espungere dal codice penale il principio di indisponibilità della vita; il primo effetto dell'approvazione del referendum, coscientemente perseguito dai promotori, sarebbe quello di «assimilare l'attuale ragione del suicidio assistito a quella dell'omicidio del consenziente», e ciò perché *di fatto* l'unico consenso in grado di sottrarsi alle cause di invalidità presenti nel nuovo art. 579 c.p. sarebbe quello che rispetta tutte le condizioni pretese dalla Consulta in materia di aiuto al suicidio; tuttavia, il regime normativo delineato dalla Corte sarebbe «fortemente limitativo del diritto di disporre della propria vita» introdotto per via referendaria, e quindi sarebbe necessaria una riforma legislativa¹¹; detto altrimenti, l'approvazione del quesito renderebbe problematica la «sopravvivenza stessa dell'art. 580 c.p.», non invece la «sopravvenienza» del nuovo art. 579 c.p.¹²

3. La giurisprudenza della Corte si presta però anche a una lettura alternativa, se valorizziamo questa affermazione: «Dall'art. 2 Cost. e dall'art. 2 CEDU discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»¹³.

Sofferamoci brevemente su questo parallelismo. Secondo la giurisprudenza europea il diritto alla vita sancito dall'art. 2 CEDU non si occupa delle «questioni che riguardano la qualità della vita o ciò che una persona sceglie di fare della sua vita», né può tradursi in un diritto a morire «sia per mano di una terza persona che con l'assistenza dell'autorità pubblica»¹⁴; tuttavia, gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento nel bilanciare il diritto alla vita (che impone di tutelare i soggetti vulnerabili) con il principio di autodeterminazione (art. 8 CEDU), che può riguardare anche «attività percepite come fisicamente o moralmente dannose o pericolose per l'individuo interessato»¹⁵; pertanto, gli Stati restano liberi di incriminare il suicidio assistito, purché la risposta sanzionatoria sia

⁸ <https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/>

⁹ Tra i tanti, D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in <https://www.sistemapenale.it>, 19 ottobre 2021, p. 1 ss.

¹⁰ G.M. FLICK, «Eutanasia, un referendum ambiguo», in *Avvenire*, 21 agosto 2021..

¹¹ T. PADOVANI, *Riflessioni*, cit., p. 10 (anche per la citazione precedente).

¹² T. PADOVANI, *Riflessioni*, cit., p. 5.

¹³ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 5 del cons. in diritto.

¹⁴ Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 39 e 40.

¹⁵ Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 62.

sufficientemente flessibile¹⁶, o al contrario di renderlo lecito, a condizione che il diritto alla vita sia salvaguardato da una procedura volta ad appurare che la decisione di morire sia libera e consapevole¹⁷.

La Corte costituzionale sembra essere più cauta dei giudici europei, perché: 1) individua la *ratio* dell'art. 580 c.p. nella tutela del diritto alla vita, «soprattutto» (non solo?) «delle persone più deboli e vulnerabili»; 2) afferma che in caso di «*relatio ad alteros* [...] viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita»; 3) esclude che la «generale inoffensività dell'aiuto al suicidio» possa essere desunta «da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita»¹⁸.

A quanto pare, la *relatio ad alteros* fa subentrare il dovere dello Stato di tutelare la vita, a meno che non vengano in rilievo altri interessi pregnanti, come l'autodeterminazione terapeutica (non l'autodeterminazione *tout court*) o il diritto a morire del paziente sofferente¹⁹.

Se così fosse, l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019 potrebbero aver delineato un bilanciamento di interessi vincolante sia per il legislatore, sia per il corpo elettorale²⁰, analogamente a quanto è avvenuto nel caso dell'interruzione volontaria di gravidanza: in quel contesto, nel quale gli interessi da prendere in considerazione sono la vita del nascituro e la salute della madre, la Corte dichiarò che la Costituzione vieta di abrogare, sia pure parzialmente, quel nucleo di disposizioni della legge n. 194/1978 inerenti «alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante»²¹; nel nostro caso, nel quale il dovere dello Stato di tutelare la vita dovrebbe confrontarsi con il diritto del paziente sofferente, bisogna pertanto domandarsi se la Costituzione vieti di abrogare l'incriminazione dell'omicidio di persona che ha validamente espresso il consenso in quanto norma costituzionalmente necessaria posta a tutela della vita.

La risposta sarebbe senz'altro positiva se distinguessimo il suicidio assistito dall'omicidio del consenziente e ritenessimo che il diritto a morire per non soffrire prevalga sulla tutela della vita nel primo caso, perché chi si uccide da solo mantiene fino all'ultimo il dominio sul decorso che conduce alla morte, non anche nel secondo, perché la morte è la conseguenza di un comportamento di un terzo²².

¹⁶ Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 76.

¹⁷ Corte EDU, *Haas v. Switzerland*, 20 gennaio 2011, § 58.

¹⁸ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 6 del cons. in diritto. Cfr. anche Corte cost., 22 dicembre 2019, n. 242, § 2.2 del cons. in diritto.

¹⁹ Su tale diritto, M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, p. 3 ss.; volendo, G. GENTILE, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *Dir. pen proc.*, 2020, p. 385 ss.

²⁰ Cfr. P. VERONESI, *Forum sul referendum per l'eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, 2021, §4; R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

²¹ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, § 5 del cons. in diritto.

²² Insiste sulla differenza qualitativa tra agevolazione al suicidio e omicidio del consenziente, M. ROMANO *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in <https://www.sistemapenale.it>, 8 gennaio 2020, p. 9 ss. Ne accenna anche V. ONIDA, *Il Referendum per l'eutanasia legale*, in <https://www.giustiziainsieme.it>, § 3. Il

Tenderei però a escludere questa soluzione innanzitutto perché non appartiene alla nostra tradizione giuridica, e poi perché si giungerebbe a distinguere il paziente sofferente, dipendente da trattamenti di sostegno vitale, ecc. che può darsi la morte da sé dal paziente che versa in condizioni identiche ma è completamente paralizzato: consentire il suicidio assistito nel primo caso e vietare l'omicidio su richiesta nel secondo rappresenterebbe a mio avviso una palese violazione dell'art. 3 Cost., riposando la differenza tra le due vicende su una condizione personale.

Assumiamo quindi che le condizioni di liceità del suicidio assistito rappresentino la concretizzazione di un bilanciamento di interessi valido anche nel campo dell'omicidio del consenziente. Il nuovo art. 579 c.p., che testualmente non richiama quelle condizioni, garantirebbe a questo punto una tutela minima al diritto alla vita?

Già sappiamo che Tullio Padovani risponderebbe di sì²³. Considerando la storica ritrosia dei nostri giudici ad applicare l'art. 579 comma 1 c.p. attualmente vigente, l'unica ipotesi di omicidio non più punibile ai sensi del nuovo art. 579 c.p. sarebbe quella in cui la legge n. 219/2017 e la sent. n. 242/2019 sono rigorosamente rispettate²⁴. Se così fosse, il quesito sull'art. 579 c.p. si distinguerebbe da quello relativo alla legge n. 194/1978 che fu dichiarato inammissibile nel 1997, perché nel primo caso la normativa di risulta lascerebbe integra una disposizione suscettibile di essere interpretata in conformità al bilanciamento formulato dalla Consulta.

Non mi sento però di affermare che tale interpretazione rispetterebbe il principio di tassatività²⁵. Mentre le condizioni di legittimità del suicidio assistito introdotte nell'art. 580 c.p. hanno circoscritto la sfera della rilevanza penale, il loro inserimento in via ermeneutica nel nuovo art. 579 c.p. andrebbe ad ampliare *in malam partem* i confini della fattispecie che emergono dal dato testuale, perché quest'ultimo non contempla (e quindi non incrimina) espressamente il caso di chi uccide una persona consenziente che versa in condizioni diverse da quelle richieste dalla sent. n. 242/2019 oppure senza rispettare la procedura richiesta dalla Corte²⁶.

Inoltre, l'art. 2 CEDU «obbliga gli Stati a stabilire una procedura capace di garantire che la decisione di porre fine alla propria vita corrisponda effettivamente alla libera volontà dell'individuo interessato»²⁷. Nel nostro caso il nuovo art. 579 c.p. non richiama espressamente né la legge n. 219/2017 né la sent. n. 242/2019, e

tema è affrontato dal CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, in <https://bioetica.governo.it>, 18 luglio 2019, 11.

²³ T. PADOVANI, *Riflessioni*, cit.; cfr. anche A. PUGIOTTO, *Forum sul referendum per l'eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, 2021, §§ 2 e 6.

²⁴ Nel senso che una volontà autentica di morire possa accertarsi solamente in presenza delle condizioni oggettive richieste dalla sent. n. 242/2019, S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto penale liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 33 ss.

²⁵ P. VERONESI, *Forum sul referendum per l'eutanasia legale*, cit., § 2.

²⁶ Osserva M. DONINI, *Il senso "ammissibile"*, cit., 2 e 6, che il nuovo art. 579 c.p. potrebbe rendere lecito anche il consenso ad attività pericolose effettuate dietro compenso. Potrebbe un tale esito essere neutralizzato in via interpretativa (a proposito di un consenso alle lesioni personali ritenuto invalido perché implicante una mercificazione del corpo vietata dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali, Cass., sez. I, 2 ottobre 2019, n. 46895, Rv 277485 – 01)?

²⁷ Corte EDU, Haas v. Switzerland, 20 gennaio 2011, § 58, riferendosi agli Stati che hanno un «approccio liberale» al tema del suicidio assistito.

quindi la procedura di verifica del consenso dipenderebbe da un'interpretazione giurisprudenziale, non da una fonte legislativa. Pur argomentando che ai fini della legittimità convenzionale non conta la tipologia della fonte ma la qualità del diritto prodotto²⁸, dovremmo tuttavia ammettere che la procedura delineata dalla Corte non ha ancora trovato attuazione nel campo del suicidio assistito, e che la prognosi dell'estensione di tale regime al nuovo art. 579 c.p. potrebbe anche rivelarsi fallace.

Né varrebbe replicare, parafrasando la nota formula sul dovere di interpretazione costituzionalmente conforme, che nel giudizio di ammissibilità del quesito non conta la possibilità di prospettare interpretazioni incostituzionali della normativa di risulta, ma l'impossibilità di interpretarla in modo conforme a Costituzione. Nel nostro caso un'interpretazione rispettosa sia del nuovo art. 579 c.p. sia del bilanciamento espresso dalla sent. n. 242/2019 mi sembra appunto impossibile, anche considerando gli espedienti interpretativi piuttosto disinvolti a quali ha talvolta fatto ricorso la stessa Corte costituzionale²⁹.

4. Se le osservazioni fin qui fatte sono corrette, l'ostacolo più serio all'ammissibilità del referendum mi sembra rappresentato dal limite delle leggi costituzionalmente necessarie. Ma non mi spingo oltre, sia perché studiosi ben più esperti di me osservano che la giurisprudenza referendaria è diventata così intricata da non consentire previsioni³⁰, sia perché la tematica in esame chiama in causa anche gli equilibri che si vogliono mantenere tra il potere legislativo, la giustizia costituzionale e la democrazia diretta.

Mi limito a formulare l'auspicio che, a prescindere dall'esito del giudizio, la Corte non si nasconda dietro argomenti formalistici e apparentemente neutrali, ma colga l'occasione per un chiarimento definitivo sui limiti costituzionali alla tutela della vita. Mi auguro inoltre che la nostra classe politica non debba assistere all'ennesimo caso tragico per comprendere finalmente che la tecnica dello struzzo non fa sparire dall'ordinamento il diritto a morire per non soffrire, ma obbliga quest'ultimo a farsi strada dolorosamente nelle aule della giustizia.

²⁸ In un'occasione la Corte EDU si è spinta a dichiarare in contrasto con l'art. 8 CEDU la mancanza di linee guida sufficienti a garantire chiaramente la portata del diritto al suicidio assistito (Corte EDU, *Gross v. Switzerland*, 14 marzo 2013, § 67), ma tale decisione è stata successivamente annullata (Corte EDU, *Gross v. Switzerland*, 30 settembre 2014).

²⁹ Sull'ondivaga giurisprudenza costituzionale relativa alla differenza tra interpretazione conforme e manipolazione del dato normativo, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 32 ss., p. 116 ss.

³⁰ Per tutti, P. VERONESI, *Forum sul referendum per l'eutanasia legale*, cit., §1

IL REFERENDUM “EUTANASIA LEGALE”: LEGALIZZAZIONE DELL’EUTANASIA O SUPERAMENTO DEL DIVIETO DI UCCIDERE?

di REBECCA GIRANI*

SOMMARIO: 1. Le novità registrate sul tema del fine vita. - 2. Il referendum “Eutanasia legale”. - 3. *Segue*: L’(in)ammissibilità del quesito referendario. - 4. *Segue*: Lo iato tra l’intenzione politica dei promotori e la reale portata del quesito. - 5. *Segue*: L’inammissibilità dovuta al contenuto minimo di tutela necessaria dei diritti fondamentali. - 6. L’eventuale intervento del Parlamento. - 7. Conclusioni.

1. Sul tema del fine vita si sono recentemente registrate alcune importanti novità.

In primo luogo, la legge n. 219/2017 ha dato risposta alla necessità di una normativa che riconosca il valore anche legale del diritto del paziente alla propria autodeterminazione, ossia il diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari anche necessari alla sopravvivenza, in linea con l’art. 32, co. 2, Cost. Nel riconoscere il diritto alla desistenza terapeutica, si afferma anche il corrispondente dovere del personale medico di rispettare la volontà del paziente di rifiutare o rinunciare al trattamento sanitario.

Successivamente, con la sent. n. 242/2019, in relazione all’incriminazione dell’istigazione e dell’aiuto al suicidio, la Corte costituzionale ha affermato che la libertà di autodeterminazione non è assoluta, ma nel nostro ordinamento deve necessariamente essere bilanciata con altri beni di rango costituzionale. La fattispecie dell’art. 580 c.p. è dunque «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema ed irreparabile come quella del suicidio». Tuttavia, preso atto dell’esistenza di casi complessi e peculiari, il giudice delle leggi ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. per violazione degli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost., con riferimento specifico ed esclusivo all’aiuto al suicidio prestato a pazienti che, in alternativa, potrebbero lasciarsi morire mediante la rinuncia ai trattamenti sanitari salvavita secondo quanto disposto dall’art. 1, co. 5, legge n. 219/2017.

2. Davanti ad un Parlamento quasi completamente inerte¹, la continua attenzione dell’opinione pubblica sulle vicende del fine vita ha accresciuto lo spazio dedicato dai media all’iniziativa referendaria “Eutanasia legale”, che va ben oltre l’ambito di intervento della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio,

* *Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Università di Bologna*

¹ Con riferimento ai lavori parlamentari, si consulti l’indirizzo: <https://www.camera.it/leg18/126?tab=5&leg=18&idDocumento=2&sede=&tipo=>.

proponendo l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., che punisce l'omicidio del consenziente.

Il quesito è stato depositato il 20 aprile 2021 dal Comitato promotore per il referendum presso la Corte di Cassazione e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 21 aprile 2021.

Al momento della chiusura della raccolta delle firme, fissata per il 30 settembre 2021, è stato calcolato che sono state depositate oltre un milione di sottoscrizioni, in parte fisicamente su carta e in parte con firma digitale.

Superato, dunque, il limite delle 500 mila sottoscrizioni, si è aperta la fase successiva, che consta di due controlli. Il primo è stato realizzato il 9 dicembre 2021 dall'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Esso aveva lo scopo di verificare la conformità della richiesta abrogativa alle norme vigenti. Superata favorevolmente questa prima verifica, che pareva già da principio non porre particolari questioni, si è dato avvio al secondo controllo che, invece, è operato ai sensi degli artt. 32 e 33, legge n. 352/1970, dalla Corte costituzionale al fine di accertare l'ammissibilità o meno del quesito referendario.

3. Con specifico riferimento all'ammissibilità del referendum abrogativo, come noto, oltre ai limiti espressi definiti dall'art. 75, co. 2, Cost., la giurisprudenza costituzionale ha enucleato ulteriori limiti impliciti, ricavati dall'intero ordinamento costituzionale².

Si anticipa che il quesito parrebbe, ad avviso di chi scrive, inammissibile sotto diversi profili³.

L'oggetto del quesito referendario è l'art. 579 c.p., che incrimina l'omicidio del consenziente. Qualora il referendum abrogativo avesse esito positivo, il reato sopravviverebbe solo in parte, sanzionando l'omicidio del consenziente se il fatto è commesso contro un soggetto vulnerabile, perché minore, o perché le sue condizioni personali escludono l'autenticità del consenso prestato, o perché quel consenso è stato estorto o carpito con inganno.

L'art. 579 c.p., subirebbe dunque un'opera di c.d. ritaglio che collegherebbe direttamente il comma 1 al comma 3. Pare potersi avanzare il dubbio che l'integrazione risulti inammissibile perché manipolativa⁴.

² Corte cost., sent. n. 16/1978.

³ Si tratta di una proiezione frutto di alcune riflessioni proposte nel presente contributo. Tuttavia, non si può negare che la giurisprudenza referendaria si è pronunciata in modo spesso ondivago ed imprevedibile. Sul punto si veda G. AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 2.

⁴ Il limite è stato elaborato dalla Corte costituzionale (sent. n. 36/1997): è inammissibile il referendum che intervenga sul testo oggetto di abrogazione estraendo eterogenei frammenti sintattici poi riordinati in modo giuridicamente significativo, con lo scopo di realizzare un risultato del tutto eterogeneo rispetto al contesto normativo originario. Tale limite ha reso inammissibili numerosi referendum: Corte cost., sentt. n. 38/2000, n. 50/2000, n. 43/2003, n. 46/2003, n. 13/2012, n. 5/2015, n. 26/2017, n. 10/2020. La tecnica del ritaglio diviene dunque causa di inammissibilità se la normativa di risulta è frutto di una costruzione artificiosa. Sul punto si veda A. MORRONE, *Il referendum manipolativo: abrogare per decidere*, in *Quad. cost.*, 2, 2017, 305 ss.

All'esito dell'abrogazione, così come delineata nella richiesta di referendum, l'art. 579 c.p. ruoterebbe agli antipodi⁵ e finirebbe per sancire la totale prevalenza del diritto all'autodeterminazione rispetto al bene vita, legittimando l'omicidio del consenziente *tout court*. Infatti, il testo risultante prescriverebbe che alla morte cagionata con il consenso di persona non in grado di prestarlo, per età o condizioni personali, o invalido per le modalità di formazione, in quanto estorto o carpito, sarebbero applicabili le disposizioni comuni sull'omicidio. *A contrario*, in modo implicito, si affermerebbe che se il consenso è validamente prestato, le disposizioni dell'art. 575 c.p. relative all'omicidio non possono essere applicate.

Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana: l'originaria finalità politico-criminale dell'art. 579 c.p. verrebbe rovesciata, trasformando la norma da baluardo dell'indisponibilità del diritto alla vita a riconoscimento della sua piena disponibilità⁶. Quindi, una persona perfettamente sana di mente, maggiore di età, lucida e libera nell'espressione del consenso, potrebbe validamente consentire alla propria morte, senza conseguenze per chi l'abbia determinata.

Nell'eventualità in cui il referendum abrogativo venisse ammesso e ricevesse il consenso dei cittadini, si genererebbe una situazione di vero e proprio caos giuridico. La conseguenza sarebbe una disciplina del fine vita confusa e incerta, perché frutto di interventi disomogenei⁷.

In caso di esito positivo del referendum, chi cagionasse la morte di una persona maggiorenne, cosciente e che ha prestato il proprio consenso validamente, quale che sia la condizione del soggetto passivo, affetta o meno da patologia, non commetterebbe un reato; d'altra parte, chi invece decidesse di aiutare un malato a suicidarsi, cioè a darsi la morte da sé, al di fuori delle condizioni imposte dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019, verrebbe incriminato ai sensi dell'art. 580 c.p.

La conseguenza sarebbe, allora, una disciplina del fine vita irragionevole. Infatti, due condotte caratterizzate da un disvalore differente – in ragione del diverso dominio sul decorso causale – sarebbero trattate in modo irragionevolmente diverso: l'aiuto al suicidio non verrebbe punito in alcune ipotesi specificatamente identificate, mentre l'omicidio del consenziente non sarebbe mai punito, al netto delle ipotesi di consenso non valido⁸.

A tal proposito, occorre evidenziare che l'irragionevolezza della normativa di risulta non pare costituire un limite all'ammissibilità del referendum secondo la Corte costituzionale. Infatti, ad avviso dei giudici delle leggi, il giudizio di ammissibilità del referendum non costituisce un controllo anticipato di costituzionalità sull'esito normativo⁹. Tuttavia, nella giurisprudenza referendaria è

⁵ T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, disponibile all'indirizzo www.referendum.eutanasialegale.it.

⁶ T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit.

⁷ *Contra* M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sist. pen.*, 30 novembre 2021.

⁸ R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 2021, 20.

⁹ Corte cost., sentt. n. 10/1972, n. 251/1975, n. 16/1978, n. 24/1981, n. 26/1987, n. 63/1990, n. 25/2004, n. 48/2005 n. 16/2008, n. 27/2017.

accaduto che in sede di ammissibilità sia stato anticipato il giudizio di legittimità costituzionale della normativa di risulta, rendendo inammissibile il referendum¹⁰.

Un ulteriore punto critico riguarda il soggetto attivo. In caso di esito positivo del referendum, si uscirebbe dal contesto medicalizzato, tipico degli ordinamenti a tendenza permissiva, e quindi “chiunque” potrebbe soddisfare la richiesta della vittima consenziente.

L'assenza del contesto medicalizzato comporterebbe numerosi rischi. In primo luogo, a tutela del richiedente, mancherebbe un controllo preventivo sull'effettiva autodeterminazione, che potrebbe aprire a possibili strumentalizzazioni o condizionamenti. In secondo luogo, il divieto di uccidere l'altro protegge paradossalmente il destinatario della richiesta. In virtù dell'incriminazione dell'omicidio del consenziente, colui che riceve la richiesta di morire non subisce alcuna lesione di un legittimo interesse, ma, al contrario, è protetto dall'ordinamento, in cui è fermo il divieto di non aiutare altri a morire: nessuno è tenuto a farsi carico di richieste di morte¹¹. Ancora, sul piano della necessaria prova adeguata del consenso ricevuto, in difetto di un valido consenso, il soggetto attivo verrebbe incriminato per omicidio ex art. 575 c.p.

Ecco, allora, che appare irrinunciabile che la richiesta dell'aiuto a morire venga presa in considerazione esclusivamente nell'ambito della relazione medico-paziente, costituendo una garanzia sia per il richiedente sia per il destinatario della richiesta.

4. Il Comitato promotore ha presentato il quesito come il referendum “Eutanasia legale”. L'intenzione politica che anima i promotori è quella di legalizzare l'eutanasia attiva. Tuttavia, la reale portata del referendum è ben più ampia. Il quesito intende escludere dall'area del penalmente rilevante tutte le condotte generalmente riconducibili all'omicidio del consenziente e non solo quelle relative al più circoscritto concetto di eutanasia, che invero non esaurisce la portata applicativa dell'art. 579 c.p.

Inoltre, secondo il Comitato promotore, il consenso del soggetto passivo dovrebbe essere acquisito in base alle norme e alle modalità previste dalla legge n. 219/2017 e l'agente andrebbe esente da responsabilità penale solo in caso di sussistenza dei presupposti e di rispetto delle procedure individuate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019.

In realtà, l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., come formulata nel quesito, farebbe venir meno la penalizzazione dell'omicidio del consenziente in qualsiasi caso vi si sia stata una richiesta di eutanasia da parte di una persona capace di

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, consultabile: «Nella cangiante giurisprudenza referendaria è certamente accaduto che sia stato contraddittoriamente anticipato, in sede di ammissibilità, un giudizio di legittimità sulla c.d. normativa di risulta, fino a bocciare il quesito perché possibile causa di una disciplina irragionevole».

¹¹ D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 507; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, 37.

intendere e di volere¹². Infatti, dall'esito positivo del referendum non deriverebbe l'automatica applicabilità della legge n. 219/2017 sul consenso informato e neppure l'estensione dell'applicabilità dei requisiti fissati dalla pronuncia della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio.

Ai fini dell'ammissibilità del quesito referendario la giurisprudenza costituzionale ritiene irrilevanti le motivazioni ideologico-politiche espresse dai promotori. Il giudice delle leggi deve far riferimento «esclusivamente alla finalità incorporata nel quesito, cioè alla finalità obiettivamente ricavabile in base alla formulazione ed alla incidenza del referendum nel quadro normativo di riferimento», essendo «irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori»¹³.

Tuttavia, non si può non rilevare che la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente fatto emergere il legame concettuale presente tra l'intento dei promotori e la normativa di risulta. L'obiettivo dei proponenti assume dunque rilevanza in modo mediato, riflettendosi sulla chiarezza del quesito e sull'ammissibilità conseguente del referendum¹⁴.

Con riferimento al referendum "Eutanasia legale", il risultato perseguito dai promotori è la legalizzazione dell'eutanasia attiva nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico e in presenza dei requisiti introdotti dalla sentenza Cappato. In realtà, è dubbio il fatto che ciò possa realizzarsi.

In primo luogo, secondo una prima ricostruzione, l'effetto del referendum potrebbe essere ben più ampio in quanto farebbe venir meno la penalizzazione dell'omicidio del consenziente in qualsiasi caso vi sia stata una richiesta di eutanasia da parte di una persona capace di intendere e di volere.

Tra l'altro, al fine di circoscrivere la portata dell'abrogazione parziale del 579 c.p. non può imporsi un'estensione della normativa di cui alla legge n. 219/2017 e dei requisiti della sent. n. 242 del 2019. Se così si procedesse, da un lato si abrogerebbe l'art. 579 restringendo l'area del penalmente rilevante e, dall'altro, si andrebbe ad ampliare quella stessa area imponendo nuovi limiti attraverso un'analogia *in malam partem*, che è vietata per le norme penali dall'art. 14 delle Preleggi e dall'art. 25 co. 2 Cost.¹⁵. Al contrario, nel caso di abrogazione dell'art. 579 c.p., il consenso dovrebbe essere inteso nella sua massima estensione, non subordinata a requisiti formali normativamente non previsti. Si dovrebbe fare riferimento a una forma libera di consenso, ad una valutazione sostanziale di validità e di efficacia del consenso prestato, interpretata in base alla – scarna – giurisprudenza di legittimità¹⁶.

Ma il quesito può essere anche interpretato in modo differente. Astraendo dalle intenzioni dei promotori, se il referendum fosse ritenuto ammissibile e avesse esito

¹² D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19.10.2021.

¹³ Corte cost., sent. n. 27/2011.

¹⁴ Corte. Cost., sentt. n. 28/1987, n. 47/1991, n. 29/1993 e n. 35/2000.

¹⁵ In generale sul concetto di analogia si veda G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci editore, Roma, 2020.

¹⁶ Cass, sez. I, sent. n. 8128/1991; Cass, sez. I, sent. n. 13410/2008.

positivo, potrebbe avere come conseguenza l'abrogazione parziale dell'omicidio del consenziente, cioè di una fattispecie di omicidio volontario pacificamente ritenuta ipotesi speciale rispetto alla fattispecie generale di omicidio doloso ex art. 575 c.p. Di conseguenza, di fronte all'abrogazione di una fattispecie speciale, per costante giurisprudenza¹⁷, si realizzerebbe un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, con la conseguente espansione della fattispecie generale.

Dunque, l'intenzione dei promotori, pur non rilevando in modo autonomo ai fini dell'inammissibilità del referendum, potrebbe assumere rilievo con riferimento al limite implicito della chiarezza. Infatti, la libertà di scelta dell'elettore chiamato a votare sarebbe minata dall'utilizzo dello strumento referendario per finalità propositive, al pari di un atto di indirizzo politico, anziché con scopi abrogativi, e con l'irrealizzabilità delle finalità dei promotori.

5. Un ulteriore limite implicito all'ammissibilità del referendum è legato all'impossibilità di sottoporre ad abrogazione norme a contenuto costituzionalmente vincolato. Si tratta di una categoria che la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente ampliato, anche se all'esito di pronunce non sempre uniformi¹⁸, arrivando a comprendere anche il più ampio *genus* delle leggi costituzionalmente necessarie¹⁹.

Alla luce dei limiti impliciti imposti dal giudice delle leggi ai fini dell'ammissibilità del referendum abrogativo, è necessario che sia garantita la tutela del contenuto minimo di un diritto previsto dalla Costituzione e che la normativa di risulta sia in grado di consentire una sufficiente protezione di organi e principi costituzionali.

Con riferimento alla garanzia del rispetto del contenuto minimo del diritto alla vita, tutelato dalla Costituzione, il quesito referendario avente ad oggetto l'art. 579 c.p. parrebbe elidere la tutela della vita altrui, che costituisce un principio costituzionalmente garantito. Il contenuto essenziale della tutela del diritto alla vita non sarebbe preservato dalla permanenza della rilevanza penale dell'omicidio del consenziente nelle sole ipotesi previste in caso di consenso non valido, di soggetto minore e incapace.

In passato, con la sent. n. 35/1997, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il quesito referendario relativo all'abrogazione parziale della legge n. 194/1978, in quanto il referendum aveva ad oggetto una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, ossia una legge «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione». Similmente, nelle sentt. n. 42/2000 e n. 49/2000, il giudice delle

¹⁷ Cass., S.U., sent. n. 24468/2009.

¹⁸ P. CARROZZA, *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993, 318.

¹⁹ P. CARNEVALE, *Inabrogabilità di leggi costituzionalmente obbligatorie ed inammissibilità di referendum «puramente» abrogativi: ancora una «svolta» nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria, commento alla sentenza 3 febbraio 1987, n. 29 del 1987*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 308 ss.

leggi ha dichiarato l'inammissibilità delle proposte referendarie perché la normativa oggetto del referendum garantiva il «nucleo costituzionale irrinunciabile» di tutela di un principio costituzionale. Questa posizione è stata nuovamente ribadita dalla Corte costituzionale con la sent. n. 25/2004, in cui è stato dichiarato inammissibile il quesito referendario avente ad oggetto l'abrogazione totale della legge n. 45/2005.

Il limite del contenuto minimo di tutela necessaria dei diritti fondamentali parrebbe imporsi anche con riferimento all'ammissibilità del referendum avente ad oggetto l'art. 579 c.p. L'abrogazione referendaria della fattispecie di omicidio del consenziente salvo le eccezioni, determina il venir meno di quella tutela minima, frutto di bilanciamento, che recentemente la Corte costituzionale ha inteso valorizzare nella sent. n. 242/2019, in tema di aiuto al suicidio. La conseguenza sarebbe una lacuna inaccettabile rispetto a situazioni che tale tutela esigono in base alla Costituzione.

6. In base all'art. 39 della legge n. 352/1970, le operazioni referendarie non hanno corso, se prima del voto popolare la norma oggetto del quesito viene abrogata dal Parlamento, in quanto l'esito abrogativo viene raggiunto prima della data del referendum.

D'altra parte, la giurisprudenza costituzionale impone che l'intervento legislativo del Parlamento innovi in modo autentico i principi ispiratori e i contenuti normativi essenziali rispetto al vigente art. 579 c.p. e non si limiti a una mera operazione di cosmesi legislativa.

È vero che le Camere conservano la propria permanente potestà legislativa²⁰, tuttavia non si può negare che il testo base, su cui stanno procedendo i lavori parlamentari, ha ad oggetto solo l'ipotesi dell'aiuto al suicidio e ricalca i criteri introdotti dalla Corte costituzionale con la sent. n. 242/2019. Dunque, il voto sul referendum si avrebbe lo stesso, anche in caso di approvazione del testo base in sede Parlamentare, in quanto il quesito referendario ha ad oggetto l'art. 579 c.p. e non l'art. 580 c.p.

In aggiunta, occorre evidenziare che nel caso in cui il legislatore rimanga silente, mentre il quesito referendario venga ammesso dalla Corte costituzionale e abbia esito positivo, si imporrebbe un vincolo negativo al Parlamento. Infatti, muovendo dall'art. 75 Cost., la giurisprudenza costituzionale ha affermato il divieto di formale e sostanziale ripristino della norma abrogata attraverso il referendum²¹.

7. Con il presente contributo si è inteso mettere in luce alcuni profili critici che potrebbero costituire causa di inammissibilità del referendum.

Indipendentemente dall'esito del giudizio della Corte costituzionale in sede di ammissibilità, si vuole nondimeno proporre una riflessione.

La volontà del corpo elettorale può esprimersi anche attraverso il referendum, che è un istituto di democrazia diretta e fonte del diritto avente forza di legge. Nel

²⁰ Corte cost., sentt. n. 68/1978, n. 33/1993.

²¹ Corte cost., sentt. n. 468/1990, n. 199/2012.

caso del referendum “Eutanasia legale”, il ricorso all’istituto referendario è nato da una sorta di reazione a uno stallo del legislatore. Questo ruolo propulsivo è stato riconosciuto dallo stesso Marco Cappato che ha affermato: «il referendum ha un ruolo decisivo come spinta a procedere alle Camere»²².

Tuttavia, si ritiene che su materie così complesse sia rischioso intervenire mediante istituti di democrazia diretta. Sotto il profilo sostanziale, il referendum abrogativo non consente di fornire risposte articolate, ma permette all’elettore di esprimersi soltanto con “Sì” o “No”; sotto il profilo procedurale, si pongono evidenti questioni riguardanti la tutela della minoranza, che verrebbe schiacciata dalla volontà della maggioranza, senza alcuna garanzia²³.

Pare evidente che l’aiuto a morire debba essere regolato dalla legge, facendo esplicito riferimento ai modi di espressione del consenso, all’accertamento preventivo della validità, ai soggetti legittimati ad attuarne l’esecuzione. Si ritiene dunque opportuno, o addirittura necessario, quel dialogo pacato e ragionato²⁴, senza inutili clamori, tra prospettive giuridico-culturali opposte che solo il Parlamento può garantire per addivenire a un risultato condiviso e duraturo, come è accaduto in occasione dell’approvazione della legge n. 219/2017.

²²https://www.repubblica.it/politica/2021/11/20/news/referendum_eutanasia_intervista_marc_o_cappato_associazione_coscioni-327030283/.

²³ In generale sul metodo democratico si veda H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, (a cura di) A. Carrino, Giappichelli, Torino, 2004.

²⁴ Sul punto si veda D. Pulitanò, *Problema penale e problemi della laicità*, in S. Canestrari; L. Stortoni, (a cura di) *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 204. In un’altra prospettiva, con riferimento al dialogo tra istituzioni, si veda V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional justice in global context*, Oxford University Press, New York, 2016, 234-238; V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Introduction. Dialogue as a Method*, in ID., *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Giappichelli, Torino, 2021, 19 ss.

“IL FINE OGGETTIVATO NELLA DOMANDA”: L’UNICA VIA PERCORRIBILE

di LUANA LEO*

SOMMARIO: 1. Il ridimensionamento dell’ambito di azione del referendum abrogativo. – 2. La distinzione tra referendum abrogativo parziale (ammissibile) e referendum manipolativo (inammissibile). – 3. L’inquadramento del quesito referendario sull’eutanasia legale.

1. L’intento di tale breve scritto è quello di soffermare l’attenzione sulla consolidata distinzione tracciata dalla Corte costituzionale tra referendum abrogativi parziali (ammissibili) e referendum manipolativi (inammissibili)¹, in modo tale da giungere ad una conclusione circa la collocazione del quesito referendario sull’eutanasia legale.

Prima di analizzare la giurisprudenza costituzionale, si ritiene opportuno spendere qualche riga sulla delicata convivenza tra referendum e democrazia rappresentativa. In taluni scenari, è emersa la volontà delle forze politiche di promuovere gli istituti di partecipazione solo nel caso in cui il loro esercizio non fosse alternativo, ma complementare alla democrazia rappresentativa².

Nel corso del tempo, l’istituto di democrazia diretta è stato spesso oggetto di discussione in ragione di evidenti criticità³, tanto da invocare una revisione organica della materia. Rispetto ad altri tipi di referendum, quello abrogativo

ha conosciuto una notevole crescita⁴; tuttavia, essa è avvenuta in un contesto istituzionale rigido, interessato principalmente a conformare tale istituto con una forma di governo parlamentare fondata sulla centralità dei partiti e delle organizzazioni politiche. A tale proposito, occorre segnalare il notevole lasso di tempo intercorso tra l’entrata in vigore della Costituzione e l’approvazione della legge necessaria ai fini dell’indizione dei referendum abrogativi (pari a 22 anni). I partiti di maggioranza erano spinti dall’intento di intralciare tutti gli istituti in grado di attuare un controllo sul Parlamento e gli ulteriori organi di indirizzo politico.

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università LUM Jean Monnet

¹ Con riguardo ai referendum manipolativi in generale, si veda F. SORRENTINO, *Sui referendum manipolativi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Cedam, Padova, 1998, 671 ss.

² Sul punto, si veda R. NANIA, *Referendum e sovranità popolare*, in *Dir soc.*, 1974, 662 ss.; M. LUCIANI, *Articolo 75*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2005, 31 ss.

³ In senso contrario alla configurazione del *referendum* come istituto di democrazia diretta, si veda M. LUCIANI, *Referendum abrogativo e rappresentanza politica*, in *Referendum e legalità. “Tornare alla Costituzione”*, Giappichelli, Torino, 2000, 59 ss.

⁴ L’ordinamento giuridico italiano, infatti, è con lo strumento referendario con ritardo rispetto agli altri Stati europei ed extraeuropei. In tale senso, si veda A. AUER, *L’esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum. Problemi teorici e esperienze costituzionali*, Bari, 1992, 66 ss.; M. MURGIA, *Referendum e sistema rappresentativo in Francia*, Milano, 1983; P. BERRETTA, *Referendum e forma di governo. I profili comparativistici*, Catania, 1983.

Appare necessario sottolineare anche l'incisività della nota legge n. 352/1970⁵ (*"Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo"*), in quanto introduce talune clausole limitative, finalizzate a prevenire una sovrapposizione tra lo svolgimento del referendum e il rinnovo delle assemblee parlamentari⁶. In tale senso, merita specifica considerazione l'art. 39 di tale legge, che racchiude una clausola di improcedibilità, ai sensi della quale *"se prima della data dello svolgimento del referendum la legge o le singole disposizioni cui il referendum si riferisce sono stati abrogati, l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso"*. La previsione sopramenzionata intensifica la posizione subordinata del referendum abrogativo rispetto agli organi espressivi della democrazia rappresentativa, in quanto riconosce al Parlamento la capacità di abrogare o di modificare il contenuto delle norme oggetto del referendum. Infine, l'ambito di azione del referendum abrogativo risulta circoscritto dalle restrizioni introdotte dalla Corte costituzionale in sede di sindacato sull'ammissibilità dei quesiti referendari. Tale approccio rigoroso trova riscontro nella volontà di escludere un impiego "strumentale" dell'istituto.

2. Il referendum abrogativo, identificato dai Costituenti come strumento eccezionale e marginale, poiché avente carattere negativo ed unidirezionale (ossia in grado solo di abrogare una normativa), si tramuta in uno strumento ordinario di normazione. Si assiste, dunque, ad una conversione dello stesso: da istituto diretto ad incidere in senso negativo sulla legislazione ordinaria, il referendum abrogativo acquisisce un ruolo essenzialmente propositivo⁷.

La consapevolezza della delicatezza del proprio ruolo e allo stesso tempo la determinazione a non abusare dello stesso hanno indotto necessariamente la giurisprudenza costituzionale a delineare le ipotesi di inammissibilità del referendum, al fine di assicurare la tutela di *"valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie"*. È impossibile prescindere dalla sent. n. 16/1978⁸, con la quale la Corte costituzionale, in ragione dei numerosi problemi generati dalla legge n. 352/1970, intende precisare i suoi ambiti e *"stabilire, in via preliminare, se non s'imponessero altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si rendesse indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione aveva previsto in maniera puntuale ed espressa"*. In tale pronuncia, la

⁵ In tale senso, si veda G. AZZARITI, *L'istituto del referendum nel nostro sistema giuridico*, in *Arch. giur.*, 1974, 73 ss.

⁶ Si fa leva sugli artt. 31 (*"Non può essere depositata richiesta di referendum nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere e nei sei mesi successivi alla data di convocazione dei comizi elettorali per l'elezione di una delle Camere medesime"*) e 34, comma 2 (*"Nel caso di anticipato scioglimento delle Camere o di una di esse il referendum già indetto si intende automaticamente sospeso all'atto della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Presidente della Repubblica di indizione dei comizi elettorali per la elezione delle nuove Camere o di una di esse"*).

⁷ E. DE MARCO, *Percorsi del nuovo costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 2019, 169.

⁸ Corte cost., 7 febbraio 1978, n. 16. Sulla pronuncia, si veda V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giur. cost.*, 151, ss.; G. U. RESCIGNO, *Referendum e Istituzioni*, in *Pol. Dir.*, 1978, 605 ss.

Consulta, dopo avere esaltato la lacunosità di tale legge (che non chiarisce “in nessun modo con quali criteri, da parte di quali organi, in quali momenti, né con quali effetti dovrebbe esercitarsi il controllo sull’omogeneità delle richieste”), introduce un elemento di rilievo. Nell’ottica del Giudice delle Leggi, l’art. 27, comma 1, della legge attuativa si limita a prevedere che la formula “*volete che sia abrogata*” sia completata richiamando gli estremi della legge in esame, citando il numero dell’articolo o degli articoli interessati, nonché trascrivendo i soli testi dei commi o dei frammenti investiti. Da un lato, la Corte costituzionale denuncia la mancanza di sostanziali fattori nello svolgimento del procedimento referendario e nella determinazione della competenza alla stessa attribuita, dall’altro riconferma la possibilità di proporre l’abrogazione referendaria parziale di leggi o atti aventi forza di legge, incaricandosi tuttavia di modificare l’oggetto di tale abrogazione parziale. In concreto, mentre l’art. 27 della legge n. 352/1970 parla di “*disposizioni di legge*”, la sentenza in discussione fa riferimento al termine “*frammenti*”. Oltre ad adottare un termine palesemente ambiguo, la Consulta dichiara che “*il tema del quesito sottoposto agli elettori non è tanto formato (...) dalla serie delle singole disposizioni da abrogare, quanto da quel principio che (...) pur nella varietà dei loro contenuti, (...) conferisce alla materia disciplinata un connotato di sostanziale unitarietà*”.

Il richiamo ai “*frammenti*” potrebbe costituire un’imprecisione lessicale, o piuttosto, il frutto di uno slancio di creatività lessicale, privo di significato sul versante giuridico⁹. Al contempo, dalla lettura della sent. n. 35/1985¹⁰ emergono talune perplessità: la Corte costituzionale afferma che il sindacato di ammissibilità opera sulla “*ricostruzione delle norme formanti l’oggetto del quesito referendario*”. In tale circostanza, dunque, il Giudice delle Leggi non parla né di “*disposizione*” né di “*frammenti*”, ma di una individuazione dell’oggetto del quesito referendario tramite una rielaborazione delle norme riportate e di quelle mancanti. Una posizione definitiva è assunta dalla Corte costituzionale con la sent. n. 47/1991¹¹: in quanto quest’ultima non solo richiama il termine “*frammenti*”, ma addirittura ritiene doveroso tale *modus proponendi*. Occorre evidenziare come la sentenza in commento permetta di affrontare due ambiti di analisi: in primo luogo, si pone la questione inerente all’assoggettabilità della materia elettorale al fenomeno dell’abrogazione parziale, e conseguentemente, della distinzione tra leggi costituzionalmente obbligatorie e leggi a contenuto costituzionalmente obbligatorio; in secondo luogo, quella relativa alla possibilità di definire e ammettere una fattispecie referendaria “*propositiva*”, ove l’esito favorevole di un quesito referendario induca alla ricostruzione di una normativa di risulta. In tale periodo storico, la Consulta continua ad avvalersi dei criteri di ammissibilità

⁹ Come osservato da V. G. C. MARCENÒ, *Il concetto di abrogazione parziale. Raffronto tra l’abrogazione legislativa e l’abrogazione referendaria*, in *Referendum abrogativo e reviviscenza. Nomos-Le attualità del diritto*, 2011, 341-342.

¹⁰ Corte cost., 7 febbraio 1985, n. 35.

¹¹ Corte cost., 2 febbraio 1991, n. 47. S. BARTOLE, *Coerenza dei quesiti referendari e univocità della normativa di risulta*, in *Giur. cost.*, 1991, 334, sostiene che intervenire sulle leggi elettorali con lo strumento referendario “è come pretendere di sostituire il coltello del macellaio al bisturi del chirurgo”.

predisposti con la sent. n. 16/1978, e specialmente del limite logico dell'omogeneità del quesito referendario, senza scorgere i particolari effetti scaturenti da richieste di referendum manipolativi¹². A partire dalla sent. n. 47/1991, la Corte inizia a riservare attenzione alla questione degli effetti manipolativi derivanti da taluni quesiti e dei relativi effetti innovativi nel campo della legislazione. Tuttavia, la Corte ricorre nuovamente al principio della chiarezza, univocità ed omogeneità dei quesiti referendari; di conseguenza, si arriva a dichiarare ammissibili, in quanto omogenei, numerosi referendum manipolativi, tra cui il referendum avente ad oggetto la legge elettorale del Senato. Nella sent. n. 32/1993¹³, infatti, la Corte costituzionale sostiene che, se il quesito rispetta i presupposti della matrice razionalmente unitaria e dell'auto-applicabilità della normativa di risulta, è *“di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi prive di autonomo significato normativo, laddove “l'uso di questa tecnica è imposto dall'esigenza di “chiarezza, univocità e omogeneità del quesito” e di “una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative”, sì da consentire agli elettori l'espressione di un voto consapevole”*. Seguendo tale approccio, la Corte introduce un elemento di tensione tra il criterio della *“parzialità”* e quello della *“non manipolatività”* dei quesiti: se in materia elettorale sono consentiti esclusivamente ipotesi di referendum parziali *“è del tutto normale che l'abrogazione referendaria determini una modificazione sostanziale del significato complessivo dell'ordinamento”*, pena altrimenti lo svuotamento di significato dell'istituto di cui all'art. 75 Cost.

Il problema dei quesiti manipolativi è affrontato per la prima volta in via diretta con la sent. n. 36/1997¹⁴. In tale vicenda, la Corte costituzionale assume un atteggiamento più restrittivo, senza però arrivare ad una chiusura totale nei confronti di tutti i quesiti manipolativi. In concreto, il Giudice delle Leggi giunge a distinguere tra quesito manipolativo *“ammissibile”* (limitato a *“ricavare”* dalla disciplina già sussistente la normativa di risulta) e quesito manipolativo inammissibile (finalizzato a concepire una disciplina *“nuova”* ed *“estranea”* a quella vigente). Entrando nello specifico, la Consulta afferma *“il fine oggettivato nella richiesta referendaria appare perseguito in modo inammissibile, in quanto contrario alla logica dell'istituto, giacché si adotta non una proposta referendaria ablativa, bensì una innovativa e sostitutiva di norme”*. Nell'ottica del giudice

¹² In senso contrario al referendum abrogativo, si sono espressi G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984, 193 ss.; C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno dell'A.I.C. *“Democrazia maggioritaria e referendum”*, 3-4 novembre, Siena, 1993, 1-19; G. BERTI, *Abuso del referendum e tutela della funzione parlamentare*, in AA. VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 5-6 giugno, Giuffrè, Milano, 1998, 138 ss.; A. PIZZORUSSO, *Anomalie ed incongruenze della normativa costituzionale ed ordinaria in tema di referendum abrogativo*, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, 113 ss. In senso favorevole, si veda F. SORRENTINO, *L'ammissibilità dei referendum manipolativi*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, 193 ss.

¹³ Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 32. Per un'analisi, si veda G. FLORIDIA, *Referendum elettorale e difetti della normativa di risulta: “inconvenienti” vs “impedimenti”*, in *Giur. Cost.*, 1993.

¹⁴ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 36. Sulla sentenza, si veda R. CALVANO, *Il falso problema dei referendum manipolativi*, in *Giur. cost.*, I, 1997, 332 ss.

costituzionale, l’inammissibilità discende dal fatto che la nuova disciplina non si sarebbe prodotta dalla “*estensione di preesistenti norme o dal ricorso a forme autointegrative*”, ma sarebbe stata “*costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei*”.

Tale orientamento trova riscontro nella successiva sent. n. 39/1997¹⁵, con la quale si riconosce l’ammissibilità di abrogazioni parziali, purché esse mantengano “*un coerente e consequenziale effetto sottrattivo di norme dalla legge nella quale le “parti” [...] da sopprimere sono inserite*”. Ennesima conferma è rinvenibile nella sent. n. 13/1999¹⁶, il cui la Consulta esclude il “*carattere manipolativo o surrettiziamente propositivo*”, in quanto “*esso [...], abrogando parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, [...] non la sostituisce con un’altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, [...] ma utilizza un criterio specificatamente esistente (sia pure residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del referendum*”.

La giurisprudenza costituzionale giunge così alla sostanziale definizione del seguente principio: un quesito è ammissibile ove consenta un’alternativa tra la disciplina in “atto” e la normativa “in potenza”. A tal riguardo, appare doveroso riportare il pensiero di quella parte della dottrina secondo la quale il Giudice delle Leggi, nel dichiarare ammissibili quesiti molto simili a quelli antecedentemente rigettati, sarebbe precipitato in una contraddizione volta a “*conciliare l’inconciliabile*”¹⁷.

La Corte ribadisce l’orientamento giurisprudenziale maturato al riguardo nella più recente sent. n. 26/2017¹⁸. Il Giudice delle Leggi sanziona come inammissibile l’operato dei promotori che, incidendo con la c.d. tecnica del ritaglio sull’art. 18, comma 8, della legge n. 300 del 1970, avrebbero puntato all’effetto “*in caso di esito favorevole del referendum, di applicare la tutela reale a qualunque datore di lavoro che occupa, complessivamente, più di cinque dipendenti*”, con la conseguenza di introdurre “*limite minimo che non ha mai operato nel nostro ordinamento a tal fine, se non con riferimento al caso peculiare dell’imprenditore agricolo*”. Il carattere propositivo dell’atto di legiferazione popolare lo renderebbe “*estraneo alla funzione meramente abrogativa assegnata all’istituto di democrazia diretta previsto dall’art. 75 Cost.*”.

¹⁵ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 39.

¹⁶ Corte cost., 28 gennaio 1999, n. 13. Su tale decisione, si veda G. BRUNELLI, *La Corte e la valutazione del tasso di “novità” della normativa di risulta nella sentenza n. 12 del 1999*, in *Giur. cost.*, 1999, 140 ss.

¹⁷ Così, F. MODUGNO, *Ancora una rassegna sull’ammissibilità dei referendum abrogativi, dopo vent’anni*, in *Giur. cost.*, 2001, 1799.

¹⁸ Corte cost. 27 gennaio 2017, n. 26. Per un commento, si veda V. COCOZZA, *Il quesito referendario sull’art. 18, legge n. 300/1970 è veramente propositivo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017; V. BALDINI, *La variabile ammissibilità (stavolta, negata...) del referendum abrogativo “a valenza propositiva”*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2017; A. ARENA, *Brevi considerazioni sulla discrezionalità del legislatore e sulla legge del mercato (a partire dalla lettura della sent. n. 26 del 2017)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2017.

3. Il quesito referendario volto – almeno nell'intenzione dei promotori – ad introdurre una disciplina relativa all'eutanasia attiva in Italia è pubblicato il 21 aprile 2021¹⁹. In realtà, il quesito, pur presentato come un “*Referendum per l'eutanasia legale*”, ha ad oggetto esclusione dall'area del penalmente rilevante di tutte quelle condotte generalmente riconducibili all'omicidio del consenziente. È necessario – a giudizio di chi scrive – sciogliere i dubbi sulla natura abrogativa del quesito referendario (inammissibile) ovvero sul suo dar vita a una mera abrogazione parziale (ammissibile).

Occorre partire dal presupposto che la c.d. tecnica del ritaglio “*non è di per sé causa di inammissibilità del quesito*”²⁰. Tale circostanza si verifica solo quando la normativa di risulta è frutto di una costruzione “innaturale”.

È innegabile che il quesito sull'art. 579 c.p. sia stato oggetto di numerosi interventi, dai quali scaturisce la seguente disposizione: “*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso*” contro un soggetto vulnerabile (minore, infermo di mente, in condizione di deficienza psichica) o il cui consenso sia stato estorto ovvero carpito. Tuttavia, esso si focalizza su un unico reato, disciplinato dall'articolo oggetto del referendum, puntando alla rimozione di una serie di disposizioni autonome in esso presenti. Il carattere propositivo di tale quesito risulta conforme alla struttura tipica dell'abrogazione parziale (ammissibile). In sintonia con l'orientamento della Corte costituzionale, si tende ad “*abrogare parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore senza sostituire a essa una disciplina estranea allo stesso contesto normativo*” (sent. n. 36/1997), costruendo “*una nuova norma mediante la saldatura di frammenti lessicali eterogenei*”²¹.

Il ritaglio comporta solo la “*riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo*” e allo stato attuale “*compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum*” (sent. n. 13/1999). Da ciò emerge che lo scopo è quello di abolire esclusivamente un divieto penale, in modo tale da consentire una condotta fino ad oggi vietata.

Come già espresso, si ritengono ammissibili i quesiti, che introducono delle modifiche del sistema normativo, comunque, riconducibili a “*scelte già operate dal legislatore, anche se destinate ad assumere forme e dimensioni assai diverse da quelle originariamente previste nella legislazione incisa dal voto popolare*”²². In ragione di una tale “riconducibilità”, gli stessi risultano compatibili con la funzione meramente ablativa assegnata alla deliberazione referendaria: “*la priorità dell'effetto abrogativo sarebbe garantita dalla circostanza che nessun principio regolativo verrebbe introdotto ex nihilo dalla decisione popolare*”²³.

¹⁹ Sull'incongruenza tra intenzione dei promotori ed effetto giuridico del referendum, si veda F. PARUZZO, *Referendum abrogativo sull'eutanasia legale. Tra (in)ammissibilità del quesito e opportunità dello strumento referendario*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, 107-113.

²⁰ Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 28.

²¹ Così, in particolare, Corte cost. 26 gennaio 2011, n. 26.

²² Così, L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., 22.

²³ Così, G. BARCELLONA, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma. Il referendum come opposizione e norma*, Franco Angeli, Milano, 2016, cit., 120.

In definitiva, il quesito non sembra presentare un carattere manipolativo di disposizioni vigenti, bensì una portata demolitoria. Tuttavia, la questione necessita di essere affrontata con prudenza²⁴, dal momento che il limite della manipolatività rappresenta un criterio “ambiguo” e “squilibrato” all’interno della mutevole giurisprudenza costituzionale in materia referendaria.

A prescindere da ciò, le urgenze – a parere di chi scrive – appaiono altre; merita senz’altro precedenza il tema della disponibilità/indisponibilità della vita. In linea con i precedenti, il referendum abrogativo in commento sembra offrire un’unica certezza, “l’incertezza del suo esito”²⁵.

²⁴ Sul punto, R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori ? Il problema dell’ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Giappichelli, Torino 1999, 7 ss., osserva che “la prudenza è, innanzitutto, guardare avanti e controllare la direzione in cui si sta procedendo”.

²⁵ Così, A. PUGIOTTO, *Il Referendum per l’eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, cit., 2021.

LE RAGIONI DELLA INAMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM ABROGATIVO SULL'ART. 579 C.P.

di CARMELO DOMENICO LEOTTA*

SOMMARIO. 1. Il testo vigente dell'art. 579 c.p. – 2. I requisiti *de jure condito* per accertare la volontà di morte della vittima. – 3. L'incertezza circa gli effetti dell'eventuale abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. – 4. L'incompatibilità della proposta referendaria con lo standard costituzionale di tutela della vita. – 5. L'esorbitanza degli eventuali effetti del referendum abrogativo rispetto alla legalizzazione dell'eutanasia. Conseguente decisione dell'Ufficio Centrale per il referendum del 15 dicembre 2021. – 6. Conclusioni.

1. Il testo vigente dell'art. 579 c.p. sanziona il delitto di omicidio del consenziente, che consiste nel cagionare la morte di una persona con il suo consenso. Si tratta di una fattispecie speciale di omicidio volontario che il legislatore del 1930 punisce meno severamente della fattispecie generale dell'art. 575 c.p. La riduzione della pena (reclusione da 6 a 15 anni, anziché reclusione non inferiore ad anni 21) si giustifica non tanto per una *deminutio* del valore del bene offeso, che è sempre la vita umana, bensì per una variazione della colpevolezza dell'autore del reato, il quale asseconda la volontà della vittima di porre fine alla propria vita¹.

L'art. 579 c.p., così come il successivo art. 580 c.p. (istigazione e aiuto al suicidio), è espressione nell'ordinamento giuridico italiano del principio di indisponibilità della vita, che pur non impedisce una variazione della pena per l'autore dei delitti in questione². Come si legge, infatti, nella Relazione ministeriale del Progetto del Codice Rocco: «*il principio di indisponibilità del bene della vita non può far disconoscere l'influenza, veramente notevole, che il consenso della vittima esercita nell'apprezzamento del dolo in genere e della personalità del colpevole*»³.

Il trattamento sanzionatorio più lieve rispetto alla disciplina ordinaria dell'omicidio volontario è confermato dalla previsione dell'art. 579, co. 2, c.p., che esclude l'applicabilità delle circostanze aggravanti comuni dell'art. 61 c.p. Neppure possono applicarsi le aggravanti degli art. 576 e 577 c.p. dettate per l'omicidio volontario, trattandosi di circostanze speciali riferite a tale ultimo delitto. L'art. 579, co. 3, c.p. prevede, coerentemente con la previsione del co. 1, che torni ad applicarsi l'art. 575 c.p. quando l'omicidio del consenziente è commesso nei confronti di un

* Associato di Diritto penale, Università degli Studi Europea di Roma

¹ In senso parzialmente diverso F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte spec. I, Delitti contro la persona*, VII ed., Cedam-WKI, Padova-Milano, 2019, 126, ritiene che nell'omicidio del consenziente sia minore anche l'offensività del fatto per assenza dell'offesa alla libera volontà della vittima. Nello stesso senso G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte spec. II, 1*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2020, 53.

² Cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte spec. I*, cit., 126.

³ Relazione ministeriale del Progetto del cod. pen., III, 373.

minore di 18 anni; di persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica, per altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; di persona, alla quale l'autore del delitto abbia estorto il consenso con violenza, minaccia o suggestione, ovvero lo abbia carpito con inganno. In tali circostanze il consenso non è liberamente prestato, ovvero è prestato da persona cui l'ordinamento non riconosce una maturità intellettuale/volitiva tale da poter manifestare una volontà efficace.

2. Il consenso della vittima, elemento costitutivo del reato di omicidio del consenziente, non implica necessariamente nella previsione dell'art. 579 c.p. un atto di "richiesta" di morte come invece prevede il codice penale tedesco (§ 216 StGB). Pertanto, secondo un'interpretazione autorevole della nostra dottrina, a integrare la fattispecie «*basta il "permesso", e cioè un atto di volontà del soggetto passivo che autorizzi l'azione*»⁴. Si tratta di una precisazione rilevante anche ai fini del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo che la Corte costituzionale sarà chiamata a rendere; infatti, come meglio si dirà, l'eventuale abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. porterebbe alla non punibilità di fatti di omicidio commessi nei confronti non solo di chi richiede l'eutanasia, ma anche di quanti, al di fuori di qualunque procedura, si limitano ad accogliere il consiglio (se non la proposta) di terzi.

Ciò detto, occorre notare come, *de jure condito*, la giurisprudenza sia assai rigorosa ed esigente nel valutare se la vittima abbia prestato in modo valido la volontà di morire, in assenza della quale colui che commette l'omicidio risponde di omicidio volontario. Così, ad es., in una decisione relativa al tragico omicidio della moglie malata commesso dal di lei marito, la Corte di cassazione confermava la condanna per omicidio volontario non risultando che la vittima, durante la fase di lucidità, riconducibile a epoca remota, avesse espresso una scelta certa di voler essere uccisa per porre fine alle proprie sofferenze. La Corte ribadiva che, per dirsi integrato l'omicidio del consenziente, è necessario che il consenso della vittima sia serio, esplicito, non ambiguo e perdurante sino al momento della commissione del fatto, in modo da esprimere un'evidente volontà di morire, la cui prova deve essere univoca, chiara e convincente in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile ad opera di terzi⁵. Analogo principio è stato espresso l'anno prima, allorquando la stessa sezione della Corte di cassazione, con riferimento al caso di un uomo che aveva ucciso la moglie e il figlio disabile, affermava che per dirsi integrato l'omicidio del consenziente è necessario che il consenso della vittima sia il frutto di una deliberazione pienamente consapevole, non inquinata da un deficit mentale di natura patologica, poiché deve sempre prevalere il diritto alla vita riconosciuto come inviolabile dall'art. 2 Cost., che non può attribuire a terzi il potere di disporre, in base alla propria percezione della qualità della vita altrui, dell'incolumità e dell'integrità fisica di un'altra

⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte spec.*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2016, I, p. 39.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2018, n. 747.

persona⁶. Ancora: in un caso di morte di una donna provocata dal figlio per soffocamento, essendo risultata una resistenza dalla vittima messa in atto negli ultimi momenti prima di morire, si è ritenuta priva di effetti, ai fini della integrazione del consenso, la circostanza che la donna avesse ripetutamente manifestato la volontà di morire, stante il fisiologico scoramento connesso alla sua condizione di anzianità e malattia⁷. Parimenti si è detto che non possono valere a ritenere provata l'integrazione di un valido consenso né le generiche invocazioni della vittima affinché cessi la propria sofferenza né l'auspicio dalla stessa espresso per l'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento dello Stato⁸. Nessun dubbio, poi, che il fatto non possa essere qualificato come omicidio del consenziente se il soggetto passivo è affetto da una patologia psichica che incide sulla piena e consapevole formazione del consenso⁹. Invero, la preclusione a sussumere il fatto sotto l'art. 579 c.p. discende in tal caso direttamente dalla previsione del co. 3 dello stesso articolo.

La giurisprudenza è, dunque, restia ad ammettere la qualificazione come omicidio del consenziente dei fatti di omicidio della persona che abbia espresso anche reiteratamente il desiderio di morire. Tale tendenza, espressione di un *favor vitae*, è stata talora invocata, da parte dei sostenitori del referendum abrogativo dell'art. 579 c.p., per stigmatizzare il carattere simbolico della norma in questione, che non troverebbe alcuna applicazione pratica. L'argomento è suggestivo e sembra quasi voler rassicurare gli oppositori al referendum circa l'assenza, sul piano della tutela della vittima, di effetti pregiudizievoli che discenderebbero dall'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.. Quasi come a dire che si sta eliminando una norma inutile perché non applicata. L'argomento è, come si diceva, suggestivo, ma non è coerente né rispetto alla finalità politico-legislativa perseguita dai proponenti il referendum, vale a dire quella di dare efficacia scriminante al consenso della vittima uccisa, né rispetto alla natura dell'art. 579 c.p. che detta una norma speciale di favore, in assenza della quale sarebbe applicato il più grave delitto di omicidio volontario. In particolare, vi sarebbe da domandare a chi sostiene il carattere simbolico dell'art. 579 c.p. perché impiegare tante risorse per fare una consultazione referendaria per eliminare una norma che si ritiene disapplicata.

3. Venendo ora a trattare degli effetti dell'abrogazione parziale che i promotori del referendum intendono apportare all'art. 579 c.p., occorre dire che il quesito interviene sui tre commi che compongono l'attuale art. 579 c.p., eliminando al co. 1 le parole «la reclusione da sei a quindici anni.»; l'intero comma 2; e al comma 3 le parole «Si applicano». All'esito dell'abrogazione, l'art. 579 c.p. risulterebbe, dunque, così formulato:

⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 26 maggio 2017, n. 3392.

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 13 novembre 2013, n. 37246. Circa la necessità della perduranza del consenso nel momento in cui viene eseguito l'atto esiziale cfr. anche Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2008, n.32851.

⁸ Cfr. Cass. pen. sez. I, 17 novembre 2010, n. 43954.

⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2008, n. 13410.

Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con-~~la~~ reclusione da sei a quindici anni.

Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

Si applicano 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.*

L'intenzione dichiarata dei proponenti è di escludere la punibilità per la fattispecie di omicidio del consenziente oggi punita con la reclusione da 6 a 15 anni dall'art. 579, comma 1, c.p. L'articolo, se parzialmente abrogato, si limiterebbe così a prevedere che l'omicidio del consenziente minore di anni 18, o infermo di mente, o in condizioni di deficienza psichica, o vittima di un consenso viziato sia punito, come avviene tuttora, con le pene previste per l'omicidio volontario.

Nel prosieguo si svolgeranno talune considerazioni a proposito della incompatibilità tra l'effetto abrogativo perseguito e l'impianto personalistico che informa il nostro ordinamento penale. Dapprima, tuttavia, vi è da domandarsi se davvero, in caso di vittoria del "Sì", l'*abolitio criminis* della fattispecie di omicidio del consenziente (fuori dai casi di vittima vulnerabile del comma 3) sia l'effetto certo sul piano delle fonti. Infatti, la vittoria dei "Sì" comporterebbe l'abrogazione di una fattispecie di omicidio volontario la quale, come si diceva in apertura, è pacificamente ritenuta speciale rispetto alla fattispecie generale di cui all'art. 575 c.p. A dispetto delle intenzioni dei proponenti, non può non tenersi conto che, per costante orientamento di legittimità, qualora si abroghi una fattispecie speciale, in applicazione dell'art. 2 c.p., non si realizza un'*abolitio criminis*, bensì una successione di leggi penali nel tempo con riespansione della fattispecie generale¹⁰. La sentenza delle Sezioni unite n. 24468/2009, pur esprimendosi in materia di reati fallimentari, ha avuto modo di ricordare che, proprio per i delitti di omicidio, un effetto di abrogazione della fattispecie speciale e di contestuale espansione del perimetro applicativo della fattispecie generale si è verificato per l'omicidio a causa d'onore, con la legge 10 agosto 1981, n. 442: l'abrogazione dell'art. 587 c.p., come ben noto, non ha comportato un'*abolitio* della figura delittuosa dell'omicidio a causa d'onore, ma quello di una sua punibilità sotto l'art. 575 c.p., che prevede la fattispecie generale di omicidio volontario.

Alla luce di quanto ora detto, è dunque da stigmatizzare l'opzione praticata dai promotori del referendum che, per raggiungere l'obiettivo di legalizzare una certa disciplina sul fine vita, ricorrono ad uno strumento che, in virtù dei rapporti tra gli artt. 575 e 579 c.p., è tecnicamente inadeguato e perciò foriero di gravi incertezze sulla normativa di risulta.

La questione ora proposta porta con sé conseguenze di prim'ordine anche ai fini del giudizio di ammissibilità del quesito che appare invero gravemente carente

¹⁰ Ad es. cfr. Cass. pen., S.U., 26 febbraio 2009, n. 24468.

nella chiarezza, richiesto a pena di inammissibilità dalla giurisprudenza costituzionale¹¹. Solo se il quesito è semplice e chiaro, infatti, colui che si reca a votare esercita la libertà di voto potendo conoscere con certezza gli effetti della propria scelta nella partecipazione, (o nell'astensione) alla consultazione referendaria.

I rilievi qui esposti, che ancora prescindono, come si diceva poco sopra, da considerazioni di tipo sostanziale sulle quali si dirà *infra*, pongono in evidenza una prima fondamentale ragione di *inammissibilità* del quesito referendario sull'art. 579 c.p., che deriva dall'incertezza degli effetti sulla punibilità nel caso in cui l'articolo sia sottoposto con successo alla proposta di abrogazione parziale.

4. Lasciando sullo sfondo la questione della carenza di chiarezza del quesito, si procederà ora nel valutare se l'effetto, ove tecnicamente possibile, perseguito dai proponenti del referendum, di *abolitio* della fattispecie di omicidio del consenziente capace e maggiore di età – vale a dire fuori dai casi di cui all'art. 579 comma 3 c.p. – sia compatibile con lo standard costituzionale di tutela del diritto alla vita. Nel procedere in tale disamina, occorre considerare come la Corte costituzionale, in particolare con la sentenza 30 gennaio 1997 n. 35, in relazione alla proposta di quesiti referendari relativi alla legge 22 maggio 1978, n. 194, abbia ribadito quanto già affermato dalla sentenza 2 febbraio 1978 n. 16, a proposito della necessità, nel giudizio di ammissibilità del referendum, di un vaglio di compatibilità tra il quesito referendario e i valori di rango costituzionale che dal quesito (o dai quesiti) sono coinvolti.

Il giudice delle leggi, con la decisione del 1997, ribadiva, pertanto, che oltre alle ragioni di inammissibilità del referendum previste espressamente dall'art. 75, comma 2, Cost., sussistono «*precise ragioni costituzionali di inammissibilità, tra le quali si iscrive la non abrogabilità delle disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato*». Tra queste rientra «*la categoria delle leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione*». Si tratta, dunque, di capire se la previsione incriminatrice di cui all'art. 579, comma 1, c.p., possa qualificarsi come norma di tutela minima.

Per svolgere il giudizio si devono prendere le mosse proprio dalla decisione della Corte costituzionale 25 settembre 2019, n. 242 che ha dichiarato, nel procedimento incidentale di costituzionalità nel processo Cappato, la parziale illegittimità per violazione degli art. 2, 13, 32, comma 2, Cost. dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del suicidio, «*autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente*».

¹¹ Per tutti cfr. C. cost., 2 febbraio 1978, n. 16.

Il richiamo alla sent. n. 242/2019 non deve, ovviamente, indurre a ritenere che l'iniziativa referendaria riguardi le medesime norme su cui si è espressa la Corte costituzionale, la cui decisione ha investito, come noto, la sola fattispecie di aiuto al suicidio (e, quindi, neppure l'istigazione, anch'essa punita dall'art. 580 c.p.). Tuttavia, la motivazione della sent. n. 242/2019, ancorché la decisione sia nella sostanza criticabile perché introduttiva di un criterio di parziale disponibilità della vita (circoscritto alla sussistenza delle quattro condizioni indicate nel dispositivo), ha enunciato (come già l'ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207) taluni principi fondamentali in materia di tutela della vita a fronte di una volontà dispositiva del suo titolare che, se valgono per l'aiuto e l'istigazione al suicidio, a maggior ragione devono valere per l'omicidio del consenziente.

Anzitutto, per la Corte costituzionale, l'art. 2 Cost., così come l'art. 2 CEDU, fonda il «*dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire*». Nella giurisprudenza della Corte EDU, si afferma, in termini aderenti, che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non deriva il diritto di rinunciare a vivere, cioè il diritto a morire (sentenza 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito). Ne discende che la condotta di aiuto al suicidio non è inoffensiva; la pretesa inoffensività neppure può discendere, secondo C. cost., n. 242/2019, dall'autodeterminazione individuale riferita al bene della vita. La *ratio* dell'art. 580 c.p. è, infatti, tutelare il diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, «*che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo 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*». Ricostruita la *ratio* di tutela su cui si fonda l'incriminazione delle due fattispecie di cui all'art. 580 c.p. (istigazione e aiuto al suicidio) e ribadita, secondo quanto si legge in sentenza, la «*perdurante attualità*» di tali incriminazioni, occorre considerare che la condotta di omicidio del consenziente rappresenta un'ipotesi criminosa limitrofa a quelle dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – tutte i fatti in questione sono offensivi del bene vita dell'aspirante suicida – ma di maggiore gravità. Nell'omicidio del consenziente, infatti, il soggetto attivo del reato non partecipa semplicemente (a titolo morale o materiale) al fatto del suicidio commesso dalla vittima, ma sopprime la persona con il consenso della stessa. Stante la maggior gravità dell'omicidio del consenziente, l'art. 579 c.p. prevede una pena più severa (reclusione da 6 a 15 anni) di quella dell'art. 580 c.p. (reclusione da 5 a 12 anni).

Alla luce del richiamo alla sentenza costituzionale in materia di art. 580 c.p. e tenuto conto del rapporto tra le fattispecie di cui rispettivamente all'art. 580 e all'art. 579 c.p., l'abrogazione parziale di quest'ultimo articolo che, almeno secondo le intenzioni dei proponenti, è volta a rendere non punibile l'omicidio del consenziente fuori dai casi di incapacità o minore età della vittima o di consenso viziato, si rivela assolutamente incompatibile con «*il dovere dello Stato – richiamato da C. cost., n. 242/2019 – di tutelare la vita di ogni individuo*» per adempiere il quale, se è irrinunciabile la tutela accordata dall'art. 580 c.p. (fuori dai

casi indicati nel dispositivo), *a fortiori* lo è quella accordata contro i più gravi fatti previsti dall'art. 579 c.p. Per tale ragione, il quesito è senz'altro inammissibile perché priva l'aspirante suicida della tutela minima accordatagli dalla Carta costituzionale.

5. I proponenti del referendum, perseguendo la finalità (comunque, a parere di chi scrive, incompatibile con l'impianto costituzionale) di rendere legale l'eutanasia attiva, hanno scelto uno strumento non solo inadeguato dal punto di vista tecnico (perché, come si è cercato di evidenziare, abrogare l'art. 579 c.p. non avrebbe, a rigore, un effetto di *abolitio*, ma di successione, peraltro peggiorativa per l'autore del reato, di leggi penali nel tempo. Parimenti si tratta di uno strumento inadeguato perché sproporzionato per eccesso rispetto allo scopo (cioè, appunto, la legalizzazione dell'eutanasia). Infatti, abrogare parzialmente l'art. 579 c.p., ove effettivamente ne discenda un'*abolitio* parziale dell'omicidio del consenziente, non ha come effetto principale rendere legale l'eutanasia, bensì quello di privare di sanzione penale l'atto del cagionare la morte del consenziente da parte di chiunque commetta tale atto e con qualsiasi modalità (al di fuori delle ipotesi residuali dell'attuale comma 3). Nessuna procedura di formazione e acquisizione del consenso sarebbe prevista né alcuna qualifica professionale soggettiva dell'autore dell'atto di morte. Infine, non punire chi uccide il consenziente è ipotesi ben più ampia di un'eventuale esenzione da pena di cui si avvantaggi chi uccide il richiedente. Come si diceva poco sopra, il legislatore del 1930 ha, infatti, tipizzato l'omicidio punito dall'art. 579 c.p. assegnando rilevanza penale al consenso della vittima e non, in termini più pregnanti, alla sua richiesta di morte. Evidente che il consenso sia categoria più ampia della richiesta, come ben metteva in luce, in tempi non sospetti, l'Antolisei (v. *supra*). All'esito di un'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., pertanto, certamente non sarebbe punibile neppure chi proponesse o consigliasse altri di farsi uccidere, laddove la vittima aderisse all'altrui proposta. Tralasciando ogni altra considerazione di merito, una simile soluzione porrebbe, peraltro, gravissimi problemi interpretativi a proposito del rapporto tra simili condotte non punibili e quella di istigazione al suicidio, della cui meritevolezza di pena, stando alle posizioni di C. cost. n. 242/2019, non è lecito dubitare.

Della fondatezza dei rilievi qui svolti circa l'esorbitanza degli effetti abrogativi sull'art. 579 c.p. rispetto alla finalità perseguita di legalizzare l'eutanasia attiva si trova conferma nella decisione assunta dall'Ufficio Centrale per il referendum della Corte di cassazione che, stabilendo «la denominazione della richiesta di referendum da riprodurre nella parte interna delle schede di votazione, al fine dell'identificazione dell'oggetto del referendum», ai sensi dell'art. 32, ult. comma, legge 25 maggio 1970, n. 352, ha ritenuto «che la denominazione del quesito proposta dai promotori non sia conforme allo strumento di democrazia partecipativa rappresentato dal referendum» e ha, infine, assunto la seguente, omettendo ogni riferimento al tema dell'eutanasia: «*Abrogazione parziale dell'art. 579 cod. pen. (omicidio del consenziente)*».

6. Conclusivamente, il quesito referendario è inammissibile per almeno tre ragioni: carenza di chiarezza del quesito e degli effetti dell'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.; incompatibilità degli effetti di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. con lo standard di tutela minima della vita della persona e, specificamente, dell'aspirante suicida; esorbitanza degli effetti di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. rispetto alla legalizzazione dell'eutanasia.

IL LIMITE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE (A PROPOSITO DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.)

di FEDERICO LOSURDO*

SOMMARIO. 1. Tra diritto di morire e dovere di vivere. - 2. Diritto all'autodeterminazione e dignità umana. - 3. Diritto di rifiutare le cure e libertà di morire. - 4. Osservazioni conclusive sull'ammissibilità del referendum.

1. Nell'epoca in cui la tecnica si è impossessata della nuda vita dell'uomo¹, la contesa sul contenuto dei diritti umani non coinvolge più solo l'irrisolta tensione tra diritti di libertà e diritti sociali. Gli stessi diritti di libertà hanno perso la loro 'autoevidenza' ed 'innocenza', come testimonia emblematicamente la disputa sul fine vita; una disputa contraddistinta dal ricorso al *meta-valore della dignità umana*, o per sostenere la legittimità in qualsiasi circostanza dell'eutanasia attiva e passiva, o, al contrario, per predicarne il divieto assoluto.

La contesa sul fine vita è giunta recentemente all'attenzione del giudice delle leggi. Nel tragico caso 'Antoniani-Cappato', la Corte costituzionale ha, come noto, pronunciato una sentenza interpretativa che ha 'riformulato' la norma dell'art. 580 c.p., statuendo che l'assistenza materiale al suicidio (caso diverso è l'istigazione morale) non configura reato, quando ricorrono alcune condizioni di estrema sofferenza psico-fisica². Oggi la Consulta, anche sulla base di questo *dictum*, un ineludibile parametro ermeneutico se si vuole preservare la coerenza dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, sarà chiamata a giudicare l'ammissibilità del referendum che propone un'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. relativo alla fattispecie dell'omicidio del consenziente.

In via preliminare, occorre ricordare che l'ordinamento italiano è contraddistinto, da un lato, dal *principio consensuale* rispetto ad ogni trattamento sanitario, salvo nei casi stabiliti tassativamente dalla legge (art. 32, comma 2) e, dall'altro, dal *principio dell'indisponibilità della vita* per mano altrui (art. 579 c.p. e 580 c.p. secondo la riformulazione della Consulta).

A giudizio di chi scrive, il nodo gordiano continua ad essere il rapporto dialettico tra *diritto all'autodeterminazione e dignità umana*. A prezzo di qualche semplificazione giustificata in questa sede, si possono enucleare due distinte, ma non necessariamente contrapposte, impostazioni giuridico-dogmatiche. Quella che postula che il diritto all'autodeterminazione si *identifichi naturalmente* con la dignità umana. E quell'impostazione che postula che la dignità umana possa, in

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Urbino-Carlo Bo

¹ M. REVELLI, *Umano Inumano, Postumano. Le sfide del presente*, Einaudi, Torino, 2021.

² E, segnatamente, che la persona sia: «(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» (sent. n. 242/2019 e ord. n. 207/2018).

certe circostanze, costituire un *limite* all'esercizio del diritto all'autodeterminazione³.

La prima impostazione tende a una *soggettivizzazione della dignità umana* il cui contenuto dipende da valutazioni individuali, fino a teorizzare, nella sua declinazione radicale, un astratto e 'infelice' *diritto di morire*. La seconda impostazione tende invece ad una *oggettivizzazione* della dignità umana il cui contenuto finisce per coincidere con doveri di contenuto etico e religioso, fino a configurare, nella sua declinazione radicale, un non meno astratto e incoercibile *dovere di vivere*.

Entrambe le impostazioni finiscono per sottovalutare l'essenziale ed ineliminabile dimensione della *relazionalità* dell'esistenza umana, nella misura in cui l'una risolve l'autodeterminazione nella libertà di coscienza; l'altra finisce per difendere il valore intrinseco della *vita biologica*, dimenticando che quest'ultima assume senso compiuto, solo se non viene disgiunta dalla *vita biografica* della persona.

È probabile che il Giudice delle leggi, la cui composizione rispecchia istituzionalmente una pluralità di visioni culturali, anche in questa circostanza non aderirà pienamente a nessuna delle due etiche 'militanti': né a quella della *qualità della vita* che postula una sovranità intangibile della persona sul proprio *bios*; né a quella della *sacralità della vita* che postula l'esistenza di astratti doveri di carattere morale e religioso.

2. La risalente contesa in ordine alla disponibilità della vita si dipana al crocevia tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. Secondo una dottrina autorevole, dal riconoscimento del diritto di rifiutare le (e di rinunciare alle) cure, sancito dall'art. 32, comma 2, Cost., si ricaverebbe, in forza del collegamento ermeneutico con l'art. 13 Cost. che tutelerebbe anche la «generale libertà morale della persona», un *omnicomprensivo* diritto all'autodeterminazione intorno alla propria vita⁴.

In tale maniera, si compirebbe un processo di integrale soggettivazione della dignità, la quale troverebbe esclusivamente «nella persona il luogo della sua determinazione». La vita finirebbe per avere valore solo nella misura della coscienza di chi la vive. E qualora l'individuo la ritenga priva di adeguata qualità, la sua scelta autonoma di privarsene dovrebbe prevalere e ogni vincolo morale ulteriore dovrebbe, sul piano giuridico, recedere⁵.

L'impostazione che dal riconoscimento del diritto di rifiutare le cure trae il corollario del diritto di morire è stata criticata da un'altra non meno autorevole dottrina non solo con riferimenti che attengono alla *ratio* originaria dell'art. 32, comma 2, ma soprattutto evidenziando le ragioni costituzionali che impediscono di

³ Sia consentito il rinvio al nostro *L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, in *Koreuropa*, n. 12, 2018.

⁴ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l'art. 32, comma 2 Cost, al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pub.*, 2008, n. 1, 85 ss.

⁵ C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Ediesse, Napoli, 2004.

collocare sullo stesso piano la vita e la salute: due beni giuridici *qualitativamente* diversi⁶.

Il diritto alla salute, in quanto manifestazione di un diritto sociale di libertà, può anche essere esercitato in forma negativa, al fine di non subire illegittime intrusioni altrui sul proprio corpo (sebbene nei limiti di specifici obblighi di legge), mentre il diritto alla vita, costituendo il presupposto logico per l'esercizio di ogni altro diritto, non comprenderebbe anche il suo lato negativo⁷. È significativo che la nostra Costituzione, a differenza di altre Carte fondamentali, non ha previsto espressamente un diritto alla vita. Quest'ultimo doveva apparire al nostro Costituente già implicito nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona. La decisione di non menzionarlo dipende dalla scelta di non equipararlo agli altri diritti fondamentali, prefigurando una sorta di 'bilanciamento ineguale' fra il bene della vita e gli altri beni costituzionali.

All'orientamento che finisce per 'dissolvere' la dignità nell'esercizio del diritto all'autodeterminazione, approdando ad un soggettivismo radicale, si contrappone una impostazione giuridico-dogmatica, altrettanto radicata nella cultura costituzionale italiana ed europea, che, al contrario, configura la dignità quale possibile limite costituzionale all'autodeterminazione.

Quest'accezione di dignità umana è del resto fortemente radicata nel nostro ordinamento costituzionale. A differenza dell'ordinamento tedesco, in cui la dignità umana è assunta come valore assoluto che concerne *l'individuo in sé e per sé*, nella nostra Carta fondamentale la dignità è assunta come *valore relazionale* che guarda prima di tutto alla collocazione della persona nell'insieme delle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità (art. 2 Cost.). Si tratta di una differenza che si riflette nella stessa sistematica. Se nella Legge fondamentale tedesca le libertà sono inserite nella rubrica dei 'diritti fondamentali', nella nostra Costituzione sono significativamente collocate nella rubrica dei '*rapporti*'. Non casualmente, dunque, il principio della pari dignità sociale (art. 3 Cost.) – raffigurato da autorevole dottrina come un 'ponte ideale' tra eguaglianza formale e sostanziale – può costituire il fondamento di limitazioni all'esercizio del diritto all'autodeterminazione nelle più diverse sfere.

La differente accezione della dignità si riflette nelle diverse soluzioni alle questioni inerenti al fine vita prospettate dalle Corti costituzionali tedesca e italiana. Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ha enucleato un vero e proprio «diritto di morire» (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*), anche sotto forma di un «diritto al suicidio» (*Recht auf Selbsttötung*). In questa pronuncia l'identificazione tra diritto all'autodeterminazione e dignità umana è talmente intensa e immediata, da condurre la Corte di Karlsruhe a dichiarare l'incostituzionalità delle norme del

⁶ L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in D'ALGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Giuffrè, Milano, 2012, 4 ss.

⁷ La Corte EDU ha rilevato che l'articolo 2 della Convenzione sul diritto alla vita «non può essere interpretato nel senso che esso tuteli anche l'*aspetto negativo* di tale diritto, inteso come diritto di morire ovvero come facoltà dell'individuo di autodeterminarsi alla morte» (sent. 29 aprile 2002, *Pretty c Regno Unito*, Ricorso n° 2346/02, par. 39).

Codice penale tedesco che incriminavano le condotte di pubblicità e commercializzazione dei servizi di assistenza al suicidio⁸.

Nel caso 'Antoniani-Cappato', la Corte costituzionale italiana ha assunto un orientamento più prudente, capovolgendo per certi versi il ragionamento svolto dal *BverfG*. La Consulta ha escluso la configurabilità, *sic et simpliciter*, di un diritto di morire, sottolineando come la dignità umana possa costituire «un limite al diritto all'autodeterminazione delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio [...] 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»⁹. D'altro canto, la Consulta ha, come si è visto, individuato alcune situazioni di estrema sofferenza psico-fisica in rapporto alle quali l'indiscriminata repressione penale dell'aiuto al suicidio è in contrasto con il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari (art. 32, comma 2).

Quest'idea della dignità umana come limite all'autodeterminazione individuale è radicata nella giurisprudenza costituzionale più di quanto si è soliti ritenere. Si può ricordare la recente sent. n. 141/2019, avente ad oggetto le norme che incriminano il favoreggiamento della prostituzione. Qui la Corte, pur riconoscendo una valenza normativa all'autodeterminazione sessuale, specie sul piano penalistico e ai fini risarcitori¹⁰, non ha accolto la sua qualificazione alla stregua di un diritto inviolabile della persona: «modalità *autoaffermativa* della persona umana» (come assunto dal giudice *a quo*). Al contrario – ha osservato la Corte – la prostituzione volontaria costituisce una particolare forma di attività economica che «*degrada* e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di *merce* a disposizione del cliente».

Lo stesso approccio si riscontra nella giurisprudenza costituzionale in tema di consenso informato, ove si valorizza l'idea di una *sintesi* tra diritto all'autodeterminazione e tutela della salute e non quella di una loro scissione (sent. n. 438/2008¹¹). Ancora nella sent. n. 108/1981, relativa all'interruzione volontaria della gravidanza (legge n. 194 del 1978), viene riconosciuto un diritto all'autodeterminazione della gestante circoscritto nel tempo e da esercitare secondo precise modalità procedurali. Infine, merita di essere ricordato un orientamento più risalente in cui l'argomento della dignità viene utilizzato al fine di limitare il diritto all'autodeterminazione economica, quando questo si estrinsechi prevalentemente in un suo «impiego sterile» o per attività «moralmente e socialmente riprovevoli»¹².

Lo stesso diritto europeo offre spunti preziosi in direzione di una lettura della dignità anche come limite giuridico all'autodeterminazione. Assumono rilievo precipuo alcune importanti pronunce giurisprudenziali, assurte a veri e propri casi

⁸ «La libera ed autonoma disposizione della propria vita è diretta espressione dell'idea – *insita nella dignità* – del libero sviluppo della personalità. Essa è, per quanto l'ultima, espressione di dignità. [...] La dignità dell'uomo è, dunque, non un *limite* all'autodeterminazione della persona, ma piuttosto il suo *fondamento*» (*BVerfG*, sent. 26 febbraio 2020, par. 211).

⁹ Corte cost., ord. n. 207/2018, in diritto par. 6.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 295/2000 e sent. n. 325/2005.

¹¹ Nello stesso senso Corte cost., sent. n. 307/1990.

¹² Corte cost., sent. n. 125/1963 e n. 12/1970 entrambe relative ai limiti al gioco d'azzardo.

di scuola del diritto sovranazionale, nelle quali la dignità viene configurata come limite all'autodeterminazione individuale: divieto dei c.d. 'Peep-shows'¹³, divieto del 'lancio dei nani'¹⁴ e divieto dei giochi *laser* che simulano omicidi (il celeberrimo caso *Omega*¹⁵).

La giurisprudenza costituzionale e quella europea qui richiamate testimoniano in maniera emblematica che il valore della dignità si irradia in una duplice direzione: è il fondamento dei diritti inviolabili della persona, ma, allo stesso tempo, è portatrice di un'ineliminabile *dimensione deontica* che viene sottovalutata da chi assolutizza il diritto all'autodeterminazione.

3. È, allora, forse più opportuno procedere a un diverso inquadramento normativo tra il diritto di rifiutare le cure e la libertà di morire: due situazioni giuridiche che vengono impropriamente ricondotte sotto la categoria unitaria del diritto soggettivo.

Invero, l'*abuso* della parola diritto (soggettivo) è il frutto di un'epoca nella quale il discorso morale ha assunto la forma prevalente della 'grammatica dei diritti'. Una strategia retorico-argomentativa che, facendo leva sulle capacità evocative ed emozionali del discorso dei diritti, postula che ciò che viene riconosciuto come giuridicamente lecito sarà prima o poi vissuto e percepito dalla comunità come moralmente lecito¹⁶.

Se vogliamo salvaguardare l'effettiva capacità euristica della categoria del diritto soggettivo e non ridurlo a una parola vuota, dobbiamo mantenere fermo il postulato che la titolarità di un diritto soggettivo presuppone che venga assicurata un'effettiva possibilità d'azione per far valere l'interesse ad esso sotteso¹⁷.

Il diritto soggettivo al rifiuto delle cure è contenuto 'dentro' il diritto alla salute, come suo lato negativo che si riferisce a quella dimensione della salute non coercibile e, in questo senso, genera un obbligo a carico del medico curante che, salvo casi di necessità, è tenuto a sospendere il trattamento sanitario, anche se ciò dovesse comportare la morte del paziente. Si tratta, peraltro, di un diritto giustiziabile anche sul piano risarcitorio, come ha evidenziato costantemente la giurisprudenza di legittimità.

Al contrario, il diritto di morire non sembra godere di un espresso aggancio normativo. Il suo eventuale riconoscimento, in via interpretativa, risulterebbe alquanto paradossale, in ragione delle conseguenze che ne discenderebbero. Se, infatti, si ritenesse codificato quest'ultimo diritto, si dovrebbe conseguentemente configurare un *corrispondente obbligo* di terzi e dello Stato di prestare assistenza a chi desidera morire. Seguendo questa logica, si dovrebbe ipotizzare che la condotta

¹³ *Bundesverwaltungsgericht* 64, 274 (1981). Gli spettacoli sono stati ritenuti lesivi della dignità delle spogliarelliste, nonostante esse fossero consenzienti.

¹⁴ *Conseil d'Etat*, Assemblée 27 Ottobre 1995. La pratica del lancio dei nani è stata proibita, perché contraria alla dignità umana, per quanto essi si facessero lanciare di libera volontà.

¹⁵ Corte di Giustizia, sent. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*.

¹⁶ A. CELOTTO, *L'età dei non diritti*, Giubilei Regnani, Cesena, 2017.

¹⁷ G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1993, 5: «i diritti non sono (e non devono essere considerati) alla stregua di un bene abbandonato che chiunque può far suo e per qualunque scopo».

del terzo che intervenga per evitare il compimento dell'estrema volontà possa integrare gli estremi della violenza privata, con conseguente possibilità di 'legittima difesa' in capo all'aspirante suicida che si oppone al soccorritore. A tacere della difficoltà di concepire forme effettive di giustiziabilità del diritto di morire.

A riprova di quanto detto si può ricordare che la recente legge sul biotestamento¹⁸ non ha codificato un diritto di morire, ma ha stabilito una procedura altamente formalizzata nell'ambito della quale è possibile far valere la volontà di interrompere i trattamenti sanitari (comprese la nutrizione e l'idratazione artificiali), nel quadro di un «alleanza terapeutica» tra paziente e medico curante. Il medico è tenuto a dare primario rilievo alla volontà del paziente in ordine ai trattamenti sanitari (tanto che è esente da qualsiasi responsabilità civile e penale), salvo nelle situazioni di urgenza in cui potrebbe essere impossibile recepirlo, ma, allo stesso tempo, il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 1, comma 6). La legge non vuole trasformare il medico curante in un meccanico esecutore delle disposizioni anticipate del paziente. Nella complessiva relazione di cura tra paziente e medico, il consenso informato è, dunque, 'il punto d'incontro' tra l'autonomia decisionale del paziente e la primaria responsabilità del medico per la terapia. Quest'ultimo, attingendo alla sua esperienza professionale, potrà disattendere le disposizioni anticipate, qualora esse appaiano incongrue ovvero sussistano terapie nuove capaci di offrire possibilità di miglioramento delle condizioni di vita (art. 4, comma 5). La relazione di cura implica anche doveri del medico, quali quello di alleviare le sofferenze del malato attraverso l'erogazione delle cure palliative e di astenersi da ogni «ostinazione irragionevole» nelle cure o dal ricorso a trattamenti «sproporzionati» (art. 2).

Dalle riflessioni precedenti si ricava che il diritto di morire non si configura come diritto codificato, quanto come una libertà (*facultas agendi*) che appartiene all'area dei comportamenti *leciti* (secondo il principio di legalità di un dato ordinamento) non espressamente proibiti; comportamenti che non assurgono al rango di diritti soggettivi propriamente detti¹⁹. La circostanza che un soggetto possa avere la libertà di togliersi la vita non significa, insomma, che egli abbia il diritto di farlo. E analogamente la libertà di prostituzione volontaria non comporta un corrispondente diritto 'soggettivo'.

Del resto, la stessa Corte costituzionale, nel caso 'Antoniani-Cappato', non ha aderito alla configurazione dell'autodeterminazione individuale sul fine vita alla stregua di un vero e proprio *diritto soggettivo*, secondo quanto suggerito dall'ordinanza di rimessione; ma ha, al contrario, preferito ricondurre la figura dell'autodeterminazione alla sfera di una *mera libertà*²⁰.

¹⁸ Legge 22 dicembre 2017 n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

¹⁹ A. BARBERA, *Un moderno habeas corpus*, in *Forumcostituzionale.it*, 27 giugno 2013.

²⁰ «Neppure, poi, è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita» (sentenza n. 242, cit., in diritto par. 2.2).

4. Da ultimo è opportuno misurare le ricadute ‘pratiche’ delle riflessioni precedentemente svolte, in vista del prossimo giudizio di ammissibilità del referendum in parola.

Primo. L’analisi della giurisprudenza costituzionale e del diritto scritto avvalorata l’ipotesi che nel nostro ordinamento giuridico la dignità umana assuma, per così dire, un “*duplice volto*”. *L’esplicazione dell’autonomia individuale*, intesa come potenzialità di sviluppo e realizzazione della propria personalità nelle variegata formazioni sociali, è parte integrante della dignità umana. Ma quest’ultima, nella misura in cui dà rilievo agli imperativi della *reciprocità* e della *responsabilità*, può ben costituire un limite al diritto all’autodeterminazione individuale, quando il suo esercizio dà luogo ad esiti *arbitrari* che disconoscano la dimensione relazionale dell’esistenza umana²¹.

Secondo. Il nostro ordinamento giuridico, diversamente da quello tedesco, non sembra contemplare un “diritto soggettivo” a morire. Contempla, piuttosto, un diritto soggettivo di rifiutare le cure, anche nel caso in cui tale scelta abbia un esito fatale, a conclusione di un articolato procedimento medico-sanitario basato sul dialogo costante tra paziente, i suoi famigliari e il medico curante. Anche il recentissimo disegno di legge sul suicidio assistito, forse da taluno proposto per evitare il voto sul referendum, non introduce – come pure auspicavano i promotori – un diritto all’eutanasia attiva. La proposta di legge si limita, invece, a codificare la giurisprudenza costituzionale sul caso ‘Antoniani – Cappato’ in materia di assistenza al suicidio, stabilendo, anche in questa circostanza, un’articolata procedura di accompagnamento medico-sanitario alla morte volontaria²².

Terzo. Il quesito referendario inerente all’art. 579 c.p. sembra essere di natura abrogativa solo nella forma. Nella sostanza – come hanno rilevato diversi relatori intervenuti al Seminario ferrarese – ha natura propositiva. L’eliminazione di specifiche parti della disposizione – come risulta anche dall’intenzione dei proponenti – ha come effetto pratico l’introduzione nel nostro ordinamento giuridico di un principio di tendenziale disponibilità della propria vita, salvo nei casi di vizi del consenso.

Ne consegue che, anche a prescindere dalla valutazione di merito sulla compatibilità di questo innovativo principio con le coordinate del nostro attuale ordinamento costituzionale (valutazione che non spetta fare alla Consulta in questa sede), si dovrebbe addivenire ad un *giudizio d’inammissibilità* della richiesta referendaria, in ragione della formulazione ambivalente e sostanzialmente propositiva del quesito.

L’auspicio conclusivo di chi scrive è che il legislatore politico, senza attendere altri moniti del Giudice delle leggi, colga finalmente questa occasione per individuare un ragionevole bilanciamento tra il *principio d’autonomia individuale* (nozione che si ritiene preferibile rispetto a quella di autodeterminazione) e il *principio di solidarietà*, nel quadro di una visione non unidimensionale della dignità umana, tanto in senso soggettivo quanto in senso oggettivo, in grado di sottrarla ad un suo uso come meta-valore potenzialmente ‘tirannico’.

²¹ G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, n. 38, 2012, 75 ss.

²² Disegno di legge n. 1875, (*Disposizioni in materia di suicidio medicalmente assistito e di trattamento eutanasico*).

L'ART. 579 C.P.: UNA NORMA VOTATA ALL'INEFFETTIVITÀ?

di MARIA BEATRICE MAGRO*

SOMMARIO: 1. L'art. 579 c.p.: una norma votata all'ineffettività? 2. L'irrelevanza dei motivi: nessuna vocazione altruistica-pietistica-solidaristica. 3. Le cause di esclusione della tipicità e il rinvio alla norma generale che punisce l'omicidio. 4. Considerazioni sulla proposta di abrogazione della fattispecie attenuata.

1. In premessa, mi dichiaro apertamente in favore di un chiaro e disinibito intervento riformatore che sveli la vocazione falsamente pietistica e solidaristica della norma che punisce l'omicidio del consenziente contenuta nel codice penale italiano. È pacifico che assai raramente la giurisprudenza ha riscontrato, nella pratica, la sussistenza dei suoi elementi costitutivi. Di questa strutturale ineffettività costituisce un'ennesima conferma una recente pronuncia della sezione prima della Corte di cassazione, con riferimento ad un caso in cui la vittima era affetta da deficienza psichica, che ne ha escluso, per un'ennesima volta, l'applicazione¹. Non si può negare quindi che l'art. 579 c.p. appartenga al novero delle norme meno applicate tra quelle che sono poste a tutela di interessi individuali. E ciò avviene - a mio avviso - per un difetto di origine, per una chiara volontà del legislatore, più che per le disfunzioni della prassi. La l'art. 579 c.p. costituisce, infatti, un esempio di legislazione simbolica, norma sorda al contesto di vita in cui avviene lo scambio di volontà tra gli attori della vicenda, indifferente le valutazioni politico-criminali in ordine all'effettività della sua applicazione, perché tesa unicamente ad affermare un certo assetto di valori.

Contribuisce poi a rendere sempre più ineffettiva la norma in questione, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di rifiuto o interruzione di trattamenti sanitari salvavita che ha dato massima esplicazione dell'autodeterminazione terapeutica anche nelle fasi finali della vita. L'evoluzione del diritto vivente, infatti, in via interpretativa, ha di fatto espunto dall'ambito di applicazione della norma le ipotesi il cui la morte sia cagionata dal medico con un comportamento omissivo puro o omissivo mediante azione, previo rifiuto di cure salvavita del paziente. In

* *Ordinaria di Diritto penale, Università Telematica di Roma-Guglielmo Marconi*

¹ Corte di Cassazione, Sez. I Penale, 24 gennaio 2018, n. 3392. In quell'occasione la Corte ha ribadito che "Affinché possa configurarsi il reato di omicidio del consenziente è necessario che il consenso della vittima alla propria soppressione costituisca il frutto di una deliberazione pienamente consapevole, non inquinata nella sua formazione da un deficit mentale di natura patologica, ciò in quanto deve sempre prevalere il diritto alla vita riconosciuto come inviolabile dall'art. 2 Cost., che non può attribuire a terzi, anche se stretti congiunti, il potere di disporre, in base alla propria percezione della qualità della vita altrui, dell'incolumità e dell'integrità fisica di un'altra persona. Ne consegue che si configura il più grave reato di omicidio volontario, allorché il fatto sia commesso in danno di una persona che versi in condizioni patologiche di deficienza psichica". Si conferma quindi che, in ordine all'erroneo convincimento della sussistenza del consenso della vittima, sia necessaria una sua prova inoppugnabile, in quanto espressione della personale, soggettiva e insostituibile percezione della qualità della sua vita.

caso di rifiuto di trattamenti medici salvavita, *ab initio* o già intrapresi, da cui discenda causalmente la morte del paziente, l'omicidio del consenziente non si configura, innanzitutto per l'operatività della causa di giustificazione *ex art.* 51 c.p. combinata con l'art. 32 comma 2 Cost., poi per dettato normativo (legge n. 219/2017).

Ne segue che, per quanto concerne i trattamenti di fine vita, le proposte di riforma dell'art. 579 c.p. devono tenere conto dell'evoluzione normativa che ha *di fatto* delimitato l'ambito applicativo della norma alle sole ipotesi di condotta attiva, causalmente volta al precipuo scopo di provocare della morte, con esclusione di quelle in condotte del medico (di natura omissiva o commissiva) di interruzione di terapie salvavita, che cagionino direttamente ed esclusivamente per suo tramite, la morte del paziente che rifiuta tali cure.

In sintesi, la "sopravvivenza" della fattispecie incriminatrice, calata nel contesto dei trattamenti medici di fine vita, concerne esclusivamente le condotte di c.d. *eutanasia volontaria diretta*, ove la morte è riconducibile interamente alla condotta attiva del terzo, finalisticamente orientata a provocarne la morte, e anche delle condotte di c.d. *eutanasia attiva indiretta* ovvero quelle in cui la morte del paziente si verifica come effetto non voluto, indiretto, ma inevitabile di una condotta attiva lecita, consistente nella somministrazione di terapie palliative.

2. L'art. 579 c. p. non presenta alcuna vocazione altruistica-pietistica-solidaristica ed è affetta da cronica ineffettività. Questa mia opinione è supportata da una rapida ricognizione delle intenzioni del legislatore, il quale ha introdotto questa figura speciale di omicidio allo scopo di tutelare la vita, ma non dell'autodeterminazione della vittima, il cui peso - privato dell'effetto scriminante generalmente previsto per gli atti di disposizione di beni a carattere individuale dall'art. 50 c.p. - viene degradato ad elemento specializzante attenuante, senza alcuna altra specificazione in ordine alle condizioni fattuali in cui avviene questo scambio di volontà tra la vittima e il reo.

Ed infatti, a dispetto di quanto si legge nella relazione ministeriale sul progetto del codice penale, il *novum* legislativo non riflette l'esigenza di mitigare il rigore sanzionatorio dell'omicidio *pietatis causa*, ma, viceversa, quella di correggere la troppo indulgente prassi liberale che si era diffusa nella vigenza del precedente codice, incline a punire la fattispecie concreta come aiuto al suicidio, piuttosto che come omicidio semplice. Tra le due norme - istigazione o aiuto al suicidio e omicidio semplice- si è quindi inserita la fattispecie speciale in commento, che presenta una cornice edittale inferiore rispetto a quella prevista per l'omicidio comune, ma che viene strutturata in modo talmente residuale e contorto, a causa dei richiami alla norma generale, da ridurne sensibilmente, in via di fatto, l'applicazione.

Il chiaro intento del legislatore emerge proprio da un'attenta analisi degli elementi costitutivi. Le ragioni tecnico-giuridiche dichiaratamente addotte a favore dell'attenuazione della risposta sanzionatoria sono dal Legislatore individuate nella "*indiscutibile influenza minoratrice del consenso dell'offeso sulla gravità del delitto di omicidio, sotto il profilo dell'elemento psicologico e della capacità a*

delinquere del reo". Tuttavia, proprio queste ragioni che hanno ispirato il legislatore a riconoscere l'indiscutibile influenza attenuante del consenso della vittima sul dolo (meglio: sulla colpevolezza) e sulla pericolosità del reo, non sono così facilmente desumibili ad una attenta analisi della struttura della fattispecie astratta. Anzi, la norma sembrerebbe negarle.

Infatti, a ben vedere, l'omicidio con il consenso della vittima tratteggiato nel primo comma dell'art. 579 c.p. è totalmente avulso da qualunque contesto sociale e relazionale che ne denoti una minore gravità e pericolosità, dai motivi e dalle condizioni che inducono la vittima a prestare il consenso, dai motivi che animano l'agire dell'autore ad assecondare tale volere e che attenuano il disvalore del suo agire. In omaggio ad una concezione formale della libertà negoziale, ciò che la norma punisce in modo più attenuato è – semplicemente - l'omicidio realizzato con il consenso di una persona libera, capace, perfettamente sana nella mente e nel corpo che, *per qualunque motivo e in qualsiasi contesto di vita*, accetti lucidamente di morire per mano altrui, prestando il suo consenso.

Ritengo che questa valorizzazione dell'autodeterminazione della vittima non sia affatto sintomatica di una minore colpevolezza o di una minore pericolosità del reo: nulla si specifica quanto alle condizioni della vittima né a quelle del reo; nulla trapela in ordine al contesto di vita - e psicologico - in cui matura questo insolito "accordo" tra autore e vittima, lasciando ipotizzare una fattispecie concreta in cui la pericolosità e colpevolezza del reo *sia persino maggiore* di quella che connota l'omicidio comune e semplice, non aggravato da circostanze.

Non possiamo trarre elementi che consentano di contestualizzare e ricostruire la drammaticità della vicenda umana sottesa - sintomatica di una minore colpevolezza e capacità a delinquere del reo - neppure dalla lettura del comma secondo, che pone il divieto di applicazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 c.p., dettato unicamente dalla ragione tecnica di consentire una effettiva diminuzione della pena che non sia compensata dal bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti.

Sono dell'idea che la neutralizzazione delle aggravanti e l'irrelevanza di contesti di vita, compresi quelli che denotano una *maggiore capacità a delinquere del reo e una maggiore colpevolezza*, può spiegarsi solo assumendo una concezione pseudo-liberale, in cui la autodeterminazione "autolesionista" della vittima, ferma restando la assoluta indisponibilità della vita, sia espressione di una sorta di "limitata disponibilità negoziale" che incide solo sul trattamento sanzionatorio.

Ne segue che l'omicidio del consenziente, quale figura speciale e attenuata rispetto quella comune, così come scolpito nel primo comma dall'art. 579, ben può comprendere tanto quello animato da motivi altruistici e/o pietistici (c.d. omicidio *pietatis causa* messo in atto col dichiarato fine di sottrarre la vittima ad ulteriori patimenti cagionati dallo stato patologico dal quale è affetta, e dunque con l'intima ambizione di strapparla ad una gratuita ed ineluttabile sofferenza), tanto quello che si svolge in un teatro ben diverso, innescato da un'iniziativa dell'autore, mosso da motivi egoistici, di lucro, di gioco, di sfida, di onore, abietti o futili, sintomatico di una maggiore pericolosità, anche quando sia supportato da un assai teorico consenso libero e consapevole della vittima.

Nessuna rilevanza assume nel nostro sistema penale vigente il cd. omicidio *pietatis causa*, cioè quello dettato esclusivamente da fini altruistici, mosso a causa del particolare sentimento di compassione verso la condizione di profonda sofferenza della vittima, afflitta da una grave malattia degenerativa e/o particolarmente invalidante, realizzato con l'intima ambizione di strapparla ad una gratuita ed ineluttabile sofferenza.

La giurisprudenza ha negato l'applicazione dell'art. 579 c.p. animato da finalità altruistiche e pietistiche, e ciò anche a causa della difficoltà di ricostruire la prova della sussistenza di un consenso espresso validamente, serio, esplicito e soprattutto attuale e perdurante (Cass. Sez. I, 13.11.2013 n. 37246; Cass, sez. I, 17.11.2010 n. 43954)².

Ciò a maggior riprova, nell'ambito della struttura della fattispecie attenuata, della totale irrilevanza della condizione di sofferenza in cui si trova la vittima e, in generale, di particolari contesti di vita da cui scaturisce il fine altruistico, ben potendo, *viceversa*, la stessa norma essere applicata in casi di un malevolo e egoistico interesse del proponente a cagionare la morte della vittima con il suo consenso, stante la neutralizzazione delle aggravanti operata dal comma 2.

Peraltro, proprio la scelta terminologico-linguistica operata dal nostro legislatore – di tipo negoziale – sembra supporre una sorta di “iniziativa” interessata dell'autore che propone o quantomeno chiede e, dall'altra parte, una mera, passiva accettazione della vittima, che si limita ad acconsentire al programma criminoso, senza partecipare in alcun modo alla sua ideazione (così si legge nella relazione al Codice). Non è un caso che la giurisprudenza più tradizionale, nel tratteggiare i confini tra 580 e 579, richiedeva un ruolo attivo del reo, oltre che “*sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva*” (Cass. Sez. I, 6.02.1998, n. 3147). Invero, la condotta del reo sembra comprendere un *quid pluris* rispetto una mera obbediente esecuzione materiale della volontà della vittima, e tratteggiare un'attività di proposta, di progettazione, di blando convincimento e suggerimento, se non ancora – ma ciò segna i labili confini di applicabilità della norma a favore della fattispecie generale di omicidio – di violenza, minaccia, induzione in errore, istigazione, determinazione e persino di suggestione, a conferma dell'ipotesi ricostruttiva secondo cui la condotta del reo ben può essere animata da un interesse egoistico a cagionare la morte della vittima, e non solo da motivi altruistici o pietistici, persino espressivo un maggiore disvalore, e ciononostante sottratto all'applicazione delle circostanze aggravanti.

Dunque, una attenta ricostruzione della struttura della norma contraddice la vocazione pietistica -altruistica-mitigatrice dichiarata dal legislatore dell'epoca, in quanto avulsa da qualunque contesto plausibile.

3. Infine, occupiamoci del comma 3 che rinvia alle disposizioni relative all'omicidio. Il legislatore ripristina le disposizioni dell'omicidio ogni qual volta

² Si consideri che nei casi di omicidio *pietatis causa* (con o senza consenso della vittima) è controversa la compatibilità della attenuante di cui all'art. 62 n.1, la quale presuppone che l'autore abbia agito sulla scorta di uno slancio interiore reputato meritevole di tutela secondo l'etica dominante e collettiva.

che la manifestazione di volontà del consenziente sia viziata in conseguenza di presunzione legale o di accertamento in fatto, ovvero qualora la vittima sia minore di anni 18 o sia “*inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica determinata da un'altra infermità o dall'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti*”. Terza ipotesi di rinvio alla norma generale che punisce l'omicidio è quella in cui il consenso è l'effetto voluto dell'attività di coazione, convincimento, induzione, persuasione, promozione dell'autore, inclusa l'istigazione e la determinazione.

In particolare, si porta all'attenzione del lettore la condotta di “*suggestione*”. Essa apre il varco ad ogni attività persuasiva che fiacchi la volontà della vittima al punto da renderla succube (c.d. omicidio dell'apparente consenziente), la cui verifica, di fatto, ridimensiona fortemente l'applicazione del comma 1 dell'art. 579. Proprio l'inclusione delle condotte di “*suggestione*” - ancora più blande di quelle di istigazione o determinazione tipizzate dalla norma che punisce l'istigazione o aiuto al suicidio- sembra rimettere pericolosamente in discussione la coerenza del quadro normativo e ridefinire i rapporti tra norma generale e norma speciale, negando l'applicazione della seconda proprio ogni qual volta vi sia stata un'attività di convincimento messa in atto dall'autore; inoltre rimette in discussione anche i rapporti con l'art. 580 c.p., in quanto sembra richiedere un ruolo attivo del reo non solo sul piano della causazione materiale, ma anche su quello della determinazione psicologica, tanto da far ipotizzare una sorta di “*suicidio per mano altrui*”, punibile anche quale condotta di partecipazione morale al suicidio.

In sintesi, il maggiore disvalore dell'azione connotata da violenza, minaccia, induzione in errore e suggestione, a fronte di una compromessa autodeterminazione della vittima, costituisce il *discrimen* tra omicidio comune e fattispecie speciale, operando come causa di esclusione della tipicità della norma speciale che, solo allora, lascia riemergere tutte le potenzialità punitive delle circostanze aggravanti previste dall'art. 61 c.p.

4. Il quesito referendario concernente l'art. 579 c.p. ne prospetta l'abrogazione parziale, espungendone parti sostanziali in modo da restringere la scelta di tipizzazione alle “sole” condotte di omicidio di vittima consenziente *vulnerabile*, di minore età, o il cui consenso è viziato a causa di infermità o altri vizi della volontà. L'abrogazione parziale, in sostanza, prende atto della sostanziale disapplicazione della norma. Il senso della modifica è quello di circoscrivere l'area della punibilità dell'omicidio del consenziente (parificato sotto il profilo sanzionatorio a quello comune) alle **sole** suddette condizioni, mentre, *a contrario*, di lasciare in quella della atipicità (cioè della liceità penale) le condotte poste in essere su soggetto il cui consenso è espressione del suo pieno e libero arbitrio, quale fattispecie concreta sottratta all'applicazione sia dell'art. 575 c.p. sia dell'art. 579 c.p.

Da un lato, lungi dal consentire un'operazione ermeneutica di espansione della norma generale che punisce l'omicidio - soluzione che frusterebbe le aspirazioni dei sostenitori del referendum come ha recentemente sostenuto anche la Corte costituzionale austriaca in altra occasione concernente l'illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio- circoscrive la punibilità del omicidio del consenziente di persone incapaci o vittime di coazioni; d'altro canto tratteggia, per converso,

un'area di liceità penale che in virtù dei principi di tassatività non può essere ricondotta nell'ambito applicativo della norme penali esistenti; infine, rimuove i limiti che in via interpretativa, sono stati apposti all'ambito di operatività della scriminante comune del consenso dell'avente diritto (50 c.p.), tradizionalmente circoscritta a beni di cui il titolare ha la disponibilità, ma non della vita. La mancanza di una espressa previsione di limiti al potere di disposizione del diritto contenuto all'art. 50 del codice penale è stata, infatti, tradizionalmente compensata da una lettura coordinata con la norma penale che punisce l'omicidio del consenziente. Le conseguenze di questa operazione interpretativa sono state notevoli, ben oltre l'applicazione dell'art. 50 c.p., ovvero sul piano dell'interpretazione della *ratio* e delle finalità delle norme poste a tutela della vita umana, facendo del principio deontologico della indisponibilità della vita, la chiave interpretativa della fattispecie incriminatrice.

A queste considerazioni di ordine teorico-sistematico, si aggiunge una ulteriore osservazione di tipo pratico. L'effetto più dirimpente dell'abrogazione è quello di poter riconoscere *l'eutanasia volontaria indiretta*, o meglio, la sussistenza di un vero e proprio *diritto a non soffrire*, la cui estensione non incontra limiti nel rischio di accelerare la morte. Infatti, a differenza dei casi di interruzione o di rinuncia di trattamento sanitario salvavita, la cui liceità è ormai conclamata dalla legge n. 219/2017, la condotta commissiva di somministrazione di cure palliative non gode di altrettanta chiarezza disciplinatoria, potendo ricadere nelle forche caudine dell'art. 579 c.p.

L'intervento abrogativo permetterebbe ai medici di somministrare farmaci palliativi finalizzati a lenire gravissimi dolori di pazienti morenti, anche se ben consapevoli che la loro somministrazione possa comportare un'accelerazione della perdita delle funzioni vitali essenziali, nella chiara consapevolezza che i benefici dell'alleviare il dolore e l'agonia superino il rischio che sopraggiunga la morte in breve tempo.

UN REFERENDUM PROPOSITIVO PER RELATIVIZZARE IL VALORE FONDAMENTALE DELLA VITA UMANA

di ANDREA MORRONE*

SOMMARIO: 1. Il quesito nella sua massima dilatazione formale e sostanziale - 2. Il rovesciamento dei valori: dal penalmente illecito al lecito - 3. Riscrittura di una scelta di politica criminale, estranea all'articolo e al codice penale - 4. Un referendum per fare più di quel che ha fatto la Corte costituzionale nel "caso Cappato/dj Fabo" - 5. Un referendum per fare più di quel che potrebbe fare lo stesso legislatore nell'ordinamento costituzionale (e nel diritto comparato). - 6. Eutanasia e uccisione del consenziente: distinguere per collocare esattamente la questione della relativizzazione del valore della vita umana - 7. Tutela minima del valore della vita e tutela dei vulnerabili: due oggetti non commensurabili, due obiettivi non sovrapponibili - 8. Conclusione: inammissibilità del quesito (e non tanto o non solo della normativa di risulta).

1. Nel quesito favorevole a introdurre nel nostro ordinamento una disciplina della "eutanasia legale" almeno secondo l'intenzione dei promotori, siamo di fronte a quella che potrebbe dirsi la *massima dilatazione dello strumento del referendum abrogativo*. Ciò risulta evidente fin dalla confezione della domanda, che si riporta dappresso, proprio perché sia possibile immediatamente cogliere l'artificiosità del risultato normativo conseguente.

"Articolo 579 c.p.

1. Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con ~~la~~ reclusione da sei a quindici anni.

2. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

3. Si applicano 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."

Il quesito presenta problemi sia dal punto di vista formale sia da quello materiale. Sul primo versante, attraverso la tecnica del "taglia e cuci" si collegano tra di loro disposizioni diverse, sia per contenuto prescrittivo, sia per finalità. La previsione del primo comma dell'art. 579 c.p. costituisce una eccezione alla regola generale sull'omicidio (art. 575 c.p.), rispetto alla quale stabilisce un affievolimento di pena per tutte le condotte dell'omicidio del consenziente. Il secondo comma stabilisce la non applicazione delle aggravanti dell'art. 61 c.p. Il terzo comma pone

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bologna

un'eccezione all'eccezione del primo comma: prevedendo, per i cd. vulnerabili, l'applicazione della medesima sanzione stabilita per l'omicidio.

2. Attraverso la manipolazione del testo, il quesito referendario trasforma ciò che oggi è punito penalmente in una condotta lecita, per cui uccidere un altro individuo, col suo consenso, diventa un comportamento non più sanzionato ma pienamente libero, salvo che il soggetto passivo non sia uno dei vulnerabili indicati dall'ultimo comma. Il testo della fattispecie da tre ipotesi è ridotto a una, con un ribaltamento completo del testo e della *ratio* dell'art. 579 c.p.: l'omicidio (art. 575 c.p.) resta un reato ma non nel caso dell'omicidio del consenziente; il disvalore sotteso all'omicidio del consenziente viene infatti trasformato in un valore eguale e contrario, salvo che il consenso provenga da una delle tre categorie indicate nel terzo comma, l'unica fattispecie che resta attratta nella sfera di applicazione dell'art. 575 c.p.

3. L'uso del referendum in senso propositivo e non più solamente abrogativo emerge anche dal punto di vista materiale: nel contenuto il quesito referendario è trasformato in un potere normativo che riguarda in termini positivi la politica criminale, invadendo la riserva di legge assoluta stabilita, dall'art. 25, c. 2, Cost., a favore degli organi dell'indirizzo politico. Non si tratta, semplicemente, di abrogare una disposizione penale, ma di stabilire, in luogo di quella vigente, un'altra e ben diversa scelta di penalizzazione che, secondo i noti criteri della giurisprudenza costituzionale enunciati a partire dalla "sentenza Capotosti", non può certo dirsi contenuta nel testo vigente. L'unica disposizione che è tecnicamente contenuta nella fattispecie formale, e che viene mantenuta all'esito del ritaglio referendario, è quella sui vulnerabili. Ma ciò non è che una parte, tutto sommato minima, dell'operazione referendaria. Ciò che costituisce l'*oggetto qualificante* della domanda è, con l'*abolitio criminis*, l'introduzione sotto forma di regola generale della liceità dell'omicidio quando sussista il consenso della vittima. Una simile ipotesi non solo non è compresa nel tenore testuale della fattispecie che, tutto al contrario, la sanziona come forma particolare di omicidio, ma è estranea alla logica del codice penale vigente – e più in generale dell'ordinamento giuridico vigente – che, in applicazione della Costituzione, protegge il bene della vita umana con la più severa delle sanzioni.

4. E, qui, arriviamo al cuore del problema. Con questo referendum, come detto, si vuole dilatare al massimo grado il potere che la Costituzione attribuisce al corpo elettorale. Detto più chiaramente: col referendum sulla cd. eutanasia legale si pretende di fare ciò che l'ordinamento giuridico non ha permesso, almeno finora, e, invero, non consente né alla Corte costituzionale né allo stesso legislatore.

La Consulta, nella nota vicenda Cappato/dj Fabo, ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p.: il risultato non è stato affatto la depenalizzazione dell'aiuto al suicidio, ma la sua conferma, fatta in nome della *fundamentalità* della

vita umana e dell'esigenza costituzionale della sua protezione da parte della Repubblica, confermata dalla previsione che ammette la liceità dell'agevolazione suicidaria nel caso di un malato terminale impossibilitato a farlo autonomamente, ancorché pienamente consapevole, la cui percezione – questo l'aspetto dirimente – è oggettivamente quella di una vita non più degna di essere vissuta. Con le parole della sentenza n. 242/2019 la condotta lecita è solo quella “di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”.

In fondo, nella vicenda citata, la Corte costituzionale ha reso lecito l'aiuto al suicidio nell'unica situazione in cui ciò sarebbe costituzionalmente possibile: ossia di fronte a un'esistenza che *da ogni punto di vista* (e tutti *materialmente* accertabili e perciò *oggettivi*) non rientra più nel bene fondamentale della vita umana e nelle esigenze che ne giustificano una protezione giuridica. Chi sostiene in proposito che ci sarebbe stata una relativizzazione del bene della vita umana commette un errore concettuale, proprio perché nel caso Cappato/dj Fabo quel valore fondamentale viene confermato in tutta la sua sostanza e la sua centralità. Ritorno sul punto tra breve.

5. Anche con riferimento al legislatore, tuttavia, il “referendum sull'eutanasia legale” manifesta un *plusvalore performativo* che fuoriesce dall'ambito delle possibilità costituzionalmente consentite a questo strumento. Basti solamente fare una verifica comparatistica, per accertare facilmente che in nessun ordinamento statale raffrontabile sussiste una disposizione analoga a quella che si vorrebbe introdurre con il referendum presente. Le legislazioni esistenti sulla cd. eutanasia – che rappresentano pur sempre un'eccezione – e anche quelle più spinte (Olanda, Spagna, Portogallo), partono dal valore della vita umana al fine di rintracciare delle fattispecie, in genere coincidenti con *situazioni-limite*, in cui rendere possibile il commiato da questo mondo in maniera scrupolosa e misurata, passando attraverso procedure specifiche, svolte in ambienti sanitari e sotto il fondamentale controllo del medico, e, certamente, non lasciate affatto alla completa disponibilità del soggetto privato. La domanda che dovrebbe porsi – alla quale gli stessi referendari hanno dato una risposta negativa, nel ritenere, essi stessi, l'insufficienza del quesito, che andrà completato da un intervento di regolazione positiva – è se una disciplina come quella che si vorrebbe introdurre col referendum sarebbe consentita al legislatore positivo. Si potrebbe, cioè, con legge stabilire la liceità dell'omicidio del consenziente, senza alcun limite, senza alcun controllo, in qualunque contesto, solo

col consenso della vittima, non sottoposto a nessuna verifica *ex ante* e a nessuna prova *ex post*, salvo che non si tratti di uno dei vulnerabili individuati dalla disposizione, per il qual caso soltanto rimarrebbe ferma la punizione, ma anche qui senza alcun criterio che permetta una verificabilità *ex ante* e *ex post* circa la ricorrenza effettiva di una di quelle ipotesi di salvaguardia? Personalmente ho molti dubbi che la nostra Costituzione, confortata anche dalle tendenze di diritto costituzionale comparato, possa consentire tanto. Il solo dubbio, tuttavia, dovrebbe convincere ulteriormente che il referendum da abrogativo è trasformato in propositivo e, perciò, utilizzato ben al di là dei limiti – questi chiaramente delineati nella giurisprudenza – che la Costituzione pone al potere di democrazia diretta.

6. Insomma, da quanto precede consegue che l'eutanasia è ben diversa dall'omicidio del consenziente: la disciplina legale della prima, così come solo il legislatore potrebbe fare con tutti i *caveat* richiesti dall'esigenza imprescindibile di tutelare il bene della vita umana, non è affatto il risultato del referendum popolare che, invece, tende proprio alla liberalizzazione dell'omicidio del consenziente. Anche se l'intenzione dei promotori non ha rilievo in linea di principio nel giudizio di ammissibilità, va sottolineato che parlare di "eutanasia legale" equivale a una "truffa delle etichette", perché il risultato normativo perseguito è oggettivamente di rendere lecita una pluralità indeterminata di condotte, non adeguatamente circoscrivibili *a priori*, e neppure facendo riferimento alle tre generiche fattispecie dei vulnerabili che resterebbero punite, le quali hanno come fine la privazione della vita umana col consenso dell'interessato.

Emerge palesemente che il referendum popolare finisce per relativizzare il valore fondamentale della vita umana. Conosco l'obiezione: questa relativizzazione – viene detto – è stata già introdotta nel nostro ordinamento, allorché la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'aiuto al suicidio. Ma si tratta di una critica che non ha reale consistenza e logica e giuridica.

Intanto, le due condotte sono diverse. Altro è aiutare un individuo a togliersi la vita, altro è uccidere un essere umano col suo consenso. Per effetto del referendum popolare, come è stato detto (G.M. Flick, V. Onida), la liceità dell'omicidio del consenziente verrebbe a coesistere con la sanzione penale dell'aiuto al suicidio salvo l'ipotesi descritta nella decisione del caso Cappato/dj Fabo: in ciò palesando, però, una contraddizione che trasmoda in un arbitrio evidente. Non è solo questa, però, una conseguenza rilevante. Abnorme è soprattutto il diverso peso che il valore della vita umana conoscerebbe nelle due fattispecie: pieno nel caso dell'aiuto al suicidio, di regola punito, salvo il caso limite introdotto dalla Corte costituzionale; relativizzato e, in definitiva, *misconosciuto* nel caso dell'omicidio del consenziente, ammesso in linea generale come condotta lecita e senza limiti di sorta, salvo rimanere punito nei soli casi, del tutto vaghi e marginali, dei vulnerabili. Tutto ciò palesa un'ulteriore aporia, dato che se il referendum avesse esito positivo si determinerebbe una contraddizione interna al codice penale che, da un lato punisce l'omicidio, l'istigazione e l'aiuto al suicidio e, dall'altro lato, rende lecito l'omicidio col consenso dell'interessato.

Il valore della vita, in definitiva, non sarebbe il medesimo in ogni situazione, la regola o il parametro rispetto ai quali valutare le singole condotte individuali, ma sarebbe diverso caso per caso, perché dipenderebbe dal tipo di comportamento con esso interferente. Se in tutti i casi previsti dal codice penale la protezione della vita costituisce la regola che ammette limitate e rigorose eccezioni – giustificate dall’obiettivo costituzionale di proteggere la dignità e l’autodeterminazione individuale in casi estremi – nell’indeterminata e illimitata ipotesi dell’omicidio del consenziente la protezione della vita diventa l’eccezione, perché la regola generale è la sua disponibilità (salvi i vulnerabili).

7. In questi termini possiamo affrontare l’ultima questione relativa all’ammissibilità del quesito rispetto al limite della tutela minima ai valori costituzionali che, com’è noto, la giurisprudenza ha più volte utilizzato (come nel quesito totale sulla legge n. 40 del 2004 sulla PMA o nei referendum abrogativi della legge sull’interruzione volontaria della gravidanza). La domanda è la seguente: manipolare l’omicidio del consenziente nel modo indotto dalla richiesta referendaria lascia sgusciato il valore della vita umana di quella “tutela minima” che la Costituzione richiede?

I promotori e chi li sostiene hanno avuto buon gioco nel ritenere che il referendum non impatterebbe con questo limite di ammissibilità dato, che una “tutela minima” rimarrebbe nella normativa di risulta: a questo scopo vale la norma di salvaguardia dei cd. vulnerabili. Questa tesi, tuttavia, non tiene affatto al confronto di quanto finora qui sostenuto. I vulnerabili integrano davvero il concetto di “tutela minima” costituzionalmente imposto secondo la giurisprudenza? Si tratta di “tutela minima” della vita o, piuttosto, di protezione per una specifica e limitata classe di soggetti vulnerabili?

Da quanto detto discende che non c’è nessuna tutela, financo minima, del valore della vita umana di fronte alla liceità e alla libertà dell’omicidio del consenziente: la decisione sulla vita diventa una questione privata, disponibile in linea di principio col consenso dell’interessato, senza alcuna tutela da parte dell’ordinamento, tutela che rimarrebbe confinata soltanto nei confronti dei vulnerabili, e quindi nell’eccezione e non nella generalità dei casi. Il limite della “tutela minima”, detto altrimenti, è *ampiamente superato* in questo referendum proprio dall’inversione di senso che il valore della vita umana riceve nell’omicidio del consenziente.

8. In definitiva: l’inammissibilità del quesito non discende tanto dall’esito illegittimo della richiesta referendaria – quasi si trattasse solo di fare una verifica sulla cd. normativa di risulta – ma dipende proprio e immediatamente dal testo della domanda popolare, che nella *forma* e nel *contenuto* pretenderebbe di introdurre una nuova disciplina positiva della situazione dell’omicidio del consenziente, liberalizzandola al di là di limiti ragionevoli e adeguati costituzionalmente, e non semplicemente quella di fare espandere una regola esistente (espressa o implicita)

che, invero, non esiste affatto nell'ordinamento vigente e che, comunque, non sarebbe legittima in base alla Costituzione.

RIFLESSIONI CIVILISTICHE SUL REFERENDUM PER L'EUTANASIA LEGALE

di ALESSANDRA PISU*

SOMMARIO: 1. Il referendum sull'art. 579 c.p.: un quesito fondamentale che interroga la coscienza sociale. – 2. Disponibilità della vita, autodeterminazione e responsabilità individuale. – 3. Diritto alla morte medicalmente assistita e consenso: nulla di nuovo nel cd. contesto eutanasi.

1. Nel 1995 Demetrio Neri, dopo aver affrontato l'angoscioso dilemma "se sia moralmente lecito interrompere la vita di un uomo", osservava che «non sempre c'è una terapia da rifiutare per poter morire e non sempre il rifiuto della terapia conduce a una morte rapida e indolore». Riferendosi alle difficoltà tecnico-giuridiche che tuttora vengono contrapposte alla legalizzazione dell'eutanasia, concludeva: «a me pare implausibile che il diritto si dichiari incapace di affrontare la sempre crescente complessità dei fenomeni sociali»¹.

Oggi che questa complessità è entrata nella coscienza comune, si constata una diffusa consapevolezza del fatto che l'uomo debba riappropriarsi della morte, quale atto finale della vita, da affrontare in coerenza con i valori che l'hanno ispirata. Ed emerge, in modo sempre più nitido e pressante, l'esigenza che il diritto si faccia carico della questione, consentendo che il momento ultimo e più tragico dell'esistenza umana sia regolato da norme capaci di garantire il rispetto dei plurimi valori in gioco, così alleviando, e non è poco, l'angoscia della dipartita.

Benché, per ragioni note, il quesito referendario riguardi la norma che incrimina l'omicidio del consenziente, il vero tema da sottoporre al vaglio popolare attiene a un diritto, non semplicemente all'abolizione di un divieto. Ciò non stupisce perché sono i diritti ad assicurare i bisogni umani e a meritare una posizione di priorità concettuale, logica e assiologica rispetto a divieti, obblighi e doveri il cui contenuto, in genere, si determina "per riflesso" dal diritto da proteggere. Non viceversa.

La parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., e con essa il definitivo superamento del principio di indisponibilità della vita e del connesso "dovere di vivere", è funzionale al riconoscimento di un nuovo diritto della persona, quello all'eutanasia attiva tra le varie forme di "morte medicalmente assistita" (d'ora in poi MMA), in parte già regolate e ammesse nel nostro ordinamento.

Ora, è noto che i diritti della persona costituiscono un catalogo non limitato alle figure tipizzate, ma aperto ai diritti che, in un determinato momento storico, la coscienza sociale ritiene essenziali per la tutela della persona umana. Ed è pacifico che l'indisponibilità, che tradizionalmente caratterizza questa categoria di diritti, è andata incontro nel tempo a progressive erosioni, ammesse nei limiti in cui –

* *Associata di Diritto privato, Università di Cagliari.*

¹ Così D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari, 1995, 152 s.

sempre secondo la coscienza sociale – gli atti dispositivi non risultino incompatibili con i valori fondamentali della persona.

Da qui il più grande pregio del referendum: fornire un'occasione storica per verificare democraticamente la tendenza prevalente nella società contemporanea su un nodo concettuale cruciale – la disponibilità o l'indisponibilità della vita appunto – sul quale una scelta morale della comunità è necessaria e preliminare a qualunque decisione di politica legislativa. Il referendum chiama gli elettori a una scelta chiara tra opzioni valoriali alternative molto nette e, in questo modo, realizza un'indagine sulla coscienza sociale, che costituisce una premessa indispensabile per riconoscere un “nuovo” diritto ad alto impatto etico.

Il referendum può consentire inoltre di realizzare, se questa fosse la volontà popolare, il definitivo superamento della parcellizzazione di concetti e fattispecie intorno alle quali si è tradizionalmente sviluppato il discorso sull'eutanasia, dando luogo a dispute senza fine, in favore di una visione unitaria, l'unica capace di restituire al sistema giuridico una coerenza minata da irragionevoli diseguaglianze che la giurisprudenza si è ritrovata, passo a passo, a temperare². Non si intende, con ciò, negare le differenze empiriche tra le diverse forme di assistenza medica alla morte volontaria, né porsi in una prospettiva riduzionistica tendente a semplificare un problema delicato e complesso, ma si vuole evidenziare come lo strumento referendario, incentrandosi sulla rilevanza del consenso del morente circa la tutela della sua vita, consenta di cogliere l'aspetto unificante delle richieste di assistenza alla morte volontaria rivolte a terzi, tutte finalizzate a liberare la persona da sofferenze intollerabili e a consentire una morte dignitosa, secondo le valutazioni soggettive dell'interessato.

Il caso Antoniani ha definitivamente dimostrato come la distinzione tra “dare (o darsi) la morte (coadiuvati da altri)” e “lasciar morire”, oltre ad essere concettualmente discutibile *a fronte di una prevalente esigenza di tutela di persone accomunate da gravissime sofferenze*³, sia superata nei fatti: non si possono discriminare i pazienti in base alla loro capacità di autosomministrarsi o meno una sostanza letale. Piuttosto, si deve ripensare il ruolo del medico nell'ottica di un suo pieno coinvolgimento in tutte le procedure di accompagnamento alla morte, trattandosi, di fatto, di prendersi cura del paziente per il quale sia in atto un processo irreversibile e inevitabile di fine vita⁴.

² Si pensi a quanto emerso nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. a proposito del caso Antoniani-Cappato (Corte Cost., 25 settembre 2019, n. 242) e, più di recente, nel caso Trentini che ha dato luogo ad un ampliamento, per via interpretativa, del presupposto dell'essere tenuti in vita da un trattamento sanitario (cfr. Corte d'Assise di Massa, 27 luglio 2020, confermata da App. Genova, 28 aprile 2021).

³ V. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, I ed. ampliata, 2009, 254, il quale - a proposito della distinzione giuridica tra “lasciar morire” e “aiutare a morire” - osservava che, alla luce dell'art. 3 Cost. che vieta ogni discriminazione fondata sulla condizione personale, «la condizione del morente deve essere presa in considerazione nella sua interezza e complessità, senza che al suo interno siano ammissibili distinzioni che alterino l'uguaglianza di ciascuno di fronte alla morte».

⁴ Devo qui rinviare a quanto più ampiamente argomentato nel mio *Dignità e autodeterminazione alla fine della vita tra bioetica e biodiritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, 2020, 138 ss.

Ora, nonostante gli indiscutibili pregi dello strumento referendario, si levano voci critiche sul suo possibile esito abrogativo. Da una parte, affiora preoccupazione per l'ampiezza dello spazio di liceità che deriverebbe dalla normativa di risulta: una piena autodeterminazione dell'individuo; la disponibilità del bene vita anche "in salute"; nessuna riserva di attività in favore di soggetti professionalmente qualificati operanti nel servizio sanitario pubblico; nessuna garanzia, dunque, nemmeno sulla gratuità della prestazione. Conseguenze che effettivamente vanno ben oltre l'intenzione dei promotori e il perimetro tracciato dalla giurisprudenza in materia di "morte volontaria medicalmente assistita". Dall'altra, si dice, la mancanza di una specifica disciplina del cd. contesto eutanasi lascerebbe insoddisfatta l'esigenza di un preciso inquadramento del "consenso" utile a rendere lecita la condotta di colui che – su richiesta dell'interessato – ne cagioni la morte⁵.

È dunque sui riflessi civilistici della definitiva cancellazione del principio di indisponibilità della vita cui mira il referendum che intendiamo concentrarci nel convincimento che la possibilità di ricavare dal sistema gli elementi necessari a circoscrivere la portata del diritto alla MMA e a definire le modalità della sua attuazione in un contesto di "garanzia" per la persona interessata e per i professionisti sanitari coinvolti nel procedimento, aiuti a ricondurre alla giusta e ragionevole misura le preoccupazioni associate alla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., che alimentano talune resistenze al referendum.

2. Proviamo allora a proiettarci nel possibile scenario futuro della vittoria del "sì" al referendum per ragionare sulla fondatezza dei pericoli che si associano al definitivo rovesciamento del principio di indisponibilità della vita⁶.

Come si accennava, una delle obiezioni più frequenti si incentra sulla difficoltà, che conseguirebbe, di conciliare il valore intrinseco e indiscusso della vita con il principio di autodeterminazione. Si teme che nello spazio di liceità aperto dalla normativa di risulta, si inserisca un'autodeterminazione variamente declinata come "assoluta", "totale", "pura", "senza paletti". E si ipotizzano scenari inquietanti nei quali, con la collaborazione altrui, l'individuo potrebbe disporre del bene vita anche "in salute", per una "delusione d'amore" o un "fallimento economico". Insomma, si paventa il "rischio di una deriva" dall'esito imprevedibile⁷.

Ebbene, queste affermazioni trascurano colpevolmente l'intero quadro normativo e giurisprudenziale del fine vita che fornisce invece all'interprete dati tecnici per elaborare una previsione affidabile, nella quale il pericolo di una deriva trova molte smentite e nessuna conferma.

⁵ Cfr. R. MASONI, *Brevi considerazioni sulla via referendaria al "fine vita"*, approfondimento del 15 novembre 2021 in *Giustizia civile.com*; G. BATTARINO, *L'iniziativa referendaria sull'articolo 579 del codice penale: gli scenari possibili*, in *Questione Giustizia*, 1° settembre 2021.

⁶ Sul quale si veda la monumentale opera di G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Milano, 2020.

⁷ V. G.M. FLICK, "Eutanasia, si rischia la deriva", in *www.avvenire.it*, 3.12.2021; ID., "Lo dico da cattolico: non si arretri sulla legge", in *la Repubblica*, 13 dicembre 2021; N. ROSSI, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione Giustizia*, 24 novembre 2021.

Intanto sappiamo che l'autodeterminazione non resta mai confinata nella sfera individuale, nella quale, comunque, incontra dei limiti in ragione della responsabilità che ciascuno ha verso sé stesso e i propri affetti⁸. Essa si cala in rapporti con i terzi, *che sono quelli di cui il diritto si occupa*. Terzi, a loro volta, capaci di autodeterminarsi e partecipi di una relazione nella quale non figurano mai quali meri esecutori di una volontà altrui. Bisogna allora domandarsi chi possa assumere questo ruolo e in quali contesti si eserciterebbe l'autodeterminazione. Le possibilità sono due.

Se il contesto è privato, intimo, e il terzo è un familiare, un amico, un conoscente, l'intero apparato conoscitivo di cui disponiamo sull'art. 579 c.p. – dalle ragioni poste alla base della previsione incriminatrice, che si evincono dai lavori preparatori, fino al precipitato applicativo della norma, anche in rapporto all'omicidio comune – smentisce il pericolo di una “totale liberalizzazione” di qualunque condotta lesiva della vita altrui. La giurisprudenza, dal 1930, ha offerto indicazioni chiarissime in proposito costruendo un'efficace cintura protettiva non solo attorno alle persone incapaci, ma anche a quelle che dovessero elaborare una richiesta di morte, non seriamente motivata, in un momento di fragilità, esponendo chi l'assecondi a una condanna per omicidio volontario.

Se, invece, l'autodeterminazione esprime, in un contesto sanitario, la richiesta di un'assistenza diretta ad anticipare la propria morte rivolta a terzi qualificati, il SSN e i medici che vi operano, allora è chiaro che essa si muove all'interno di un rapporto di cura e le ulteriori considerazioni che possiamo fare sono almeno due.

La prima, è che qualunque atto volontario che si cala in un rapporto assumendo le forme della pretesa alla prestazione altrui, è sempre soggetto a un controllo di meritevolezza che si fa tanto più puntuale e stringente quanto più è carente la regolamentazione della fattispecie. E sarebbe questa la situazione nella quale ci verremmo a trovarci per effetto del vuoto di disciplina legislativa che investirebbe il cd. contesto eutanasi, di cui occorrerà, in sede applicativa, ricostruire il perimetro e verificare i profili rilevanti: *in primis* il consenso dell'interessato con i caratteri che forniscono una garanzia da abusi.

La seconda considerazione è che l'autodeterminazione sarebbe sempre connessa al diritto alla salute, ampiamente inteso come condizione di benessere psico-fisico che ciascuno ricerca per sé, financo nel frangente più tragico della morte, trovando in esso fondamento e limite. Il suo esercizio difatti muoverebbe da condizioni di malattia e di sofferenza, idonee a giustificare, se non addirittura a pretendere anche in assenza di normativa primaria, un'azione esterna di assistenza alla morte volontaria.

Ebbene, la circostanza che nei noti casi Englaro, Welby, Nuvoli e Piludu la specifica previsione dell'art. 32, comma 2, peraltro non disgiunta dagli artt. 2 e 13 Cost., abbia fornito un sicuro fondamento costituzionale alla richiesta di assistenza medica necessaria ad attuare la volontà dei pazienti e legittimato, di riflesso, l'azione dei medici intervenuti, non può avere come effetto quello di riservare il

⁸ D. NERI, *op. cit.*, 50 scrive: «Il valore del principio di autonomia e del rispetto per l'autonomia consiste anche nel fatto che esso assegna agli individui la responsabilità per le loro vite e per il tipo di persona che essi vogliono essere».

diritto alla MMA unicamente a queste fattispecie, escludendo (in violazione dell'art. 3 Cost.) i pazienti non sottoposti a trattamenti vitali.

L'autodeterminazione individuale di cui – a omicidio del consenziente abrogato – si teme un atteggiarsi assoluto e prevaricatore, contrastante con i valori che fondano la comunità sociale, trarrebbe sempre fondamento, ed incontrerebbe il suo limite, nello stato di salute e di sofferenza del paziente⁹.

Essere chiari su questo aspetto consente di sgombrare il campo da un pericoloso equivoco, alimentato dalla terminologia in uso che risulta condizionata dalle classificazioni proprie del diritto penale: la morte volontaria di cui ci occupiamo poco ha a che vedere con il vero e proprio suicidio, atto individuale e privato, attuato con modalità spesso inevitabilmente violente¹⁰, e non ha alcun tratto in comune con l'assassinio.

3. L'indisponibilità tradizionalmente associata al diritto alla vita, dunque, eccede lo scopo di presidiare il bene protetto. Riflette, piuttosto, l'idea di una doverosità del vivere in qualunque condizione, in nome di valori e interessi estranei alla persona della cui vita si tratta e, dunque, a prescindere da ciò che essa stessa giudica bene per sé. Si tratta, a ben vedere, di una concezione antimoderna e animata da un paternalismo giuridico generalizzato piuttosto distante, per non dire inconciliabile, con il primato che la Costituzione assegna alla persona umana e alle sue prerogative di libertà e responsabilità.

Di ciò la storia giuridica del fine vita offre ampia conferma.

In particolare, dalla giurisprudenza che si è pronunciata in merito a tali questioni, si possono ricavare almeno tre insegnamenti che ci paiono utili e attuali anche a proposito del discorso che andiamo svolgendo circa i riflessi civilistici del referendum: il primo è che ogni avanzamento del sistema è avvenuto con cautela e gradualità, poggiando su valori costituzionali di indiscutibile rilevanza. E, difatti, non si è poi mai verificato alcun arretramento dai risultati conseguiti per via giudiziaria, né si sono prodotte nel tessuto sociale le conseguenze nefaste che i detrattori del diritto all'autodeterminazione sono soliti prospettare. Il secondo è che l'esercizio dell'autodeterminazione nel fine vita non è mai disgiunto dal diritto alla salute e da condizioni di sofferenza assimilabili alla tortura. Il terzo è che la

⁹ Importanti suggestioni in tal senso provengono dalla lettura di E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999, 83 ss., il quale rinviene un possibile fondamento del diritto morale a morire nel «principio di minimizzazione delle sofferenze inutili e non volute» che può appunto fondare la «pretesa a non subire coercitivamente sofferenze o limitazioni della propria libertà fisica contro la propria volontà» andando incontro a una morte che la stessa persona giudica «inutilmente prolungata e tremenda». Nella letteratura giuridica, a conclusioni non dissimili perviene C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli, 2020, spec. 215 ss., il quale sostiene la condivisibile tesi secondo la quale il diritto fondamentale alla salute protetto dall'art. 32 Cost., complessivamente letto, autorizza un'estensione dell'autodeterminazione più ampia di quanto non si ricavi dal comma 2 con riguardo al rifiuto di cure, ma pur sempre collegata alla condizione del paziente che si autodetermina rispetto al suo stato di salute e, dunque, alla sua condizione di insopportabile sofferenza legata a una malattia terminale o irreversibile.

¹⁰ V. il parere del CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, del 18 luglio 2019.

giurisprudenza, malgrado qualche inciampo¹¹, è stata capace di trovare nei principi generali dell'ordinamento risposte adeguate, benché il legislatore non sia mai riuscito a stare al passo con l'esigenza di una piena tutela degli interessi emergenti, giudicati meritevoli nella concretezza dei casi esaminati.

Proprio in virtù dello strettissimo legame tra effetti penali e civili di queste vicende, già prima della legge n. 219/2017, le due branche del diritto hanno operato nelle decisioni giudiziali come vasi comunicanti di un unico corpo normativo contribuendo alla puntuale definizione dei caratteri del consenso attraverso il quale si manifesta la legittima autodeterminazione del paziente e si esclude, specularmente, la responsabilità penale del medico.

Dunque, l'obiezione secondo la quale la mancanza di una specifica disciplina delle modalità di valida prestazione del consenso osti all'ammissibilità del referendum non ci pare colga nel segno, realizzando un'inversione logica nel ragionamento e una confusione di ruoli e responsabilità¹². Eppure, diversi commentatori indugiano sul problema – che conseguirebbe all'abrogazione – della mancanza di una procedura che regoli le modalità di prestazione del consenso, la verifica della sua genuinità e spontaneità, la garanzia di acquisizione della sua eventuale revoca in qualsiasi momento prima dell'evento¹³.

La complicazione è innegabile, ma non insuperabile, come si può constatare ricordando che il “vuoto di disciplina” non rappresenta una situazione inedita in materia di fine vita.

Leggendo il provvedimento del Tribunale di Cagliari che nel 2016 autorizzò il distacco del respiratore artificiale di Piludu – così riconoscendo il suo diritto all'interruzione della terapia di sostegno vitale e definendo le modalità di attuazione della procedura – si può riscontrare come nelle valutazioni del Giudice Tutelare e

¹¹ Il riferimento è alla vicenda di Giovanni Nuvoli, affetto da SLA, che nel 2007 si lasciò morire rifiutando alimentazione e idratazione dopo che il Tribunale di Sassari (decisione del P.M. del 13 febbraio 2007), respinse la sua richiesta di interruzione del trattamento di ventilazione artificiale che lo teneva in vita. Allora il giudice – pur riconoscendo il diritto di rifiutare le cure, *ex art. 32, comma 2, Cost.* – considerò l'istanza *extra legem* concludendo per l'inattuabilità del diritto di autodeterminazione del paziente, in quanto, così si legge nella motivazione, in assenza di una legge ordinaria che tuteli il diritto del paziente, «non si può costringere un medico, neppure indirettamente, a compiere un atto al quale la sua coscienza si ribella». Aver ritenuto indispensabile una legge che non c'era, condusse il Tribunale a negare tutela a un diritto sancito dalla Costituzione con l'assurda giustificazione secondo la quale «o si nega, per legge, il diritto al distacco del ventilatore, o si stabiliscono, altrettanto per legge, i mezzi per tutelarlo». Similmente si era espresso Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 292, nel dichiarare inammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* presentato per far valere il diritto al distacco del respiratore artificiale che teneva in vita Piergiorgio Welby.

¹² Ammesso che di responsabilità possa parlarsi in ordine alla scelta che gli elettori saranno eventualmente chiamati ad esprimere e che la si possa comparare con la responsabilità istituzionale del Parlamento, inescusabilmente sordo ai moniti costituzionali.

¹³ Così N. ROSSI, *op. loc. ult. cit.*. Ma v. anche G. BATTARINO, *op. cit.*, spec. par. 3, laddove osserva che la parziale abrogazione dell'art. 579 c.p. «porrà all'interprete il problema di dare significato al consenso», dato che non esistono requisiti formali normativamente previsti, né sembra «congruo applicare analogicamente i requisiti in materia di consenso informato alle cure o di disposizioni anticipate di trattamento, regolate per un ambito diverso dall'art. 4 della legge 22 dicembre 2017 n. 219».

del Pubblico Ministero¹⁴ si realizzò, in assenza di legge, una piena convergenza circa i necessari caratteri del consenso, lì rifiuto, informato. Accertata una volontà personale, libera, attuale, concreta e informata, assistita dalla garanzia della revocabilità in qualunque momento fino all'attuazione della decisione, si escluse la possibilità di disattendere la richiesta del paziente «in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»¹⁵.

Allo stesso modo, la richiesta di un trattamento eutanasi, proveniente da paziente affetto da malattia incurabile e irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche insopportabili, dovrebbe essere rispettata senza che la si possa ignorare, o peggio osteggiare, in nome di un inesistente dovere di vivere come principio di ordine pubblico.

Questo sguardo al passato dimostra come la mancanza di una legge e di procedure codificate non costituisca un ostacolo insormontabile all'accertamento e all'attuazione della volontà del paziente che richieda un'assistenza medica per morire. Attesta, inoltre, che la condizione di vulnerabilità, che tipicamente si accompagna alla malattia grave e incurabile, non incide necessariamente sulla possibilità di formare ed esprimere un consenso consapevole, integro e autentico circa il *quando* e il *quomodo* della propria morte, potendosi in ogni caso procedere ad un accurato accertamento caso per caso.

D'altra parte, dal 2017 disponiamo di un apparato normativo che, secondo le indicazioni della stessa Corte Costituzionale¹⁶, offre una cornice di regole operative che possono adattarsi a tutte le procedure mediche di fine vita, sia che attengano all'interruzione di trattamenti in atto cui consegue la morte, sia che consistano nel mettere a disposizione, ovvero direttamente somministrare, un farmaco letale, qualora una di queste ulteriori modalità risulti, per le condizioni del paziente e in ragione della sua volontà, la più idonea a garantire una morte indolore e dignitosa e a superare eventuali discriminazioni nell'accesso alla MMA.

Quindi, se il principio di disponibilità della vita ottenesse una definitiva consacrazione mediante la consultazione popolare, la volontà del malato, nel quadro dell'alleanza medico-paziente, potrebbe essere accertata con criteri omogenei per ogni richiesta rivolta alle strutture del SSN, sia essa di aiuto al "suicidio" medicalmente assistito, almeno entro il perimetro tracciato dalla Corte costituzionale, sia essa di eutanasia terapeutica, nello scenario che si aprirebbe all'esito vittorioso del referendum. Ecco perché questa strada merita d'essere percorsa da chi crede nell'obiettivo di introdurre in Italia l'eutanasia legale, superando un fenomeno che altrimenti sopravvive nell'illegalità o costringe, chi può, ad infelici fughe all'estero.

¹⁴ Il cui parere fu acquisito in ordine alla (*evidentemente dubbia*) *responsabilità penale del medico chiamato ad effettuare la sedazione profonda, il distacco del macchinario e a prestare assistenza al paziente fino alla morte.*

¹⁵ V. Trib. Cagliari, 16 luglio 2016 (decreto).

¹⁶ La Consulta, nell'ord. n. 207/2018 e nella sent. n. 242/2019, ha individuato nella disciplina dettata dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 la cornice normativa dalla quale trarre la "procedura medicalizzata" da applicare al suicidio medicalmente assistito, almeno fintanto che non interverrà un'apposita nuova legge.

IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE IN MATERIA REFERENDARIA (PRESO SUL SERIO)

di ANDREA PUGIOTTO*

SOMMARIO: 1. Dietro la tecnica decisoria adoperata nel “caso Cappato”: il principio di leale collaborazione tra poteri. – 2. Il principio di leale collaborazione in materia referendaria. – 3. Corollario: l’ipotetica inerzia del legislatore *non deve* entrare in gioco nel giudizio di ammissibilità del quesito. – 4. Non confondere i piani (ovvero: il giudizio di ammissibilità referendaria *non è* sede per un giudizio anticipato di costituzionalità sulla normativa di risulta). – 5. A ciascuno il suo (a proposito dell’inidoneità della fonte referendaria a normare adeguatamente la materia oggetto del quesito). – 6. Fare parti eguali (tra Corte costituzionale e legislatore referendario).

1. La dubbia costituzionalità della normativa di risulta e la sua inidoneità agli scopi perseguiti dal referendum sembrano ostacolare l’ammissibilità del quesito parzialmente abrogativo dell’art. 579 c.p. A mio avviso, invece, si tratta di impedimenti superabili, chiamando in causa il convitato di pietra nella (ancora assente) disciplina delle scelte di fine vita: il principio costituzionale di leale collaborazione tra poteri dello Stato.

Ricordo, infatti, che la decisione interlocutoria espressa nel caso Cappato con ord. n. 207/2018 è così motivata: la Corte costituzionale «reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa». Anche le analoghe ordinanze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata in tema di diffamazione giornalistica (n. 132/2020) e di ergastolo ostativo (n. 97/2021), rinviando a data fissa l’udienza della Corte, fanno entrambe leva sullo «spirito di leale collaborazione istituzionale» con le Camere.

Infatti, per la Consulta – come si legge nelle relazioni annuali dei presidenti Lattanzi e Cartabia¹ – la tecnica del rinvio dell’udienza a data fissa altro non è che la proiezione processuale del «principio di leale collaborazione istituzionale, al

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

¹ Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente sull’attività svolta nell’anno 2018*, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, 7-12; M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 6-8. Entrambe le relazioni sono fruibili nel sito istituzionale della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

Un’avvertenza metodologica preliminare: nel presente contributo si assume – deliberatamente – il punto di vista interno a Palazzo della Consulta, pur nella consapevolezza che una simile gestione dei propri poteri processuali – secondo ampi settori della dottrina – non rispetterebbe realmente la discrezionalità del Parlamento, trasfigurando il sindacato di costituzionalità in «una sorta di *giudizio di ottemperanza*» (così, icasticamente, C. CARUSO, *Come un romanzo*. Recensione a Elisabetta Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, in *Giustizia Insieme*, 13 novembre 2021) con il quale la Corte chiama il legislatore a deliberare, entro termini perentori e secondo le proprie cogenti direttive.

quale è stata accordata la priorità in una prima fase» (sent. n. 242/2019), salvo poi accogliere la *quaestio* per la persistente inerzia legislativa².

2. Analogamente, la leale collaborazione innerva anche la relazione dialettica tra potere legislativo e potere di iniziativa referendaria. L'art. 75 Cost., infatti, presuppone la coesistenza tra la permanente potestà legislativa delle Camere e la garanzia di esercizio del referendum e del suo effetto utile. La leale collaborazione è «il grasso che quegli ingranaggi fa scorrere»³.

Da un lato, è certamente possibile assumere un'iniziativa popolare per abrogare una legge. Ma tale potere non può esercitarsi in forme *sleali*. Ad esempio, attraverso quesiti manipolativi che trasformino il referendum abrogativo in propositivo⁴. Oppure provocando l'arresto cardiaco di Camera e Senato, con un quesito elettorale la cui normativa di risulta non sia autoapplicativa⁵.

² Come la c.d. illegittimità costituzionale «differita» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. Giust.*, 19 novembre 2018), così anche le doppie pronunce, le decisioni monitorie, le sentenze additive di principio, le sentenze di accoglimento «a rime possibili» (e non più «a rime obbligate»), sono tutte tecniche decisorie ispirate a cooperazione con il legislatore, comprovata dalla prassi – inaugurata nel 2019 – di pubblicare annualmente un *dossier* curato dal Servizio studi della Corte costituzionale titolato espressamente al *Dialogo con il legislatore: moniti, auspici e richiami nella giurisprudenza costituzionale*.

³ R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2001, 3 ss.

⁴ In generale – come si legge, riassuntivamente, nella sent. n. 10/2020 (§5 *cons. in diritto*), la Corte costituzionale ha ammesso operazioni di ritaglio di frammenti normativi e di singole parole, a condizione però che l'abrogazione parziale chiesta con il quesito referendario non si risolva sostanzialmente «in una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole e il conseguente stravolgimento dell'originaria *ratio* e struttura della disposizione» (sent. n. 36/1997). In questi casi, infatti, il referendum, perdendo la propria natura abrogativa, tradirebbe la ragione ispiratrice dell'istituto, diventando approvativo di nuovi principi e «surrettiziamente propositivo» (*ex plurimis*, sentt. nn. 13/2012, 28/2011, 23 e 33/2000, 13/1999; nello stesso senso, sentt. nn. 43/2003, 34 e 38/2000): un'ipotesi non ammessa dalla Costituzione, perché il referendum non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento» (sent. n. 36/1997).

Per incidens, non è quanto accade nel caso in esame, benché il quesito sull'art. 579 c.p. sia stato certamente confezionato usando forbici e colla: la manipolazione è tutta interna ad un'unica disposizione e la saldatura avviene tra locuzioni lessicali tematicamente non eterogenee. L'esito è la riduzione dell'ambito applicativo di un reato già esistente, non la creazione di un nuovo reato. Il carattere propositivo del quesito non fuoriesce dallo schema tipico dell'abrogazione parziale (ammissibile), proprio perché mira a una sottrazione di contenuto normativo rispetto alla fattispecie originaria. L'operazione referendaria pare così mantenersi all'interno di «scelte già operate dal legislatore, anche se destinate ad assumere forme e dimensioni assai diverse da quelle originariamente previste dalla legislazione incisa dal voto popolare» (L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum*, in AA. VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 5-6 luglio 1996, Giuffrè, Milano, 1998, 22).

⁵ Anche qui torna di nuovo utile la ricognizione fatta nella sent. n. 10/2020 (§5 *cons. in diritto*): la Corte costituzionale ha affermato che sono sottratte all'abrogazione *totale* mediante referendum le leggi costituzionalmente necessarie, quali in particolare le leggi elettorali di organi costituzionali o di rango costituzionale, la cui mancanza creerebbe un grave *vulnus* nell'assetto costituzionale dei poteri dello Stato. Allo stesso modo, anche l'eventuale abrogazione *parziale* di leggi

Analogamente, il Parlamento conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto del quesito: prima, durante e dopo l'accoglimento della richiesta referendaria⁶. Ma non può farlo in forme *sleali*. Ad esempio, innovando la legge solo nella forma (ma non nella sostanza), all'unico scopo di evitare il referendum⁷. O, ancora, ricorrendo a fonti normative inidonee a innovare stabilmente o immediatamente l'ordinamento, pur di anticipare l'esito del voto referendario di cui s'intende così evitare lo svolgimento⁸. Oppure ripristinando a breve, e magari retroattivamente, la norma abrogata dal voto popolare⁹.

3. Se così è, se ne ricava – a mio avviso – un corollario importante. Il principio di leale collaborazione *esclude* che l'eventuale inerzia del Parlamento «possa essere assunta a fondamento di una decisione di inammissibilità, in quanto mai un disvalore quale la violazione di un [principio] costituzionale potrebbe assurgere a elemento di qualificazione del referendum»¹⁰.

costituzionalmente necessarie, e *in primis* delle leggi elettorali, deve comunque garantire l'«indefettibilità della dotazione di norme elettorali» (sent. n. 29/1987), dovendosi evitare che l'organo delle cui regole elettorali si discute possa essere esposto «alla eventualità, anche solo teorica, di paralisi di funzionamento» (sent. n. 47/1991). Sicché è condizione di ammissibilità del quesito che all'esito dell'eventuale abrogazione referendaria risulti «una coerente normativa residua, immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventualità di inerzia legislativa, la costante operatività dell'organo» (sent. n. 32/1993; nello stesso senso, sentt. nn. 13/2012, 15 e 16/2008, 13/1999, 26/1997, 5/1995), dovendosi intendere in particolare la cosiddetta auto-applicatività della normativa di risulta alla stregua di «una disciplina in grado di far svolgere correttamente una consultazione elettorale in tutte le sue fasi, dalla presentazione delle candidature all'assegnazione dei seggi» (sentt. nn. 15 e 16/2008).

⁶ Infatti, «le Camere conservano la propria permanente potestà legislativa, sia nella fase dell'iniziativa e della raccolta delle sottoscrizioni, sia nel corso degli accertamenti sulla legittimità e sull'ammissibilità delle richieste, sia successivamente alla stessa indizione del referendum abrogativo» (sent. n. 68/1978), sia «dopo l'accoglimento della proposta referendaria» (sent. n. 33/1993). Vedi però, *infra*, nota 9.

⁷ Cfr. Corte costituzionale, ord. n. 44/1978 e sent. n. 68/1978, all'esito della quale l'art. 39, legge n. 352 del 1970, è stato dichiarato incostituzionale limitatamente alla parte in cui non prevede che - ove l'abrogazione delle leggi sottoposte a referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, che non modifichi né i principi ispiratori né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti - il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative.

⁸ L'Ufficio Centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, infatti, ritiene il decreto legge (cfr. ordd. 16 marzo 1993, 22 dicembre 1993, 30 novembre 1994, 9 dicembre 1994), la legge di delega (cfr. ordd. 16 marzo 1993, 26 maggio 1997) e la legge di delegificazione (cfr. ordd. 20 gennaio 1997 e 7 dicembre 1999) inidonee a inibire il procedimento referendario *ex art.* 39, legge n. 352 del 1970.

⁹ Concretamente, quello che sorge a seguito dell'abrogazione popolare è un vincolo *negativo* per il legislatore: il referendum preclude «la scelta politica di far rivivere» la disciplina abrogata, anche soltanto «quale norma transitoria» (sent. n. 468/1990), come pure la possibilità di ripristinarla in futuro «senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto», tenuto anche conto del «lasso di tempo intercorso» fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (sent. n. 199/2012).

¹⁰ Parafrasando quanto sostenuto nella loro memoria dai promotori del quesito referendario elettorale giudicato inammissibile con sent. n. 5/1995 (§4, *ritenuto in fatto*): vedi, *infra*, nota 12. Allora il comitato era difeso - insieme a Carlo Mezzanotte - proprio da Beniamino Caravita,

Nel nostro caso, la (presunta) incostituzionalità dell'art. 579 c.p. referendum¹¹ non può giustificare l'inammissibilità del quesito, perché è compito innanzitutto del legislatore rimediare ai (supposti) vizi della (eventuale) normativa di risulta.

So bene che si tratta di una tesi respinta, in passato, dalla Corte costituzionale¹². Allora, però, il comitato promotore fondava il dovere di cooperazione parlamentare su un'asserita superiorità in grado del referendum rispetto alla legge. E invocava quel dovere per giustificare (inutilmente) l'ammissibilità di un referendum elettorale che avrebbe certamente prodotto la paralisi delle Camere.

Qui e ora, il contesto è *del tutto diverso*. Quella tesi si può pacificamente recuperare facendo leva sulla reciproca lealtà tra poteri, senza riconoscere alcuna plusvalenza alla volontà popolare. E se allora all'inerzia *post* referendaria del legislatore non ci sarebbe stata davvero soluzione alcuna, qui e ora invece l'ordinamento offre già un rimedio: il giudizio di legittimità costituzionale sulla normativa di risulta, promosso ritualmente in via incidentale¹³.

Bocciando il quesito sull'art. 579 c.p. per il suo (eventuale e supposto) esito abrogativo illegittimo, la Corte finirebbe per scudare la violazione (data per certa) di un principio costituzionale: quello, gravante sulle Camere, di intervenire a prevenire o a rimediare ad un'innovazione normativa di dubbia costituzionalità. Al più, la Consulta dovrà invece limitarsi a segnalare al Parlamento l'esigenza di un intervento legislativo, come correttamente ha fatto in passato in occasione di pregressi giudizi di ammissibilità referendaria¹⁴.

prematuramente scomparso nelle scorse settimane: che la terra gli sia lieve. Le tesi sviluppate in giudizio erano già state anticipate, in sede dottrinale, da C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, relazione al Convegno A.I.C., *Democrazia maggioritaria e referendum*, Siena, 3-4 novembre 1993.

¹¹ In tesi, la normativa di risulta sarebbe viziata da irragionevolezza perché a seguito dell'abrogazione popolare si creerebbe un sistema sanzionatorio che punisce l'aiuto al suicidio (reato "meno grave") e non l'omicidio del consenziente (che è fattispecie "più grave"). Cfr., ad esempio, R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema Penale*, 2021, n. 11, 20; G.M. FLICK, *Quesito sbagliato*, in *Avvenire*, 21 agosto 2021.

¹² Il riferimento è alla sent. n. 5/1995, riguardante il quesito abrogativo della quota proporzionale residua nel testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, allora vigenti (le cc.dd. leggi Mattarella).

¹³ Nel caso in esame, infatti, vale quanto affermato in precedente occasione referendaria dalla Corte costituzionale: la prospettata illegittimità costituzionale della eventuale normativa di risulta «non può esser presa in considerazione e vagliata al fine di pervenire ad una pronuncia d'inammissibilità del quesito referendario (...) tanto più che la conseguente situazione normativa potrebbe dar luogo, se e quando si realizzi, ad un giudizio di legittimità costituzionale, nelle forme, alle condizioni e nei limiti prescritti» (sent. n. 24/1981, poi confermata, attraverso espliciti richiami, nelle sentt. nn. 26/1987; 45, 46, 47 e 48/2005).

¹⁴ «L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Palamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici» conseguenti all'eventuale esito abrogativo del referendum (sentt. nn. 15 e 16/2008).

4. Il rispetto del principio di leale collaborazione si aggiunge così alle tante altre ragioni contrarie a trasformare, impropriamente, il giudizio di ammissibilità referendaria in un giudizio anticipato di legittimità sulla sua normativa di risulta.

Il problema si è posto apertamente nella giurisprudenza costituzionale, e altrettanto apertamente risolto per la negativa: «Quanto all'eventualità che un favorevole risultato del referendum non accompagnato da un immediato intervento del legislatore dia luogo a situazioni normative non conformi alla Costituzione, va ancora una volta ribadito che in questa sede “non viene di per sé in rilievo l'eventuale effetto abrogativo del referendum”. La prospettata illegittimità costituzionale di una sua possibile conseguenza “non può esser presa in considerazione e vagliata al fine di pervenire ad una pronuncia di inammissibilità del quesito referendario”, “tanto più che la conseguente situazione normativa potrebbe dar luogo, se e quando si realizzi, ad un giudizio di legittimità costituzionale, nelle forme, alle condizioni e nei limiti prescritti»¹⁵.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale è granitica: dall'α all'ω, passando per ribadite conferme intermedie¹⁶.

Né potrebbe essere altrimenti: il giudizio referendario, «per la sua struttura articolata in più fasi consecutive ma consequenziali e funzionalmente unitarie e, per la peculiarità di tale funzione, consistente nel controllo di regolarità del procedimento di abrogazione referendaria, ha un oggetto specifico e limitato. Esso, pertanto, non può estendersi alla valutazione della legittimità costituzionale della normativa conformata dall'eventuale accoglimento del quesito, verifica che non può che competere ai giudizi a ciò appositamente deputati»¹⁷.

In particolare, un anticipato giudizio di ragionevolezza sulla normativa di risulta perderebbe tutti i propri indefettibili connotati¹⁸. Innanzitutto, perché «la ricomposizione del tessuto normativo inciso dall'ablazione referendaria è frutto dell'opera interpretativa dei soggetti istituzionali competenti». In secondo luogo, perché «un giudizio anticipato sulla situazione normativa risultante dall'avvenuta, in ipotesi, abrogazione referendaria, verterebbe su norme future e incerte, in palese violazione delle regole del processo costituzionale italiano, che vietano al giudice delle leggi di procedere allo scrutinio di costituzionalità senza che la questione sia sorta in occasione di una concreta vicenda applicativa della norma censurata». In terzo luogo, perché l'ammissibilità di un quesito referendario «non può dipendere da possibili esiti futuri, molteplici e imprevedibili tali da aggravare, o non, carenze già esistenti nella legge vigente». Da ultimo, anche ad ammettere profili di dubbio

¹⁵ Così la sent. n. 26/1987 (§5 *cons. in diritto*), con copiosi rimandi giurisprudenziali a precedenti egualmente orientati.

¹⁶ Dalla prima sentenza referendaria, la n. 10/1972 («a questa Corte, nella sede attuale, resta affidato *soltanto* il compito di verificare se la richiesta di referendum di cui si tratta» sia ammissibile ai sensi dell'art. 75, comma 2, Cost.), all'ultima in ordine di tempo, la sent. n. 10/2020 (la Corte «in tale giudizio è chiamata *solamente* a verificare il rispetto delle condizioni e dei limiti costituzionali all'esercizio del referendum»). In mezzo, egualmente orientate, cfr. le sentt. nn. 25/1975; 16/1978; 24 e 26/1981; 26/1987; 63/1990, 25/2004; 45, 46, 47 e 48/2005; 15 e 16/2008, 17/2016.

¹⁷ Così la sent. n. 17/2016, ma già – in tal senso – la sent. n. 251/1975.

¹⁸ Cfr. sent. n. 15/2008, dalla quale sono tratte le citazioni testuali di seguito riportate.

costituzionalità nell'esito referendario, «ogni ulteriore considerazione deve seguire le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi».

Diversamente, smettendo i panni del giudice di ammissibilità del quesito referendario per assumere quelli del giudice di costituzionalità della normativa di risulta, la Corte finirebbe per esercitare un sindacato preventivo, astratto e del tutto ipotetico¹⁹: «da ciò risulta chiaro come non possa negarsi un mezzo di democrazia diretta, quale la consultazione referendaria, sulla base di elementi labili ed incerti»²⁰.

Se, in relazione all'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., «quello che viene prospettato è un vizio di legittimità costituzionale» della normativa di risulta, «in quanto tale il suo esame è inammissibile in questa sede»²¹, perché «a questa Corte è conferita la sola “cognizione dell'ammissibilità del referendum”, secondo i disposti degli artt. 2 della legge costituzionale n. 1 del 1953, 32 comma 2 e 33 della legge ordinaria n. 352 del 1970. E va ribadito che tale competenza si è aggiunta a quelle previste dall'art. 134 Cost.»²².

Ci si deve aspettare, dunque, che anche in questa occasione i giudici costituzionali diano prova di coerenza rispetto agli orientamenti giurisprudenziali qui ripercorsi.

5. Quanto fin qui sostenuto in riferimento alla leale collaborazione tra poteri in materia referendaria vale, *a fortiori*, contro la tesi dell'inammissibilità del quesito perché inadatto al suo fine dichiarato, che esigerebbe più complesse operazioni di trasformazione dell'assetto legislativo²³.

Da un referendum non è lecito aspettarsi (ne è legittimo esigere) miracoli normativi. Per quanto sia una fonte del diritto, resta pur sempre un atto normativo unidirezionale in quanto solo abrogativo. Ma proprio in ragione di ciò, non può pagare dazio perché incapace di produrre ciò che non può generare, e che spetta ad altri introdurre.

Il referendum in sé è strumento che sconta evidenti limiti funzionali, in ragione della sua natura *comunque* ablativa: anche quando manipolativo, infatti, il quesito

¹⁹ Essendo l'effetto abrogativo referendario solo eventuale, in quanto subordinato a molteplici condizioni: l'ammissibilità del quesito, l'inerzia del legislatore, il raggiungimento del *quorum* strutturale di validità della consultazione referendaria, la prevalenza dei favorevoli all'abrogazione rispetto ai contrari, la circostanza (vedi, *infra*, nota 24) che il Capo dello Stato non sospenda la proclamazione dell'esito del voto popolare al fine di consentire un intervento legislativo (anche d'urgenza) finalizzato a prevenire l'entrata in vigore della normativa di risulta.

²⁰ Sent. n. 63/1990.

²¹ Sent. n. 17/2016.

²² Sent. n. 16/1978. Proprio perché non è in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale (né della legge oggetto del quesito abrogativo né) della eventuale normativa di risulta referendaria, dalla decisione di ammissibilità «non è certo lecito trarre conseguenze circa la conformità o meno a Costituzione della menzionata normativa»: così la sent. n. 45/2005, confermata sul punto dalle sentt. nn. 46, 47 e 48/2005; 15 e 16/2008.

²³ Cfr., ad esempio, F. PARUZZO, *Referendum abrogativo sull'eutanasia legale. Tra (in)ammissibilità del quesito e opportunità dello strumento referendario*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, n. 2, 107-113; N. ROSSI, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Quest. Giust.*, 24 novembre 2021.

non può che operare su disposizioni esistenti, né può produrre «un assetto normativo sostanzialmente nuovo»²⁴. Ritorna così la necessaria cooperazione tra referendum e legge parlamentare: il primo cancella o, al più, sagoma la normativa vigente; la seconda modella compiutamente l'esito abrogativo popolare, coordinandolo con le norme preesistenti. Soprattutto dopo l'espressione diretta della volontà normativa popolare, infatti, la conseguente funzione legislativa non può ridursi a mero meccanismo desiderante: è un potere costituzionale che va esercitato in leale collaborazione con gli altri poteri (primo tra tutti, quello referendario) che alla funzione legislativa sono contigui, benché distinti.

Si può dire anche così. Un quesito è inammissibile quando pretende di fare ciò che *non deve* fare: abrogare cioè una legge, espressamente o implicitamente sottratta a referendum. Non quando non fa ciò che per sua stessa natura *non può* fare: colmare cioè una lacuna normativa (ad esempio, in materia di eutanasia).

«A ciascuno il suo» ci dice il principio di leale collaborazione tra poteri, se preso sul serio. Il comitato promuova un quesito abrogativo. La Corte costituzionale verifichi se quell'abrogazione è ammissibile. Spetterà semmai al legislatore anticipare²⁵, correggere o integrare la normativa di risulta. Nell'attesa, sarà compito dei giudici comuni ricomporre l'ordinamento innovato dall'abrogazione popolare.

6. Dunque, «disarmonie o incongruità eventualmente discendenti dalla parzialità dell'intervento abrogativo o dall'assenza di discipline transitorie e consequenziali, *non [sono] tali da pregiudicare l'ammissibilità del referendum*»²⁶.

Del resto – se è lecito dire – non capisco perché non debba valere per l'abrogazione popolare quanto la Consulta concede già a sé stessa: cioè che la consapevolezza di eventuali disarmonie normative «non può costituire ostacolo alla dichiarazione di illegittimità» della legge sottoposta a sindacato di costituzionalità. Qualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici, e tuttavia la Corte ritiene di non poter negare il proprio intervento «per considerazioni di astratta coerenza formale nell'ambito del sistema»²⁷. «Spetterà al legislatore individuare gli

²⁴ Cfr. sent. n. 36/1997.

²⁵ Anche a voto referendario esperito: infatti, è la stessa legge n. 352 del 1970 a contemplare l'ipotesi che il Capo dello Stato, su richiesta del Governo, ritardi l'entrata in vigore dell'abrogazione referendaria «per un termine non superiore a 60 giorni» dalla pubblicazione dei suoi esiti (art. 37, comma 3), utili per approvare una legge o decreto legge in materia. Né è mancato in passato un intervento legislativo *ad hoc* per regalare altro tempo al legislatore: cfr. legge n. 332 del 1987 che, in deroga al citato art. 37, ne raddoppiava i termini per differire gli effetti dell'abrogazione popolare, al fine di agevolare l'approvazione della legge n. 117 del 1988 (c.d. Vassalli, in tema di responsabilità civile dei magistrati).

²⁶ Così la sent. n. 37/2020 (a proposito della normativa di risulta del referendum sulla separazione delle carriere); l'enfasi è aggiunta. Ciò trova conferma in una nota pagina della storia referendaria italiana: era il 1981 quando la Corte costituzionale giudicò ammissibili due referendum in tema di interruzione volontaria della gravidanza, benché antitetici nel loro obiettivo e tali da poter determinare «esiti incerti o contraddittori o perfino indecifrabili» (cfr. sent. n. 26/1981).

²⁷ Entrambe le citazioni testuali sono tratte dalla sent. n. 149/2018.

Addirittura, in altra occasione, la Corte costituzionale – accogliendo la *quaestio legitimitatis* riguardante il delta edittole della fattispecie impugnata – ha ritenuto di poter veicolare un sostituto sanzionatorio, così ripristinandolo, benché già travolto da una sua pregressa dichiarazione

opportuni rimedi», chiosano i giudici costituzionali²⁸. Appunto, dico io.

Così il cerchio si chiude, in nome della separazione tra i poteri di cui il principio di leale collaborazione «non è che il rovescio»²⁹. Vale per il seguito normativo di una sentenza di accoglimento. Non può non valere anche per l'esito normativo di un'abrogazione popolare.

d'illegittimità costituzionale: cfr. sent. n. 40/2019, per questa ragione criticata in dottrina (vedi C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in *DPC*, 18 marzo 2019, 4; M. PASSIONE, *La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. Pen. Web*, 2019, n. 3, 2-4).

²⁸ Così, ancora, la sent. n. 149/2018.

²⁹ R. BIN, *Il principio di leale cooperazione*, cit.

LA MORTE MEDICALMENTE ASSISTITA: IL PUNTO DI VISTA DEL MEDICO CLINICO

di MARIO RICCIO*

Il mio ovviamente non pretende di essere un intervento giuridico, ma sono le semplici osservazioni di un medico che da tempo si è applicato al problema della morte medicalmente assistita nei suoi aspetti pratico-clinici ed in questi anni ha seguito il dibattito sulle principali posizioni etico-deontologico, anche con uno sguardo alle legislazioni già vigenti.

Il testo che a breve andrà in discussione alla Camera – al netto dell’esame delle centinaia di emendamenti che la Commissione Giustizia della Camera sta continuando ad esaminare- è ingannevole e fuorviante fin dal titolo che recita: *Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell’eutanasia*. Non si capisce infatti perché mai il legislatore dovrebbe occuparsi- ancora - di rifiuto dei trattamenti sanitari, argomento di cui peraltro nel testo non si trova traccia. Già i casi Welby, Englaro, Piludu – solo per citare i più noti- sono stati affrontati e risolti dai vari giudici di merito, fino alla Suprema Corte di Cassazione. Successivamente è anche intervenuta la legge 219/17 sulle DAT ed infine la sentenza della Corte costituzionale sul caso dj Fabo ed in ultimo le sentenze sul caso Trentini. In tutte queste occasioni è stato ribadito come ormai del tutto acquisito il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario, anche qualora salvavita.

Il titolo del testo unico farebbe poi pensare che all’interno dello stesso si legiferi sulla eutanasia. Invece questa negli articoli non viene mai neanche citata. Si parla di morte medicalmente assistita, termine che in verità nella letteratura internazionale comprende due modalità: eutanasia e assistenza al suicidio. Ma nella proposta di legge la morte medicalmente assistita viene aggettivata come *atto autonomo* e pertanto – pur nella scarsa chiarezza lessicale-sembra riferirsi alla sola modalità del suicidio assistito. Voglio ricordare che proprio recentemente Vladimiro Zagrebelsky ha definito ipocrita ed intollerabile la distinzione sul piano giuridico fra le due metodiche, suicidio assistito ed eutanasia. Mi permetterei di aggiungere il mio modesto parere nel sostenere da molto tempo che sul piano etico-deontologico le due metodiche siano equivalenti.

Segue poi il mero copia-incolla della sentenza della Corte costituzionale sul caso dj Fabo come se il legislatore ne fosse assolutamente vincolato. Sono infatti riportate le condizioni ritenute vincolanti per richiedere l’aiuto al suicidio. Tra queste vi è *l’essere tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale* (a cui recentemente è stata anche aggiunta l’ulteriore seguente specificazione, *N.d.A.*) *la cui interruzione provocherebbe il decesso del paziente*”. Tale indicazione è stata – come noto- elemento specifico della sentenza della Consulta sul caso Cappato/dj Fabo. Sicuramente ha risposto ad una logica giuridica inerente quel caso specifico che chi scrive non ha certamente la competenza di valutare e criticare. Ma è del

* Medico specialista in Anestesia e Rianimazione, Consulta di Bioetica, Associazione Luca Coscioni

tutto evidente che contiene una illogicità semantico- argomentativa, apprezzabile anche senza specifiche competenze giuridiche né mediche. Se un soggetto è tenuto in vita da una terapia di sostegno vitale e vuole morire non abbisogna necessariamente di un trattamento di morte medicalmente assistita – eutanasia o assistenza al suicidio che sia- ma sarebbe sufficiente che interrompa o gli venga interrotta (casi Welby, Englaro, Piludu) tale terapia. Ma questo processo è già regolato dalla già citata normativa della legge sulle DAT. Dobbiamo poi sottolineare che in nessuna delle tante legislazioni vigenti in materia a livello internazionale è presente una tale limitazione. Inoltre, va ricordato che il 70 % dei richiedenti la morte medicalmente assistita – se guardiamo le statistiche dei paesi che l’hanno regolamentata- è rappresentato dal paziente oncologico a prognosi infausta a medio/breve termine che solitamente non assume nessuna particolare terapia, ancor meno di sostegno vitale. Un tale limite, se mantenuto nel testo definitivo, escluderebbe pertanto la maggioranza dei potenziali richiedenti. Con una evidente discriminazione fra soggetti richiedenti che potrà facilmente essere apprezzata dal giurista.

Abbiamo già detto che il Testo unico non riporta né menziona l’atto eutanasi. Anzi pare escluderlo dalla definizione di morte (volontaria?) medicalmente assistita. Metto tra parentesi l’aggettivazione volontaria perché appare pleonastica e ridondante. È evidente che il termine “volontaria” voglia fare riferimento al suicidio assistito. Allora era meglio che il testo esplicitasse con più chiarezza quella fattispecie. Ad esempio, intitolando il testo proposto “regolamentazione e disciplina del suicidio assistito”. Stante che il termine di suicidio assistito è ormai riconosciuto e riconoscibile in tutta la letteratura internazionale, sia giuridica che medica o filosofica. Inoltre, da questa ambigua definizione sembrerebbe che esista anche una morte medicalmente assistita priva del requisito della volontà del richiedente, ma a questo punto mi sembra si configurerebbe quale reato di omicidio volontario da parte di un sanitario.

Inoltre, come già detto, con il termine di “morte medicalmente assistita” - sempre a livello della letteratura internazionale - si comprendono le due differenti pratiche del suicidio assistito e dell’atto eutanasi.

Escludere l’eutanasia -lasciando momentaneamente da parte una riflessione etico/deontologica- può creare importanti problemi pratici. Infatti, è inevitabile che vi sia un certo numero di richiedenti la morte medicalmente assistita che non può - o può avere difficoltà - ad assumere autonomamente il farmaco che lo porterà a morte.

Noi abbiamo avuto l’esperienza diretta con dj Fabo e i suoi timori di non riuscire a mordere il famoso “bottono gommoso” che gli permise di autosomministrarsi il barbiturico nello stomaco. Ma abbiamo anche gli stessi timori per la realizzazione pratica del suicidio di “Mario” di Ancona, essendo questi tetraplegico.

In pratica ci troviamo davanti al rischio concreto che il richiedente -pur in possesso di tutti i criteri indicati sia dalla Consulta che da una eventuale legge per accedere al suicidio assistito – non possa però esercitare tale diritto per un impedimento fisico.

Inutile sottolineare l’ulteriore evidente elemento di discriminazione giuridica

Ed infine, non sarò così supponente da pretendere in questo contesto di esprimere la mia opinione circa l'esistenza di un diritto a morire, né quantomeno tenterò di argomentare il principio etico-giuridico della disponibilità della propria vita. Ma sono certo nel sostenere che esista il dovere morale -da parte di un medico- di accogliere la richiesta del paziente di uccidersi o farsi uccidere se si trova in determinate condizioni. Questo perché molto spesso è stata la moderna medicina che lo ha condotto in tali condizioni. Infatti, la moderna medicina -pur oggi molto potente – purtroppo non raggiunge l'obiettivo prefissato. Talora poi costringe il paziente in una condizione che questi reputa peggiore della stessa morte a cui sarebbe rapidamente giunto in assenza dell'intervento medico. I casi Welby, Englaro, Piludu, dj Fabo, Trentini ne sono una chiara testimonianza. Ma tale situazione è assai comune in tanti altri pazienti che pur non hanno raggiunto la notorietà delle cronache. Il problema sarà sempre più evidente da un lato con il prolungarsi dell'età della vita media con la relativa complessità delle patologie ed il cronicizzarsi delle stesse. Dall'altro con il sempre maggior sviluppo della medicina che offrirà soluzioni sempre più complesse anche se purtroppo non sempre risolutive. Chiaro esempio di quello che in filosofia morale viene definito eterogenesi dei fini. Ma credo che il legislatore ai pazienti in quelle condizioni debba dare delle risposte pratiche e non argomentazioni filosofiche.

VERSO UN TESTAMENTO “TANATOLOGICO”? (BREVI CONSIDERAZIONI SULL’AMMISSIBILITÀ DEL QUESITO ABROGATIVO PARZIALE DELL’ART. 579 C.P.)

di ANTONIO RIVIEZZO*

SOMMARIO: 1. Il punto e il sistema. - 2. Il quesito rispetta (almeno *prima facie*) la disciplina costituzionale. - 3. La sostanza e i (pochi) dubbi: manipolazione e bene giuridico protetto. - 4. “Vita” e atti di disposizione su di essa: un problema di pertinenza esclusiva del legislatore.

1. È piuttosto evidente, direi, che non sia possibile esaminare il tema oggetto del seminario senza collocarlo in un quadro più ampio, che prenda le mosse – almeno – dalla sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, con la quale è stata fortemente limitata, e in una certa misura riscritta, la disciplina dell’assistenza al suicidio (art. 580 c.p.), attingendo a piene mani dalla disciplina dettata dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

Proiettando sul sistema gli effetti di una eventuale abrogazione referendaria di parte dell’art. 579 c.p., infatti, si verrebbe a determinare, in combinazione con la vigente regolamentazione della fattispecie *ex* art. 580 c.p. (frutto del controverso intervento della Consulta), una radicale *inversione di rotta* rispetto alla tutela – e alla stessa natura – del c.d. diritto alla vita, aprendo (forse definitivamente) la via alla pratica della c.d. eutanasia, senza nemmeno più il problema di dover distinguere, come avviene oggi, tra quella *passiva* e quella *attiva*¹.

In altri termini, come è stato ben detto, il retrostante problema di Diritto costituzionale *sostanziale* è capire «se la vita sia [ancora?] un *valore costituzionale obiettivo*, di cui gli individui *non dispongono*, oppure [oramai?] un *diritto costituzionale soggettivo*, rimesso alle *libere determinazioni individuali*»².

Il problema nasce in effetti dalla – a mio avviso inoppugnabile – constatazione che, eliminando dal testo «le parole che la proposta di referendum si propone di abrogare, l’art. 579, c.p. *ruota agli antipodi*, e si ritrova a sancire il principio di disponibilità del diritto alla vita»³.

Il che porta appunto con sé la necessità, tra le altre cose, di un inquadramento costituzionale del c.d. diritto alla (buona) morte.

* Associato in Diritto costituzionale, Università di Siena

¹ Sebbene facilmente distinguibili sotto il profilo concettuale, infatti, non è difficile immaginare un forte rischio di sovrapposizione e oscillazione tra le due fattispecie in sede di qualificazione delle concrete condotte da accertare in processo.

² A. ALBERTI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost., sent. n. 242 del 2019*, in *Riv. giur. sarda*, n. 2/2019, 69, 71. Corsivi testuali, interpolazioni mie.

³ T. PADOVANI, *Note critiche circa il referendum sull’art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in *Giur. pen.*, n. 7-8/2021, 1. Corsivo aggiunto.

Naturalmente una simile ricerca non può essere esaurita in poche battute, tanto più che – unitamente all’*oggetto* – il *focus* della mia riflessione è (o almeno vorrebbe essere) lo *strumento* con cui l’operazione viene portata a compimento, ossia il referendum popolare *ex art. 75 Cost.*

Vero quanto sopra, tuttavia, un primo problema sarà appunto quello di comprendere se sia tollerabile un quesito referendario che porti con sé tali e tante implicazioni, non solo di sistema ma anche culturali.

2. Osservando la *lettera* dell’art. 75 Cost., non vedrei problemi di sorta in ordine all’ammissibilità del quesito: esso verte su una disposizione statale di rango primario, postulandone l’abrogazione parziale, e la disposizione oggetto di referendum non rientra tra quelle portanti materie per le quali il ricorso all’istituto sia vietato. Anzi: se è vero che il referendum *ex art. 75* fu concepito proprio come un *correttivo* del regime parlamentare – ossia quale possibilità di ricorrere al pronunciamento popolare per l’indicazione delle grandi opzioni di valore presenti nella società – allora è difficile immaginare un quesito più ortodosso (e quindi ammissibile) di questo.

Oltre a ciò, il quesito mi pare conforme anche agli ulteriori vincoli che la Corte costituzionale, in sede di giudizio di ammissibilità (*ex art. 2, legge cost. 11 marzo 1953, n. 1*), ha avuto modo di isolare nel tempo con la sua giurisprudenza, più pretoria che dichiarativa a dire il vero.

L’arcinota catena di arresti in parola si è dipanata lungo due filoni che è qui appena il caso di ricordare:

a.- uno *ampliativo* del catalogo delle materie “non referendabili” (quelle *strettamente collegate* a quelle esplicitamente vietate; i contenuti *costituzionalmente necessari e/o vincolati*; e via discorrendo) a partire dalla decisione fondativa n. 16 del 1978;

b.- uno concernente il *quesito in sé*, prescritto come *omogeneo* (ancora sent. n. 16/1978), *chiaro, semplice e completo* (sent. n. 27/1981); *riconoscibile, coerente e intelligibile* negli esiti (sent. n. 29/1987).

Anche qui, almeno in prima battuta, si farebbe fatica a rilevare un qualche profilo di inammissibilità del quesito, se non relativamente alla sua effettiva, *completa*, intelligibilità da parte del comune cittadino: come annota la stessa traccia di discussione predisposta per questo Seminario, infatti, se da un lato «in ragione dell’esito normativo dell’abrogazione popolare, non sembrerebbero prodursi offese alla libertà di coscienza e di voto dell’elettore, al quale viene sottoposta un’alternativa netta sulla quale esprimersi», dall’altro il cittadino «potrebbe essere senz’altro favorevole a un’estensione “controllata” delle ipotesi che verrebbero scriminate – sostanzialmente aderendo a quanto stabilito dalla Consulta nella sent. n. 242/2019 – ma non condividere la più ampia depenalizzazione derivante dalla proposta abrogazione dell’art. 579 c.p.»⁴.

⁴ Cfr. la *Traccia per la discussione*, §4.3, in questo stesso volume.

A mio avviso, tuttavia, i corni del dilemma investono due questioni distinte, poste – più che in alternativa – *in sequenza*, e solo la prima è direttamente collegata all'appello al popolo⁵.

Se questa mia impressione è esatta, se quindi il secondo corno del dilemma mostri valenza politico-istituzionale e non legislativa, collocandosi pertanto al di fuori del perimetro all'interno del quale l'iniziativa referendaria viene qui esaminata, ricorrerebbe nella fattispecie anche il requisito dell'intelligibilità.

Infine, dal punto di vista strettamente procedimentale e senza voler entrare nelle pieghe dei singoli dispositivi, va detto che in termini generali neppure le recenti innovazioni portate alla regolamentazione ordinaria (legge 25 maggio 1970, n. 352 e s.m.i.) a cagione dello stato di emergenza mi paiono rilevanti in punto di stretta ammissibilità; in effetti, la stessa Corte costituzionale ha a più riprese chiarito che il punto decisivo per garantire la compatibilità delle regole d'eccezione con il quadro ordinamentale ordinario si risolve nella semplice delimitazione degli *effetti temporali* degli atti emergenziali⁶.

3. Vero è, invece, che la manipolazione del testo vigente dell'art. 579 c.p. ad opera del quesito è idonea a produrre, come accennavo in apertura, conseguenze sistematiche radicali.

Anche qui, peraltro, la Corte costituzionale ha specificato i limiti della manipolazione consentita dalla lettera *e dallo spirito* dell'art. 75 Cost., affinché un istituto di legislazione *negativa* non venga travisato in uno di legislazione *per sottrazione*; segnatamente, resta tutt'oggi fermo che, attraverso l'espunzione dal testo legislativo di singole porzioni linguistiche, non si dovrebbe mirare a ridisciplinare (in positivo) la materia sottoposta al voto popolare, come tipicamente avviene quando l'ablazione testuale riguardi parti della disposizione prive di un autonomo portato semantico e quindi di un proprio significato prescrittivo (cfr. in particolare la sent. n. 5/1995).

Detto in altro modo, un'abrogazione selettiva della norma posta dal legislatore non può perseguire l'effetto di sostituire la regolamentazione previgente con altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo (cfr. soprattutto le sentenze concernenti i limiti della c.d. tecnica del ritaglio n. 36/1997, n. 13/1999 e n. 33/2000).

Ebbene, in base a tale consolidata lettura dell'istituto referendario, di nuovo, mi sembra doversi concludere per l'ammissibilità del quesito, nel senso che la manipolazione pare essersi mantenuta all'interno del perimetro tracciato dalla normativa vigente e dalla giurisprudenza costituzionale: esso sostanzialmente mira a una depenalizzazione di determinate condotte con correlativa riespansione della scriminante *ex art. 50 c.p.*; ma trattasi di effetto *di sistema*, non di conseguenza diretta del pronunciamento popolare.

⁵ La seconda questione, in altri termini, mi sembra *seguire* l'eventuale innovazione del quadro normativo, e si risolverebbe più che altro in una problematica *applicativa* del diritto oggettivo, *se* innovato dal pronunciamento popolare *ed in quanto* riconfigurato dai meccanismi sistematici di riempimento delle lacune prodotte dall'abrogazione referendaria.

⁶ Così, molto chiaramente, già la sent. n. 15/1982.

L'ultimo (e forse unico) nodo da sciogliere (forse già nella sede del giudizio di ammissibilità⁷) è quindi il seguente: la "vita" (qualunque cosa essa possa significare⁸) *può essere oggetto di un diritto soggettivo in senso giuridico, per di più disponibile?* Se così non fosse, infatti, il referendum potrebbe vertere su materia non referendabile.

Orbene, per abbozzare una risposta limitata ai fini della mia breve riflessione, si può far leva su un *duplice silenzio legislativo*:

a.- la Costituzione non menziona mai la "vita" come oggetto di un diritto;

b.- l'ordinamento penale non sanziona né il suicidio, né il tentato suicidio (cioè atti di disposizione della *propria* vita).

Dal primo silenzio, credo si possa ricavare, almeno, l'impressione che la "vita" (ripeto: qualunque cosa si voglia significare con tale parola), più che un diritto in senso stretto, sia uno *status*, o meglio il *presupposto* ("l'essere in vita") per poter godere di diritti, a iniziare da quello fondamentale alla salute, questo sì formalizzato (nell'art. 32 Cost.) e a quella logicamente collegato (almeno nel senso che "perdere la salute" porta, prima o dopo, a "perdere la vita").

Dal secondo silenzio, invece, ricaverai (almeno) che il c.d. bene-vita (*rectius*: "l'essere in vita") non sia protetto in senso assoluto: se l'atto suicidiario è infatti un atto penalmente non sanzionato, massimamente sanzionato è quello omicidiario (art. 575 c.p.).

In breve, è sicuramente protetta (*rectius*: è considerata un bene giuridico meritevole del presidio penalistico) la *vita altrui*.

Vero è che andrebbe altresì distinta – almeno – la "nuda vita" (per la quale il riferimento costituzionale più appropriato sembrerebbe peraltro l'art. 27, 4° comma, Cost.) dal (diritto al)l'integrità psico-fisica, riconducibile al paradigma dell'art. 32, 1° comma, Cost.⁹; nondimeno, tale distinzione – a me sembra – non aiuterebbe a chiarire i termini della questione che affronto: il divieto *assoluto* per lo Stato di uccidere i propri cittadini (che discende dall'ablazione testuale portata dalla legge cost. 2 ottobre 2007, n. 1, facente seguito a Corte cost. n. 223 del 1996, per la quale il divieto della pena di morte sarebbe da leggere in sistema con l'art. 2 Cost.), infatti, è compatibile con una concezione del c.d. diritto alla vita tanto nei termini del diritto disponibile, quanto in quelli del diritto (totalmente o parzialmente) indisponibile.

La conclusione, anche alla luce dell'ulteriore legislazione ordinaria in vigore, mi pare pertanto la seguente: attualmente l'ordinamento giuridico sembra

⁷ Tralascio invece – poiché mi sembra un punto che possa essere adeguatamente affrontato soltanto in sede di legittimità costituzionale – di esaminare *funditus* i profili della ragionevolezza della normativa di risulta che sembrerebbe creare un'asimmetria tra (valutazione delle) condotte *ex* art. 579 c.p. e condotte *ex* art. 580 c.p. (cui la *Traccia per la discussione* fa riferimento nel §5.2).

⁸ Per avere un'idea della problematicità definitoria della *vita*, soprattutto se declinato assieme al connesso concetto di *salute*, possono almeno vedersi S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino 2009, 175 ss.; E. STRADELLA (cura), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa University Press, Pisa 2011; M.B. MAGRO, *The Last Dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 12 giugno 2019, 1-33;

⁹ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 95 ss.

«riconoscere ad ogni singolo individuo la capacità di decidere autonomamente, con il limite dei danni per i terzi, ma con la piena possibilità di determinare i propri valori morali e le proprie scelte» anche in ordine alla *propria* vita¹⁰.

Pure da tale versante, pertanto, il quesito referendario parrebbe ammissibile.

4. Diversa questione – a mio avviso non rilevante in sede di giudizio di ammissibilità eppure da tenere ben presente – è quella dei *limiti interni* della disponibilità del c.d. diritto alla vita, sui quali l'interlocuzione del Parlamento appare comunque urgente e ineludibile: è agevole ipotizzare, infatti, che – in caso di esito abrogativo – si aprirebbe la via non solo alle pratiche eutanasiche (come paventato da tutti i commentatori) ma anche alla configurabilità di un vero e proprio *testamento tanatologico* (più che biologico), di portata ben più ampia delle stesse disposizioni anticipate di trattamento *ex lege* n. 217 del 2019.

Detto altrimenti, un esito referendario abrogativo di parte dell'art. 579 c.p., assieme al già ricordato arresto della Corte costituzionale del 2019 sull'art. 580 c.p., metterebbe infine il titolare del c.d. diritto alla vita nelle condizioni di scegliere, a ben vedere, non tanto tra la (sua) vita e la (sua) morte, quanto tra differenti modi di morire, senza ulteriori limitazioni deducibili, in modo indubitabile e necessario, dal sistema¹¹.

In assenza di *interpositio legislatoris*, insomma, la concezione della "vita" che ne scaturirebbe non potrebbe a mio avviso che ricondursi a un unico paradigma: partendo dai consolidati principi della tolleranza e dell'individualismo radicati nella nostra società, infatti, l'inerzia parlamentare avallerebbe, più o meno consapevolmente, un diritto oggettivo sagomato *esclusivamente* sull'etica dell'Uomo-Dio (di sé stesso, *scil.*)¹², nel quale i possibili abusi e le prevedibili distorsioni dell'esercizio del c.d. diritto alla vita dovrebbero essere risolte caso per caso, stante il permanere nel sistema dell'art. 5 c.c. e della legislazione a tale divieto collegata¹³.

E se davvero esiste un ambito materiale nel quale l'incertezza del diritto risulta del tutto inaccettabile, direi che sia proprio questo.

¹⁰ U. ADAMO, *Costituzione e (processo del) fine vita*, in *Dig. Disc. Priv.*, agg. XII, Utet, Torino 2019, 143, 182; in senso analogo, F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, 483, spec. 507 ss.

¹¹ ... soprattutto qualora si volesse tener fermo il collegamento tra "vita" e "salute", nella consolidata accezione ampia fornitane dall'Organizzazione Mondiale della Sanità: «*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*» (v. <https://www.who.int/about/governance/constitution>).

¹² Riprendo l'espressione "Uomo-Dio" dal titolo del libro di Y.N. HARARI, *Homo Deus. A brief history of tomorrow*, trad. it. di M. Piani, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, Milano 2018, il quale delinea un futuro prossimo nel quale la grande missione della specie umana sarà la sconfitta della morte; aggiungerei che, sin quando quel risultato non sarà raggiunto, stabilirne il momento risponda alla medesima logica divina del controllo.

¹³ Ossia, almeno le leggi: 26 giugno 1967, n. 458; 13 luglio 1967, n. 584; 16 dicembre 1999, n. 483; 19 settembre 2012, n. 167.

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.: INAMMISSIBILE E, ALLO STESSO TEMPO, DAGLI EFFETTI INCOSTITUZIONALI

di ANTONIO RUGGERI*

SOMMARIO: 1. Le premesse, altrove argomentate e qui meramente esplicitate, che stanno a base della risoluzione della questione sottopostaci. – 2. Il doppio volto della salute, diritto fondamentale della persona ed interesse, parimenti fondamentale, della collettività. – 3. Le conseguenze discendenti dalle notazioni sopra svolte in relazione al caso qui specificamente in esame. – 4. La natura della disciplina in atto vigente, la funzione *immediatamente* e *necessariamente* servente in cui si pone rispetto a valori costituzionalmente protetti, i riflessi che se ne hanno a carico della iniziativa referendaria riguardante l'art. 579 c.p.

1. La tesi enunciata nel titolo dato a questa mia succinta riflessione richiederebbe uno spazio particolarmente esteso al fine di essere argomentata come si conviene, qui tuttavia non disponibile; mi trovo dunque costretto a considerare acquisite le premesse del mio ragionamento, quanto meno per il modo con cui mi sono sforzato di precisarle e metterle a punto in altri luoghi, pur nella consapevolezza che le stesse sono oggetto di animato confronto e da non pochi studiosi risolutamente contestate.

La prima di esse è che vita e morte, dal punto di vista della Costituzione, non sono fenomeni speculari, sì da meritare uguale trattamento. L'una è, infatti, un diritto, anzi il primo dei diritti fondamentali (non già nel senso che si ha il diritto di venire al mondo bensì nell'altro che, una volta venuti alla luce, si ha il diritto di restarvi, perlomeno fino a quando è possibile), dal momento che senza di essa non sarebbero neppure immaginabili i restanti; la seconda, di contro, diritto non è, in specie non lo è per il soggetto che la invoca, sia pure per ragioni meritevoli della massima attenzione umana, quali quelle che fanno capo a condizioni di vita fortemente compromesse che nondimeno – e qui è la seconda premessa del mio discorso – non comportano affatto, come invece taluni pensano, un degrado e persino lo smarrimento della dignità che, anzi, proprio dalla sofferenza è ulteriormente confermata quale tratto identificativo della *humanitas* del soggetto stesso¹. Insomma, il suicidio è (e resta), in sé e per sé, un mero “fatto”, dolorosissimo, come ho detto altre volte, sia per chi lo compie e sia per chi resta, sovente schiacciato dal rimorso di non essere riuscito ad evitarlo, non già un diritto costituzionale del quale peraltro non si vede quale mai possa essere il fondamento. V'è tuttavia un punto di contatto tra le due situazioni qui poste a raffronto, il cui rilievo si vedrà meglio a momenti trattando di ciò che rappresenta nelle vicende di

* *Emerito di Diritto costituzionale, Università di Messina*

¹ Non è poi inopportuno qui rammentare che coloro che soffrono a causa della malattia hanno il diritto – questo sì fondamentale – a prestazioni di solidarietà, nella forma sia della somministrazione di terapie contro il dolore e sia di sostegno psicologico, da parte di quanti li assistono.

fine-vita l'autodeterminazione della persona; ed è che nessuno ha voluto venire al mondo ma è nato per decisione altrui e nessuno può parimenti uscirne per propria volontà, o meglio non gli è riconosciuto il diritto costituzionale di farlo.

V'è di più. Il suicidio non soltanto non può, per sua strutturale ed indeclinabile vocazione, porsi ad oggetto di un diritto ma è dalla Carta e dall'ordinamento sulla stessa fondato visto con sfavore, al punto di essere considerato penalmente rilevante sotto più aspetti. È pur vero che nessuna sanzione è stabilita per chi tenta di porlo in essere senza riuscirvi; ciò che – come si è fatto notare altrove – si deve unicamente alla *pietas* nei riguardi di persone particolarmente provate dalla vita, nei cui riguardi sarebbe chiaramente insensato ulteriormente infierire. Di contro, la condotta di coloro che variamente incoraggiano il proposito suicidario o ne agevolano la realizzazione merita – questa sì – di essere penalmente repressa. E lo stesso vale altresì per comportamenti, anche meramente omissivi, posti in essere da chi non tenta di ostacolare la messa in atto dell'intento suicidario ovvero non si attiva per impedirne il perfezionamento.

Si consideri, ad es., il caso di chi è presente nel momento in cui una persona si getta da un cornicione di un edificio e, consapevole che si tratta di un gesto inconsulto ma frutto di libera e consapevole autodeterminazione di chi lo compie (magari per avere in più circostanze minacciato di porlo in essere), nulla fa per dare soccorso alla persona che, gravemente ferita, giace al suolo o – peggio – si adopera per incoraggiare il compimento del gesto suddetto o dà il colpo di grazia alla persona in agonia. O ancora si pensi al caso di persona coinvolta in un incidente stradale che versi in imminente pericolo di vita: ancora una volta, è chiaro che nessuno, trovandosi sul posto, si chiederà mai se la persona stessa ha scientemente provocato il fatto perché desiderosa di togliersi la vita ma senza indugio la soccorre (e *deve* soccorrerla), così come vi danno pronta assistenza i sanitari recatisi sul posto o presso i quali la vittima dell'incidente sia portata per le cure del caso. L'omissione di soccorso e l'istigazione al suicidio – come sappiamo – sono penalmente perseguite, da noi come altrove, pur nei limiti segnati dai disposti normativi che le riguardano e dalle loro letture affermatesi in giurisprudenza (e mi riferisco ora, in special modo, alle indicazioni date dalla Consulta in *Cappato*).

La terza premessa riguarda una questione di cruciale rilievo che, invero, richiederebbe una trattazione a sé non poco estesa ed approfondita; ed attiene alla conformazione complessiva delle situazioni giuridiche soggettive in generale ed a quelle di rilievo costituzionale in specie. Non metto in dubbio il fatto che per esse possa mantenersi la sistemazione datavi già in tempi remoti che – com'è noto – le divide in *attive* e *passive*. Tengo però a rilevare che la distanza evocata da siffatte qualifiche si riduce fino ad azzerarsi del tutto in relazione alle situazioni di rilievo costituzionale, quanto meno con riguardo a talune di esse che esibiscono una struttura complessa, in seno alla quale è dato – a mia opinione – registrare una componente a prima impressione incompatibile con l'etichetta data al contenitore in cui le situazioni stesse sono ospitate. E così, per un verso, i diritti fondamentali – qualifica che distingue e connota alcuni diritti rispetto ad altri che fondamentali non sono ma che ad oggi richiede non secondarie precisazioni di ordine metodico-dogmatico e solleva non pochi problemi in ordine al suo riconoscimento in concreto – esibiscono, a mio modo di vedere, una carica deontica; specularmente, per un

altro verso, gli stessi doveri inderogabili di solidarietà – per riprendere l’espressione fatta propria dalla nostra Carta – possono essere visti anche come diritti inviolabili. Insomma, al pari delle medaglie, le situazioni costituzionalmente previste hanno doppia faccia; solo che, a seconda del *genus* al quale ciascuna di esse appartiene, l’una appare maggiormente marcata dell’altra, sì da giustificarne il nome e la qualifica.

Non occorre spendere molte parole a conferma di quest’assunto.

Pescando a caso tra le situazioni suddette, ad es. il diritto al lavoro è anche – come si sa – un dovere il cui adempimento è condizione del progresso materiale o spirituale della società; così pure il voto è diritto e dovere allo stesso tempo, e via dicendo. Persino situazioni che parrebbero in tutto e per tutto rientrare in una sola delle “caselle” usuali, quale la difesa della patria, espressamente e solennemente qualificata dalla Carta quale “sacro dovere del cittadino”, può essere altresì vista *anche* come diritto fondamentale, a nessuno potendo essere impedito di difendere la patria minacciata dal nemico, a motivo del fatto che allo stesso tempo difende se stesso, i propri cari, i propri beni. Ed è perciò – dico qui di sfuggita – che il dovere in parola può, a mio modo di vedere, essere riferito altresì al non cittadino stabilmente residente nel territorio della Repubblica, al di là della diversa indicazione risultante dalla lettera del disposto costituzionale che, nondimeno, qui come altrove, non appare stringente, ove si consideri che persino la formulazione testuale di enunciati espressivi di principi fondamentali, quale quella di cui all’art. 3, è stata (ed è) fatta oggetto di adattamento interpretativo e riferita, perlomeno sotto alcuni aspetti, anche ai non cittadini.

2. Venendo, poi, specificamente al tema qui discusso, non è meramente casuale che la salute sia qualificata, a un tempo, quale diritto fondamentale del singolo ed interesse (a mio avviso, parimenti fondamentale) della collettività, senza che possa farsi distinzione alcuna tra le due componenti in parola, nel senso di assegnare maggiore peso all’una rispetto all’altra.

Il vero è che il corpo sociale ha una sua complessiva identità che si riconosce ed apprezza in prospettiva assiologicamente orientata, per il tramite cioè del riferimento ai valori fondamentali cui dà voce la Carta, una identità che al fine di poter essere salvaguardata e trasmessa anche alle generazioni che verranno richiede l’ottimale appagamento – possiamo ormai dire – dei *diritti-doveri* costituzionalmente protetti, senza alcuna indebita discriminazione tra le due “anime” che ciascuno di essi racchiude dentro di sé.

D’altronde, è in questa luce che si spiega ed apprezza il *dovere di esercitare i diritti*, gravante su ciascun membro del consorzio civile quale *prius*, logico ed assiologico a un tempo, della integra conservazione e trasmissione nel tempo dell’ordinamento, della sua identità appunto. È chiaro, infatti, che, laddove per un evento straordinario la gran parte dei componenti il gruppo sociale dismettesse di far valere i propri diritti, verrebbe ad impiantarsi una perversa *consuetudine imitativa diffusa* che porterebbe l’ordinamento a cessare di essere qual è (una democrazia di tradizioni liberali) o, addirittura, a cessare del tutto.

Se ne ha che, allo stesso tempo (e circolarmente), si ha il *diritto di esercitare i doveri*, nella consapevolezza che solo in tal modo può assicurarsi la trasmissione suddetta; e l'esistenza del gruppo è – come si sa – condizione della esistenza dei diritti e del loro godimento (cheché ne dica la teoria robinsoniana del diritto, il profugo solitario in un'isola disabitata non vanta diritti verso alcuno). L'unica colla in grado di assicurare la coesione del gruppo attorno a valori fondamentali comuni ed assicurare perciò la fruizione dei diritti, fondamentali e non, è la mutua solidarietà tra coloro che vi fanno parte.

Di qui i limiti, varî in ragione delle fattispecie e delle condizioni di contesto, che se ne hanno per l'autodeterminazione soggettiva, in ciascuna delle sue espressioni e in tutte assieme. Come mi è venuto di dire in altra occasione², l'autodeterminazione non è, invero, *né tutto né niente*, trovandosi obbligata a soggiacere a condizionamenti, la cui intensità muta per quantità e qualità nel passaggio da una situazione soggettiva all'altra, all'incontro con bisogni elementari, insopprimibili, che fanno capo all'intera collettività il cui appagamento è condizione stessa della esistenza di un gruppo sociale politicamente organizzato, del suo essere cioè una *communitas* dotata di una sua propria identità.

Questa conclusione – com'è chiaro – vale anche per lo specifico ambito di esperienza nel quale maturano le vicende relative alla salute ed alla vita stessa di ciascun essere umano che, riguardata dalla prospettiva dei diritti, non è essa pure *né tutto né niente*.

Non si spiegherebbe altrimenti l'esplicito riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, di cui si fa parola nella Carta, tanto più opportuni e, anzi, necessari in presenza di malattie diffusive, tali da mettere a rischio la salute collettiva; ed è perciò – se mi si consente qui una notazione di sfuggita che, profittando dell'opportunità oggi offertami, tengo nuovamente a riproporre – che, una volta scoperti i vaccini anti-covid, sarebbe stato necessario stabilirne senza indugio alcuno il carattere obbligatorio: trovo, infatti, al riguardo singolare e francamente stupefacente che ciò non si sia a tutt'oggi fatto, per quanto il fiorire di varianti sempre più insidiose mi induce a pensare che tra non molto ci si troverà costretti a far luogo a questo passo.

3. Alla luce delle indicazioni di ordine generale sommariamente enunciate può, a parer mio, vedersi nel modo giusto la questione su cui siamo oggi stati chiamati a confrontarci.

Ebbene, la domanda referendaria avente ad oggetto l'art. 579 c.p., per il modo con cui è formulata – con abnorme manipolazione dell'enunciato normativo³, senza peraltro tralasciare le riserve sollevate dalla denominazione del quesito e dalla sua rispondenza al fine avuto di mira dai promotori, nonché in ordine alla

² ... e, segnatamente, nella mia voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss., con specifica attenzione alle vicende d'inizio e fine-vita.

³ ... messa in luce da A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in questo stesso volume; ma vedi anche, al riguardo, le precisazioni fatte da Roberto Romboli nella sua replica finale.

ragionevolezza della normativa di risulta⁴ – determina uno squilibrio complessivo del sistema e – non temo di esagerare – mina pilastri portanti della costruzione ordinamentale, col fatto stesso di spianare la via ad incontrollate ed esasperate manifestazioni dell'autodeterminazione soggettiva che pretenderebbero di poggiare sul presupposto, non esplicitato ma chiaramente visibile, costituito dalla conformazione del suicidio quale diritto costituzionale della persona, in buona sostanza non soggetto a limite alcuno, dunque idoneo a portarsi ben oltre il recinto delineato, a seguito di un sofferto bilanciamento, dalla Consulta in *Cappato*. Un diritto, insomma, che è visto quale *fine* in sé e per sé ma anche quale *mezzo* in funzione della salvaguardia della dignità che si assume essere menomata dalle precarie condizioni di vita in cui la persona stessa può versare (ed effettivamente talora versa), confondendosi tuttavia in tal modo il degrado della qualità della vita con quello della dignità.

Di contro, lo spegnimento di una vita, pur laddove la stessa sia gravata da sofferenze indicibili, è pur sempre la rinuncia ad una risorsa preziosa per l'intera collettività, per la elementare ragione che tale è la persona, *ogni persona ut sic*, portatrice di una dignità non graduabile in ragione delle circostanze di contesto in cui maturano le singole esperienze umane⁵.

Se ne ha che nessuno può collaborare con la persona sofferente nella realizzazione del proposito suicidario di quest'ultima. Né varrebbe opporre – come pure da molti si è fatto – che in tal modo si lede il principio di eguaglianza, discriminandosi la condizione di chi può *materialmente* togliersi la vita da chi di siffatta capacità non dispone, dal momento che ancora una volta si confonde l'accadimento materiale con un diritto, si dà cioè per dimostrato ciò che dimostrato non è: l'esistenza di un diritto (nella sua ristretta e propria accezione) a darsi la morte.

È pur vero tuttavia che l'autodeterminazione, in congiunture siffatte, non resta in tutto e per tutto priva di rilievo giuridico, dal momento che entra a comporre il contesto, *oggettivamente considerato*, nel quale maturano le esperienze di fine-vita delle quali stiamo ancora una volta trattando. Ed è perciò che il legislatore ha opportunamente ritenuto di dover graduare la pena, affievolendola, per l'omicidio del consenziente rispetto alla fattispecie generale alla quale pure appartiene, attribuendo rilievo – qui è il punto che mi preme rimarcare – non già in modo esclusivo o assorbente alla volontà manifestata dal paziente bensì alle circostanze in cui la manifestazione stessa prende forma e, perciò, di riflesso, alla *pietas* nutrita nei riguardi della persona sofferente dal terzo che ne spegne la vita.

4. È da chiedersi, a questo punto, a quale “tipo” possa farsi riportare la disciplina in atto vigente.

⁴ Su di che, part., 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, 9 dicembre 2021, 976 ss.

⁵ Raggiagli, volendo, nel mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *ConsultaOnLine*, 2/2018, 3 giugno 2018, 392 ss.

Per un verso, verrebbe da pensare che rientri tra quelle c.d. *costituzionalmente obbligatorie*, se non altro perché, laddove non vi fosse, verrebbe spianata la via per l'uccisione a tutto campo, anche dunque di persone non afflitte da malattie portatrici di atroci sofferenze, purché poggiante su una libera e consapevole manifestazione di volontà in tal senso della stessa persona uccisa⁶. Per un altro verso, però, parrebbe essere *a contenuto costituzionalmente vincolato* (nella sua ristretta e propria accezione, pur nei limiti segnati in ordine alla sua tipizzazione da una oscillante giurisprudenza al riguardo)⁷, offrendo una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti e restando nondimeno rimessa la quantificazione della pena – fatto in sé, di certo, di non secondario rilievo – pur sempre al prudente apprezzamento (come di consueto, verificabile *secondo ragionevolezza*) del legislatore e comunque – dico *per incidens* – non essendo dato alla Consulta di stabilirla al suo posto “a rime obbligate”⁸.

L'affievolimento della pena – tengo qui a rimarcare – si deve, dunque, non tanto alla circostanza per cui il fatto criminoso poggia su una manifestazione di volontà della persona uccisa, quanto alle condizioni oggettive del contesto nel quale il fatto stesso s'inscrive e perviene a maturazione, che naturalmente inducono a qualificare come meno grave la fattispecie di reato, così come, all'opposto, parimenti grave rispetto all'omicidio è, in sé e per sé, *oggettivamente* appunto, l'uccisione di persona consenziente che versi in una delle condizioni d'infermità previste dal disposto normativo in parola, non riguardate – come si sa – dal raggio d'azione della iniziativa referendaria.

Di qui, poi, la conclusione messa in evidenza nel titolo dato a questa mia succinta riflessione secondo cui 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, e

⁶ Verrebbe, in tal modo, a darsi seguito ad un'accezione esasperata, incondizionata dell'autodeterminazione, estranea tuttavia al sistema dei valori positivizzati nella Carta e bisognosi pur sempre di soggiacere a reciproco contemperamento secondo i casi.

⁷ Cfr. al punto di vista qui manifestato quelli espressi da A. PUGIOTTO, in occasione del *forum* su *I Referendum per l'eutanasia legale*, organizzato da *Giust. Insieme*, 29 settembre 2021, e R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume e, ora, G. RAZZANO, nello scritto sopra cit., spec. 977 ss.

⁸ Non indugio, poi, qui sulla crisi palese nella quale versa il limite in parola, talvolta disinvoltamente messo da canto dal giudice costituzionale per far posto alla tecnica dei “versi sciolti”, com'è stata efficacemente chiamata da una sensibile dottrina (D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss.). Di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’” ha, poi, discorso un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115, per il riferimento testuale: ma – come si vede – la sostanza, a conti fatti, non muta. In tema, da ultimo, I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, 9 dicembre 2021, spec. 999 ss., e, nella stessa *Rivista*, C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un'insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazioni a margine della sent. n. 185 del 2021)*, 10 dicembre 2021, 1011 ss., nonché G. CASAVECCHIA, “*Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*”, in *Oss. cost.*, 6/2021, 7 dicembre 2021, 496 ss., spec. 508 ss.

incostituzionali per gli effetti prodotti, qui poi resi ancora più evidenti dalla normativa di risulta⁹. E ciò, per una duplice ragione: per un verso, in quanto il *vulnus* recato alle norme stesse verrebbe *ipso facto* a ridondare in una lesione dei disposti medesimi non immediatamente e con sicurezza rimediabile, ove si ammetta – come devesi – che nessuna garanzia si ha né che si determini il differimento temporale della produzione dell'effetto ablativo né che lo stesso, pur laddove vi sia, porti alla produzione di altra fonte idonea a colmare l'illecito vuoto determinato dalla volontà popolare in linea con l'insensato proposito dei promotori. Per un altro verso, poi, acconsentendosi agli omicidi di persone consenzienti senza limiti di sorta, potrebbero delinearci scenari non rispettosi delle condizioni stabilite dalla Consulta in *Cappato*, idonee a porsi a mo' di *tertium comparationis* in sede di giudizio di validità della disciplina risultante dall'eventuale esito positivo della consultazione referendaria.

⁹ È stata prospettata da V. SCARABBA, nel suo intervento orale al presente seminario, la eventualità che in sede di controllo di ammissibilità la Corte costituzionale possa sollevare davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma oggetto della iniziativa referendaria. Un'ipotesi, questa, tuttavia, praticabile solo a condizione di ritenere che la natura dell'attività svolta in sede di vaglio dell'ammissibilità possa essere assimilata a quella posta in essere dai giudici *a quibus*. Delle due infatti l'una: o il controllo di ammissibilità può spingersi altresì entro l'area del giudizio di costituzionalità (nella sua ristretta e propria accezione), ed allora non si vede perché la Corte non possa farvi luogo già al momento del controllo suddetto, senza dunque che si avverta il bisogno dell'autorimessione della questione di costituzionalità; oppure il controllo stesso va tenuto nettamente distinto dal giudizio in parola, ed allora non si vede a cosa serva la sospensione del primo in attesa del secondo, comunque ininfluente allo scopo. È pur vero, ad ogni buon conto, che il fermo richiamo ancora una volta rinnovato da molti interventi al Seminario - con particolare vigore argomentativo da A. PUGIOTTO, *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)* - a tenere rigorosamente separati controllo e giudizio non ha ricevuto lineare conferma da una giurisprudenza che pur sempre risulta segnata da affermazioni concettualmente opache e dai toni sfumati.

IL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P. TRA L'INTENTO E L'EFFETTO

di LAURA SANCILIO*

Dal momento che il termine “eutanasia” non appartiene al mondo giuridico, in questa sede è doveroso parlare di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio¹. Le due fattispecie sono caratterizzate da una profonda differenza, il cui criterio discrezionale è costituito dal “dominio dell'azione esecutiva”. Se infatti, nella fattispecie dell'omicidio del consenziente a provocare la morte è un soggetto diverso da colui che richiede assistenza a morire (ad oggi questa ipotesi è penalmente sanzionata ed è proprio sul contenuto di tale norma che i cittadini italiani sono chiamati ad esprimersi attraverso il referendum oggetto del presente articolo), in quella che punisce l'assistenza al suicidio è lo stesso aspirante suicida a causarla, alle condizioni e secondo le regole previste dalla importantissima sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019 sul caso dj Fabo.

Il quesito referendario riguarda solamente la prima delle due fattispecie, quella relativa all'omicidio del consenziente, sanzionata all'art. 579 c.p., che, ad oggi, recita: «*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano 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.*»

Il quesito propone l'abrogazione di alcune parole del comma 1 e dell'intero comma 2 dell'art. 579 c.p., con il risultato che, qualora l'iter referendario si concludesse positivamente, la nuova formulazione dell'art. 579 c.p. sarebbe la seguente: «*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.*».

Dalla nuova formulazione si ricava come diretta conseguenza l'espunzione dall'ordinamento del reato di omicidio del consenziente, ad eccezione delle ipotesi in cui il richiedente la morte sia un minore, un infermo di mente o un soggetto la cui volontà risulti a posteriori essere viziata.

E in tutte le altre ipotesi?

* Dottoranda in Diritto amministrativo, Università di Udine e Trieste

¹ Fattispecie queste due sanzionate rispettivamente agli articoli 579 e 580 c.p..

Qualora il referendum superasse il vaglio di ammissibilità della Corte Costituzionale (cosa comunque non scontata, dal momento che la norma di cui all'art. 579 c.p. attua il diritto alla vita dell'individuo e che la Corte Costituzionale ha stabilito che i referendum non possono avere come effetto la lesione dei disposti della Costituzione)² e l'*iter* referendario andasse a buon fine, si depenalizzerebbe il reato di omicidio del consenziente fatte salve alcune eccezioni. Noi giuristi, tuttavia, sappiamo bene che uno dei principi cardine dell'ordinamento penale è quello del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e il risultato dell'espunzione del primo comma dell'articolo 579 c.p. sarebbe la non punibilità di chi, ad esempio, scegliesse di provocare la morte di un padre di famiglia allo scopo di aiutarlo nel suo intento di porre fine ad una esistenza che percepisce come insopportabile. Questo ragionamento potrebbe sembrare apparentemente inconferente, dal momento che il secondo comma dell'art. 579 c.p. rimarrebbe in vigore. Si tenterà di dimostrare in questa sede esattamente il contrario.

Ma andiamo per gradi.

A supporto del "Sì"³ al referendum vi è la tesi secondo cui la vita del soggetto che richiede la morte sarebbe comunque protetta dalle disposizioni previste dalla legge n. 219/2017 (legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento), che, attuando il principio di autodeterminazione terapeutica, tutela il diritto di qualunque soggetto a rifiutare un trattamento sanitario, anche qualora quest'ultimo sia un trattamento salvavita. Chiaramente, affinché il soggetto possa esercitare il suo diritto, è necessaria la compresenza di tre fattori: la maggiore età, la capacità di agire e l'essersi previamente informato sulle conseguenze della

² Nella sent. n. 26/1981, la Corte costituzionale ha precisato che, perché una proposta referendaria sia dichiarata inammissibile, è necessario che «la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel minimo di tutela che determinate situazioni esigano secondo Costituzione); sicché la richiesta di referendum, attraverso la proposta mirante a privare di efficacia quella legge, tenda in effetti ad investire la corrispondente parte della Costituzione stessa. Appunto in questi limitati termini la Corte ha sostenuto - nella sentenza n. 16 del 1978 - l'inammissibilità dei "referendum aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato": senza dunque confondere l'ambito dei giudizi sull'ammissibilità delle richieste referendarie con quello dei giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi (come già precisato dalla sentenza n. 251 del 1975 e come riaffermato dalla sentenza n. 24 di quest'anno)». L'ampliamento dei motivi di inammissibilità dei referendum abrogativi previsti dall'art. 75 Cost. è dovuto alla necessità di evitare il rischio che attraverso l'abrogazione di una norma di legge ordinaria si abroghi «in tutto o in parte, la Costituzione o altre leggi costituzionali (questa causa d'inammissibilità è stata utilizzata con riferimento alle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi (legge n. 810 del 1929)». Così da A. CRISCUOLO, *La Corte costituzionale e i referendum abrogativi d'iniziativa popolare*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, 7.

³ Di seguito si riporta un estratto delle motivazioni fornite dall'Associazione Luca Coscioni a supporto dell'abrogazione del reato di omicidio del consenziente come formulato ad oggi dell'art. 579 c.p.: «Con questo intervento referendario *l'eutanasia* attiva sarà consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul "Caso Cappato", ma rimarrà punita se il fatto è commesso contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni.» (Così dal sito <https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario>).

propria scelta. Sebbene sia vero che la legge n. 219/2017 offra molte garanzie a tutela del bene della vita e dell'autodeterminazione terapeutica attraverso l'ormai noto principio del consenso informato, tale legge, tuttavia - come anche la nostra Costituzione - non contempla un "diritto a morire" vero e proprio (ciò, a ben vedere, è stato ribadito anche dalla stessa Corte Costituzionale nel caso *dj Fabo*.)⁴, ma, al contrario, disciplina *esclusivamente* l'ipotesi di una richiesta di aiuto a morire come diretta conseguenza della libera e consapevole scelta di un *paziente* di rifiutare (o interrompere) un trattamento sanitario (intuitivamente infatti, se un soggetto rifiuta una terapia salvavita sarà destinato a morire, perciò, in tali casi, la legge prevede un accompagnamento alla morte che altrimenti potrebbe risultare dolorosa e non dignitosa), in attuazione del corrispondente diritto costituzionale di cui all'art. 32, comma 2, Cost.. Dall'ambito di applicazione della disciplina di cui alla legge 219/2017 sono quindi esclusi tutti gli altri casi di richieste di aiuto effettuate da soggetti diversi dai pazienti (intendendosi in questo caso per "paziente" una qualunque persona che deve dare il consenso o meno ad un determinato trattamento terapeutico).

Perciò una prima osservazione va svolta in relazione alle conseguenze che l'espunzione dall'ordinamento giuridico dell'omicidio del consenziente comporterebbe sul piano fattuale. Perché sebbene si ritenga che l'intento (nobile) del referendum sull'eutanasia non sia quello di introdurre nell'ordinamento un indiscriminato diritto a morire (quanto quello di sollecitare il legislatore ad occuparsi delle situazioni-limite di soggetti affetti da gravi patologie, incurabili, degenerative e che però, ad esempio, non rientrano nelle ipotesi stabilite dalla legge n. 219/2017 o dalla sent. n. 242/2019 della Corte Costituzionale), l'effetto che il suo accoglimento produrrebbe sarebbe, invece, proprio questo.

La conseguenza, per alcune ipotesi *diretta* e per altre *indiretta*, di questa nuova formulazione sarà infatti l'assenza nell'ordinamento di una norma a tutela della vita di una persona che attraversi, per fare alcuni esempi, uno stato depressivo o di una persona che sia genitore di figli minori (si utilizza questo riferimento perché sul padre e sulla madre grava una responsabilità genitoriale e già solo questo farebbe sorgere, a parere di chi scrive, la necessità di prevedere anche specifiche ipotesi di bilanciamento tra un ipotetico "diritto alla morte" e la responsabilità genitoriale).

Perché si verrebbe a creare indirettamente una mancanza di tutela di tali soggetti?

Perché sicuramente l'art. 579 c.p. continuerebbe a sanzionare le ipotesi di omicidio di un soggetto consenziente che sia in condizioni di deficienza psichica, ma la valutazione di tale infermità sarebbe lasciata alla libera interpretazione dell'omicida. Il rischio di potenziali abusi della disciplina potrebbe evitarsi solo con un apparato normativo in grado di stabilire, ad esempio, chi siano i soggetti in grado di valutare la capacità di discernimento del richiedente la morte, quali siano i criteri

⁴ La Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 207/2018, ha precisato che la *ratio* dell'art. 580 c.p. è quella della «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo 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».

per effettuare una tale valutazione e i mezzi attraverso i quali la persona potrà accedervi, e ancora, che predisponga idonei strumenti di recupero e di assistenza per la persona che sta attraversando un momento difficile (dolore sia fisico che psicologico), prima di, eventualmente, accompagnarla alla morte. Tutto ciò, è evidente, non può essere stabilito da un referendum, che esporrebbe, anzi, a situazioni di rischio soggetti già vulnerabili. Sarebbe ingenuo pensare che l'approvazione di questo referendum possa avere solo l'effetto positivo di consentire a soggetti affetti da gravissime patologie di liberarsi dalla propria "prigione corporea"; comportando esso in realtà una indiretta liberalizzazione dell'aiuto a morire. In un tale scenario, il vuoto normativo risultante dall'abrogazione dell'omicidio del consenziente dovrebbe essere colmato da un subitaneo intervento del Parlamento. Intervento che, però, sarebbe inevitabilmente frettoloso ed inaccurato, perché dettato dalla necessità di sopperire ad una lacuna di sistema.

Pur non volendo partire dall'assunto che la liberalizzazione dell'omicidio del consenziente sia di per sé sbagliata, bisogna comunque considerare il rischio che si trasformi in un potenziale abbandono terapeutico dei soggetti più fragili; coloro che non riescono in un determinato momento della loro vita ad affrontare, elaborare e sopportare la sofferenza.

Inoltre, nel caso in cui fosse espunta dall'ordinamento la fattispecie dell'omicidio del consenziente a seguito del referendum, essa non potrebbe essere reintrodotta in alcun modo dal legislatore in un momento successivo, come da consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, che nella sent. n. 468/1990 scrive che l'abrogazione di una disciplina tramite referendum non può «consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta», perché la volontà popolare manifestata attraverso il referendum è «definitiva e irreversibile», con ciò intendendosi che una eventuale legge ripristinatoria del contenuto abrogato dal referendum sarebbe dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 75 Cost.^{5,6} L'unica cosa che il legislatore potrà fare, sarà introdurre una nuova disciplina in grado di contemperare il diritto alla vita e il diritto ad una morte dignitosa a determinate condizioni. Tuttavia discipline innovative come questa, riguardando diritti fondamentali della persona (artt. 2, 13 e 32 Cost.), richiedono i giusti tempi di realizzazione, dovendosi anche conciliare le diversissime sensibilità sull'argomento.

Il tema del fine vita è diventato giuridicamente rilevante da una ventina d'anni e già moltissime sono state le novità legislative e giurisprudenziali introdotte sulla questione. Per questi motivi è importante che i cittadini chiamati a votare siano consapevoli della portata fortemente innovativa del referendum in questione, che non si limiterebbe, come appena spiegato, solamente a rendere l'*eutanasia legale* (negli *stand* di raccolta firme del referendum si leggeva: "Firma subito per il referendum eutanasia legale"), ma renderebbe anche lecita qualunque forma di

⁵ Si veda l'ordinanza n. 9/1997 e la sentenza n. 119/2012 Corte Cost.

⁶ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, a cura di F. MODUGNO, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2015, 160.

aiuto a morire⁷, fintanto che non intervenga il Parlamento a definire limiti e garanzie di accesso.

Traendo spunto da uno tra i più autorevoli contributi sul tema,⁸ si analizza ora più da vicino lo scenario che si verrebbe a creare qualora un soggetto capace di intendere e di volere, maggiorenne e consapevole, chiedesse ad un altro soggetto di aiutarlo a morire (si prenda sempre a riferimento l'esempio del padre di famiglia). A parere di chi scrive, alcune posizioni espresse dalla dottrina tendono a sottovalutare i rischi di un simile scenario. Ad esempio, secondo Tullio Padovani, «prima di rischiare un'incriminazione per omicidio, chi volesse aderire alla richiesta di essere ucciso formulata da una persona, dovrebbe porsi molti interrogativi ed assicurarsi di possedere una risposta molto convincente a ciascuno di essi una volta soddisfatta la richiesta ricevuta, e chiamato inevitabilmente a risponderne»⁹. Tuttavia la nuova formulazione dell'art. 579 c.p. non individuerrebbe precisi ed idonei criteri di valutazione della consapevolezza della scelta del richiedente; ad esempio, per chi non sia un professionista qualificato, potrebbe essere difficile riconoscere se la scelta del richiedente sia dettata da una profonda consapevolezza o piuttosto dal perpetrarsi di uno stato depressivo, specie perché quest'ultimo è lo stadio finale di una forte sofferenza a cui non si è data la giusta attenzione e che causa una lenta e inesorabile alterazione dello stato psichico del soggetto, senza che quest'ultimo se ne renda conto. A ciò si aggiunge che, potendo potenzialmente *chiunque* essere legittimato ad accogliere la richiesta, ogni persona, posta davanti alla richiesta di aiuto a morire, reagirebbe in maniera diversa in base alla singola capacità di ragionamento, discernimento, alla diversa sensibilità nella valutazione della richiesta, la quale finirebbe quindi per essere effettuata in maniera quasi totalmente discrezionale dal soggetto chiamato ad accoglierla o rifiutarla.¹⁰

In poche, ma efficaci, parole: se si potesse far affidamento sul buon senso delle persone, non esisterebbe il diritto penale.

Per questo motivo la capacità di intendere e di volere, la consapevole scelta dell'aiuto a morire e l'individuazione di uno stato di infermità, sono valutazioni che dovrebbero essere lasciate ad un personale tecnico specializzato, che abbia competenze psichiatriche, psicoterapeutiche, mediche e giuridiche tali da poter riconoscere e distinguere le richieste a morire veramente consapevoli da quelle che non lo sono. Inoltre bisognerebbe affiancare a questo ragionamento prettamente procedurale anche un ragionamento di tipo solidaristico. Non tutte le richieste di aiuto a morire arrivano al termine di un doloroso percorso di consapevolezza del soggetto, a volte sono semplicemente sintomo di una grandissima sofferenza psicologica che potrebbe essere affrontata diversamente, come detto. La società non dovrebbe, a parere di chi scrive, soddisfare *sic et simpliciter* ogni richiesta di morire,

⁷ Pur sempre con le eccezioni di cui all'art. 579 c.p., che rimarrebbero, ma di cui, come detto, sarebbe difficile garantire il rispetto senza una specifica normativa di riferimento.

⁸ Il riferimento è a T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in *Giurisprudenza Penale*, 2021, pp. 7-8.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Basti come esempio quello che stiamo vivendo in questo preciso momento storico: la vaccinazione anti-Covid è vista da alcuni come indefettibile, da altri addirittura come veicolo di sostanze che permettono la geolocalizzazione del soggetto vaccinato.

senza tentare previamente un recupero della salute psicofisica del soggetto. Per questo motivo, sarebbe forse opportuno prevedere un apparato normativo che introduca, oltre alle prelieve valutazioni dello stato psicofisico del richiedente, anche un sistema alternativo alla morte, una sorta di precondizione all'accesso, come, ad esempio, un previo percorso psicologico obbligatorio da intraprendere per un certo periodo di tempo (da stabilirsi caso per caso) e al termine del quale, qualora l'esito fosse negativo, accedere eventualmente all'aiuto a morire. In questo modo si avrebbe il sicuro effetto positivo di fornire una alternativa alla morte, che consiste nel tentativo di recupero delle capacità di affrontare la sofferenza e di uscirne ove possibile, nonché quello di far emergere situazioni di disagio psichico e fisico che altrimenti rimarrebbero chiuse nella sfera intima del soggetto, il quale da solo, forse, non sarebbe in grado di vedere alternative alla fine della propria vita, vista la condizione di estrema sofferenza mentale in cui si ritrova.

Ad alcuni lettori potrebbe sembrare che tutte queste considerazioni precedano in qualche modo i tempi o siano addirittura anacronistiche, ma una semplice storia (tra l'altro molto recente) aiuterà a rispondere a questa obiezione. Sulla prima pagina del giornale locale "Il Piccolo", il 6 aprile 2020, è riportata la notizia che due coniugi triestini (Arrigo e Monika, rispettivamente di 81 e 77 anni) si sono recati in Svizzera per accedere all'aiuto al suicidio e, vedendosi accolta la loro richiesta, sono morti insieme il 24 febbraio 2020. Fino a questo punto della storia non sembrerebbe esserci nulla di insolito, infatti molte associazioni in Svizzera accolgono le richieste di malati che desiderano congedarsi dalla vita. La riflessione interessante sorge in relazione ad uno dei due coniugi, Monika, la quale (a differenza del marito che era un malato terminale) non era affetta da patologie particolarmente invalidanti (aveva un'artrosi all'anca, una fibrillazione atriale e una invalidità al braccio), ma desiderava morire assieme al marito perché sarebbe stato per lei troppo doloroso vivere senza di lui. L'intento della prossima osservazione non è certo quello di giudicare la sofferenza, in tutte le sue sfumature. Sicuramente questo episodio, che non è mai arrivato sul banco di alcun giudice, è sintomatico di una ulteriore evoluzione forse della materia del fine vita, che prima (casi Welby, Englaro, Fabiano Antoniani) si limitava a riguardare fattispecie in cui la sofferenza psicologica era diretta conseguenza di quella fisica (inguaribile e particolarmente invalidante), mentre ora potrebbe ricomprendere anche fattispecie in cui la sofferenza fisica, pur non grande, si affianchi a quella (invece molto grande) psicologica. Perciò non si può non prendere atto del rischio che si corre con la totale liberalizzazione dell'aiuto a morire: specie nel momento in cui è pacifico che, mentre una patologia fisica può dichiararsi sicuramente irreversibile (con le conoscenze medico-scientifiche attualmente in nostro possesso, si intende), non può dirsi lo stesso di una patologia psicologica.

Sicuramente si auspica una riformulazione dell'art. 579 c.p. che includa la cd. "scriminante costituzionale" di cui all'art. 32 Cost. (la scriminante dell'aiuto a morire in esecuzione del diritto a rifiutare le cure esercitato dal paziente). Ad oggi infatti questa ipotesi è prevista dalla legge n. 219/2017 ma non è stata mai specificata nell'art. 579 c.p. e già con il caso Welby si palesò la necessità di una riformulazione dell'articolo in tal senso. Così come anche si ritiene necessaria una

legge che integri i criteri stabiliti dalla Corte costituzionale nel caso *dj Fabo* per accedere all'aiuto al suicidio.

In conclusione, per quanto i suddetti interventi siano auspicabili, si ritiene che non sia il referendum sull'art. 579 c.p. lo strumento migliore per spingere il legislatore a legiferare in tal senso, provocando una simile operazione più incertezze che certezze e ponendo l'ordinamento in un vuoto normativo persino maggiore di quello in cui attualmente si trova, con l'ulteriore rischio che una eventuale normativa di settore non sia in grado di soddisfare appieno i bisogni dei soggetti sofferenti perché realizzata troppo frettolosamente e perché dovrebbe inevitabilmente disciplinare anche tutte le ipotesi cui il referendum aprirebbe la strada e che non sono circoscritte a quelle di sofferenza psichica (e fisica) derivante da gravi patologie fisiche.

EMERSIONE DELL'EUTANASIA LEGALE VS RICONOSCIMENTO DELLA TOTALE DISPONIBILITÀ DEL BENE-VITA. PROFILI CRITICI CIRCA L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.

di ELEONORA SANTORO*

SOMMARIO: 1. L'estensione del quesito referendario rispetto alla circoscritta *intention* dei promotori. 2. Profili critici circa l'ammissibilità del referendum. 3. La "latitanza" legislativa come alibi per un utilizzo improprio del referendum abrogativo.

1. Il quesito referendario elaborato dal Comitato promotore del referendum, pubblicato in *G.U., Serie generale*, 21 aprile 2021, n. 95, recita: «Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole "la reclusione da sei a quindici anni."; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"?».

Dalla lettera della proposta referendaria si evince che, con l'eventuale vittoria del "sì" al referendum, il reato di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), attualmente sanzionato con una pena inferiore rispetto all'omicidio volontario (art. 575 c.p.), salve le tre ipotesi di persone minorenni, incapaci e di consenso viziato, verrà punito, al contrario, esclusivamente in questi casi secondo la disciplina comune dell'omicidio doloso. Tutte le altre condotte non saranno più punibili.

Per converso, l'intenzione dichiarata dai promotori, come si legge dal sito dell'Associazione che ha portato avanti la campagna referendaria "Eutanasia legale-Liberi fino alla fine", è quella di «*abrogare parzialmente la norma penale che impedisce l'introduzione dell'eutanasia legale in Italia*».

Essi sostengono infatti che con questo intervento referendario l'eutanasia attiva «*potrà essere consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul "Caso Cappato"*»¹, ma continuerà ad essere punita qualora il fatto sia commesso contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni. Ritengono, dunque, che l'esito abrogativo del referendum eliminerebbe il divieto assoluto dell'eutanasia, consentendola nelle forme stabilite in materia di consenso informato.

Pertanto, sembra essere facilmente apprezzabile la diversa portata degli effetti dell'abrogazione referendaria, alla luce della volontà espressa dal testo normativo di risulta, rispetto alla "battaglia" portata avanti dal Comitato promotore. Da un lato, infatti, ne deriverebbe una disciplina legislativa di riconoscimento della totale disponibilità del bene-vita, dall'altro, invece, si vorrebbe consentire l'introduzione

* *Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Università di Firenze*

¹ <https://referendum.eutanasialeitale.it/il-quesito-referendario/>, corsivo aggiunto.

– per emersione attraverso l'eliminazione di un divieto – di una disciplina dell'eutanasia legale, con applicazione delle forme previste dalla legge n. 219/2017, in presenza dei requisiti stabiliti dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019 con riguardo alla diversa fattispecie dell'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.).

L'incongruenza appare nitida: si vorrebbe rendere lecita l'eutanasia, intesa come «atto con cui un medico o altra persona somministra farmaci su libera richiesta del soggetto consapevole e informato, con lo scopo di provocare intenzionalmente la morte immediata del richiedente»², ma in realtà si andrebbe ad abrogare la fattispecie incriminatrice dell'omicidio del consenziente (ad eccezione delle tre ipotesi sopra richiamate), consentendo a qualsiasi individuo, maggiorenne, sano di mente e capace di esprimere un libero consenso, di autorizzare validamente la propria morte per mano di una terza persona. Un'affermazione del principio di autodeterminazione individuale in merito alla scelta di vivere o morire che sembra essere più vicina alla decisione assunta dalla Corte costituzionale tedesca il 26 febbraio 2020³, piuttosto che alla circoscritta finalità di rendere lecita l'eutanasia.

Un *misunderstanding* di non poco conto. Soprattutto se si valorizza la giurisprudenza costituzionale in ordine all'irrelevanza delle intenzioni espresse dai promotori ai fini dell'ammissibilità del quesito, rispetto alla quale, di converso, si deve fare esclusivo riferimento alla finalità incorporata nell'interrogativo referendario. D'altronde, «la richiesta referendaria è atto privo di motivazione», la cui finalità è soltanto quella «obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento» (sent. n. 27/2011)⁴. Il corpo elettorale, dunque, potrebbe essere chiamato ad esprimere un voto di cui non apprezza realmente la portata, fuorviato dal mero riferimento all'eutanasia legale nel *nomen* della campagna.

2. Evitando di cadere nella tentazione di riflettere sulla eventuale illegittimità costituzionale della normativa di risulta, considerazione da rimandare ad un momento logicamente e giuridicamente successivo, si vogliono in questa sede segnalare alcune criticità, incidenti sull'ammissibilità del referendum, con specifico riguardo al requisito implicito della *chiarezza*, intesa come intellegibilità dell'operazione referendaria complessivamente considerata. Il requisito in esame, invero, è essenziale per tutelare la libertà di voto e consentire la genuina manifestazione della sovranità popolare. Il referendum abrogativo, introdotto in Costituzione quale strumento di democrazia diretta, «non può essere infatti trasformato – insindacabilmente – in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengano in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia»⁵.

² Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, 9.

³ Sent. n. 2 BvR 2347/15 del 26 febbraio 2020.

⁴ Sull'irrelevanza delle dichiarazioni rese dai promotori cfr. *ex plurimis* Corte cost., sent. nn. 15 e 16/2008, 37/2000, 17/1997.

⁵ Corte cost., sent. n. 16/1978, punto 5 del *Considerato in diritto*.

Sul punto è stato autorevolmente sostenuto che la domanda ponga l'elettore nella condizione di capire immediatamente l'alternativa cui si trova davanti e cioè depenalizzare o meno l'omicidio del consenziente «come espressione del riconoscimento della libertà di autodeterminazione sul proprio fine vita»⁶. Quel che ci si domanda è se la scelta sia davvero così facilmente comprensibile, per tre ordini di ragioni inscindibilmente legati: in primo luogo, ci potremmo interrogare sull'effettivo possesso da parte degli elettori degli strumenti interpretativi che consentano di comprendere la conseguenza giuridica del referendum, in secondo luogo potremmo valutare l'incidenza dell'unidirezionale promessa referendaria sulla comprensibilità del voto e, infine, potremmo domandarci se non sia più opportuno consentire agli elettori di compiere scelte autonome sull'eutanasia legale e sulla depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, evitando l'accettazione della seconda per la speranza di veder realizzata la prima.

Sebbene non possa dirsi che sia sottoposto a consultazione popolare un «quesito di dubbio significato», potremmo chiederci se per i non «addetti ai lavori» sia così lampante l'opzione su cui si è chiamati a scegliere. Sia chiaro che non si vuole in alcun modo infantilizzare il corpo elettorale, ma solamente porre l'attenzione sulla possibilità che gli elettori, in assenza di capacità ermeneutiche specifiche, possano non avere piena contezza della conseguenza del referendum sul piano normativo, ossia rendere non punibile ogni comportamento di chi provoca la morte di un'altra persona col consenso di questa. L'effetto sarebbe la massima estensione del consenso quale presupposto per escludere la sanzionabilità della condotta. Il risultato mediatico atteso, invece, è che sia consentita l'eutanasia attiva nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e sul testamento biologico e in presenza dei requisiti stabiliti nel *Caso Cappato*. Potendo creare disorientamento, dunque, il quesito sarebbe privo di quella chiarezza che assicura l'espressione di un voto consapevole (sent. n. 28/1987).

D'altronde, la giurisprudenza costituzionale valorizza l'univocità e l'omogeneità del quesito quali elementi funzionali all'imprescindibile chiarezza dell'operazione referendaria, «venendole a conferire, rispettivamente, *chiarezza nella finalità unidirezionale* e *chiarezza nella struttura del quesito*»⁷. Con riguardo alla struttura del quesito, come già accennato, non sembrano esserci particolari problemi di chiarezza vista l'omogeneità dell'intervento abrogativo, incidente soltanto su alcune parti della disposizione di cui all'art. 579 c.p., diversamente, la chiarezza nella finalità unidirezionale, derivante dall'univocità della domanda, sembra mancare.

L'assenza di univocità deriva dal contrasto fra l'unidirezionalità della campagna referendaria che, finalizzata all'emersione dell'eutanasia legale, ha (erroneamente) ritenuto circoscrivibile la portata del novellato art. 579 c.p., e l'indiscutibile abrogazione parziale *tout court*, unico effetto realizzabile con lo strumento referendario. Agli elettori verrebbe proposta, quindi, una falsa alternativa che, tra l'altro, impedendo loro di conseguire l'obiettivo annunciato, si riverbera sulla possibilità stessa di esprimere correttamente il voto, cioè in modo consapevole

⁶ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in questo stesso volume.

⁷ Corte cost., sent. n. 47/1991, punto 4.2. del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

degli effetti della consultazione referendaria, traducendosi nell'inammissibilità (sent. n. 35/2000). Trattandosi di un referendum abrogativo, infatti, il quesito dovrebbe essere ordinato a provocare l'espansione di una disciplina già esistente, provvista di un suo proprio ambito di applicazione, non potendo al contrario proporre una disciplina legislativa di una fattispecie empiricamente diversa dal contesto normativo che si va a modificare. Nel caso in esame potremmo considerarlo un rapporto di *species a genus*, essendo l'eutanasia legale una soltanto delle ipotesi in cui può estrinsecarsi la condotta di uccisione di un individuo, previo il suo consenso.

Inoltre, la nuova norma sarebbe vincolata dall'impossibilità di utilizzare parole e termini diversi da quelli presenti nel testo che si vuole parzialmente abrogare, essendo inevitabilmente condizionata dal limite di non poter calibrare la volontà innovativa (sent. n. 50/200). In tal senso, assume rilievo l'ultima criticità considerata, ovvero l'opportunità di consentire il compimento di scelte autonome sull'eutanasia e sulla totale disponibilità del bene-vita, le quali non rivestono la stessa posizione né sul piano giuridico né sul piano etico-morale. Non potendosi calibrare l'innovazione normativa, essendo il referendum abrogativo e non introduttivo di discipline legislative completamente nuove, l'elettore potrebbe essere spinto ad accettare il più per ottenere il meno. All'opposto, invece, non risponde ad alcuna necessità logico-giuridica che l'eventuale propensione degli elettori all'introduzione di una disciplina legislativa dell'eutanasia significhi altresì apprezzare per ciascuno di essi le diverse implicazioni della depenalizzazione dell'omicidio del consenziente. E pur volendo sostenere il contrario, cioè che tutti siano consapevoli degli effetti diretti del referendum, sarebbe comunque un voto "forzato" quello disposto ad accogliere delle conseguenze maggiori soltanto per soddisfare una diversa, seppur importantissima, esigenza emersa dalla realtà sociale. Votare strategicamente, scambiare o negoziare il voto su singole questioni è possibile solo in un'assemblea e non in una consultazione popolare⁸, per cui i votanti dovrebbero essere lasciati liberi di compiere scelte distinte.

Queste ultime riflessioni ci consentono di rilevare l'inadeguatezza dello strumento referendario, inidoneo a realizzare il fine dei proponenti, non raggiungibile per via di mera abrogazione parziale della normativa esistente⁹. L'obiettivo di rendere lecita nel nostro ordinamento giuridico l'eutanasia attiva non può essere raggiunto attraverso l'abrogazione parziale della disciplina dell'omicidio del consenziente per il tramite del referendum abrogativo, perché l'istituto della consultazione referendaria non permette di circoscrivere la portata della normativa di risulta, la cui espansione sarebbe quella derivante dalla lettera della disposizione referendata. L'applicazione della normativa di cui alla legge n. 219/2017 e dei requisiti della sent. n. 242/2019 non può infatti essere realizzata tramite lo strumento di cui all'art. 75 Cost., richiedendo una più complessa operazione di trasformazione dell'assetto legislativo.

⁸ Così M. LUCIANI, *Art. 75 La Formazione Delle Leggi. To. 1. 2, Il Referendum Abrogativo*, Zanichelli Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005, 61, che ricorda che quando si è di fronte ad istituti di democrazia non autenticamente diretta, ma ad istituti partecipativi come il referendum, viene anche meno la capacità di tenere conto della diversa intensità delle preferenze dei votanti.

⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 35/2000, punto 4 del *Considerato in diritto*.

In questa direzione, nella giurisprudenza costituzionale non mancano ipotesi di inammissibilità di quesiti referendari finalizzati al raggiungimento di obiettivi irrealizzabili per via referendaria¹⁰.

3. Nel periodo storico-politico che stiamo vivendo la “latitanza” legislativa è una caratteristica onnipresente. Il Parlamento, avendo abbandonato l’idea di politica come compromesso, come momento di mediazione decisoria, è rimasto silente su numerosi temi di grande impatto sociale. Piuttosto che esprimere una maggioranza favorevole o contraria, in questo caso nei confronti dell’eutanasia legale, ha semplicemente evitato di prendere una decisione. La preoccupante tendenza legislativa alla creazione di vuoti incostituzionali di tutela, ha costretto quindi la Corte costituzionale ad elaborare nuovi strumenti, fra cui la nota tecnica decisoria dell’incostituzionalità prospettata (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019).

Alimentando le distorsioni, anziché contenerle, si vorrebbe oggi utilizzare il referendum come invito a legiferare rivolto alle Camere, come stimolo, trasfigurando un procedimento di approvazione di una fonte del diritto in un referendum propositivo. Il presupposto di questa tendenza è l’idea del referendum quale istituto alternativo agli ordinari strumenti di democrazia indiretta e non come strumento integrativo del sistema rappresentativo, rispetto al quale dovrebbe collocarsi in una posizione dialettica e non di contrasto. A tal riguardo, sia sufficiente segnalare l’esistenza della celebre tesi dottrina che costruisce il referendum come strumento non di democrazia diretta, ma del regime rappresentativo, ancorché ideologicamente legato alla spinta per la sua democratizzazione. Per questa dottrina il referendum sarebbe, quindi, un istituto di partecipazione alla democrazia rappresentativa, che non può ad essa sostituirsi come vorrebbe la logica oppositiva, tanto che il sistema rappresentativo non solo resta indefettibile ma è da quest’istituto addirittura presupposto¹¹.

Pur condividendo totalmente le nobili finalità che si intendono perseguire con l’iniziativa referendaria, non si può non sostenere l’inadeguatezza dello strumento e non censurarne l’utilizzo improprio. La limitatezza del referendum è infatti evidente e discende direttamente dalle finalità per le quali è stato previsto nella Costituzione. Pertanto, sarebbe forse preferibile, da un lato, evitare di forzare l’istituto oltre i limiti costituzionalmente imposti e non spingere i giudici costituzionali ad agire oltre le loro competenze, dall’altro, ricercare strumenti più adatti ed efficaci al raggiungimento dell’obiettivo.

Sotto il primo profilo, è importante ricordare che la Corte costituzionale non svolge e non deve svolgere il ruolo di un terzo ramo del Parlamento avente funzione contro-maggioritaria, essendo, al contrario, l’organo di chiusura del sistema costituzionale. Con riguardo al secondo, invece, lo sforzo potrebbe essere quello di dare effettività all’iniziativa legislativa popolare, potenziandone il ruolo, oppure riflettere sulla possibilità di introdurre il c.d. referendum “di indirizzo” quale istituto stabile del nostro sistema costituzionale. La storia repubblicana, infatti, ha visto il

¹⁰ Cfr. a titolo esemplificativo Corte cost., sent. nn. 35 e 50/2000.

¹¹ M. LUCIANI, *Art. 75 La Formazione Delle Leggi. To. 1. 2, Il Referendum Abrogativo*, cit., 12-13.

suo *unicum* con l'approvazione della legge cost. n. 2/1989, che ha indetto il referendum attraverso il quale il corpo elettorale è stato chiamato a votare non su un atto legislativo, ma su un progetto politico da realizzare: la trasformazione della Comunità Economica Europea in Unione (politica) Europea¹².

Piuttosto che trovare un alibi nelle disfunzioni parlamentari per crearne di nuove, potremmo ragionare invece sull'introduzione di strumenti attraverso i quali realizzare effettivamente le istanze che provengono dalla realtà sociale. Duole ammetterlo, ma le esigenze emerse dall'iniziativa referendaria, infatti, rimarrebbero comunque insoddisfatte anche nell'ipotesi di ammissibilità del referendum e di vittoria del "sì", perché in assenza di una normativa organica numerose situazioni concrete rimarrebbero ancora prive di tutela.

Sembra appropriato concludere con una suggestione: «Quanto più il popolo come pluralità vuole esprimersi immediatamente, tanto più diventa privo di influenza su ciò che veramente accade»¹³.

¹² Cfr. art. 2, legge cost. n. 2/1989, il quale prevede che il quesito da sottoporre a referendum sia il seguente: «Ritenete voi che si debba procedere alla trasformazione delle Comunità europee in una effettiva Unione, dotata di un Governo responsabile di fronte al Parlamento, affidando allo stesso Parlamento europeo il mandato di redigere un progetto di Costituzione europea da sottoporre direttamente alla ratifica degli organi competenti degli Stati membri della Comunità?».

¹³ E. KAUFMANN, *Zur Problematik des Volkswillens*, W. de Gruyter & Company, University of Michigan, 1931, 13.

IL REFERENDUM COME FONTE A LEGITTIMAZIONE POTENZIATA NELLO SPECCHIO DELLA RISERVA DI LEGGE PENALE

di SARA BIANCA TAVERRITI *

SOMMARIO: 1. La progressiva espansione dell'inammissibilità del referendum nel contesto delle fonti. – 2. La *ratio* e le garanzie della riserva di legge nel sistema delle fonti penalistiche. – 3. Garanzie formali e garanzie sostanziali nel procedimento referendario – 4. Le ragioni di un *self-restraint* in sede di giudizio di ammissibilità.

1. Come noto, nel corso dei decenni, il giudizio di ammissibilità del referendum da parte della Consulta ha subito una progressiva espansione rispetto a quanto espressamente imposto dall'art. 75 Cost. La matrice di tale estensione è rinvenibile nella stessa giurisprudenza della Corte, che – interpretando estensivamente i vincoli derivanti dal testo costituzionale – già a partire dai suoi primi arresti, ha individuato nuovi limiti che ostano all'ammissibilità del referendum. A fronte di tale riduzione degli spazi di ammissibilità del referendum abrogativo, parte della dottrina costituzionalistica ha manifestato il proprio dissenso nei confronti di tale atteggiamento, rilevando come, all'aumentare dei motivi di inammissibilità del referendum, si possa registrare una sostanziale sterilizzazione del principale strumento di democrazia diretta conosciuto dal nostro ordinamento.

Nello stesso senso, si è cercato di enfatizzare l'autonomia del giudizio sull'ammissibilità del quesito referendario rispetto alle altre prerogative riservate alla Corte dall'art. 134 Cost., escludendo che quest'ultimo potesse trasmutare in un sindacato preventivo di legittimità costituzionale della normativa di risulta. In particolare, il giudizio di ammissibilità si distinguerebbe da quello sulla legittimità costituzionale della legge in quanto circoscritto ad un oggetto limitato e inserito all'interno di un procedimento abrogativo complesso, a cui prendono parte diversi attori istituzionali (sent. n. 251/1975). Conseguentemente, almeno in linea di principio, nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum non è previsto che la Consulta proceda a una valutazione coinvolgente le eventuali incongruenze o incostituzionalità derivanti dalla normativa di risulta. Ciononostante, anche su questo versante del controllo di ammissibilità, si sono registrate alcune estensioni del sindacato della Consulta, affiancate ad altre decisioni in cui la stessa ha escluso di poter condurre un sindacato virtuale sulla ragionevolezza della normativa di risulta. In particolare, tale valutazione non sarebbe possibile in quanto la normativa di risulta sarebbe indeterminabile *ex ante* e in astratto, fuori dal normale circuito ermeneutico del diritto vivente che determina l'effettiva vitalità della norma nell'ordinamento (sent. n. 16/2008).

Risulta quindi chiaro che il sindacato della Corte sull'ammissibilità del quesito ricopre un ruolo cruciale per l'equilibrio tra il formante legislativo ordinario e

* *Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università di Milano-Statale*

quello di stampo referendario, poiché assume una portata determinante per l'effettiva estrinsecazione della fonte referendaria nel nostro sistema. Ponendosi nel solco di tali considerazioni, e riguardando la questione di ammissibilità del referendum dal punto di vista dell'assetto delle fonti penalistiche, può ravvisarsi un'ulteriore peculiarità che, a parere di chi scrive, rafforza le motivazioni che collocano sul piano dell'eccezione il giudizio di inammissibilità dei referendum in materia penale.

2. È principio cardinale del diritto penale che il precetto e la sanzione sono coperte dalla riserva di legge sancita dall'art. 25 c. 2 Cost., che consente esclusivamente al potere legislativo di decidere in tale materia. Prassi e dottrina talvolta si dividono sulla qualifica *formale* ovvero *materiale* da accordare a tale riserva, escludendo ovvero includendo il decreto-legge e il decreto legislativo come legittime fonti di diritto penale. In particolare, nella concezione formalistica, predomina un'interpretazione che enfatizza il fondamento politico alla base dell'istituto, che rimanda all'organo e al procedimento parlamentare, proprio in ragione del fatto che solo la *lex parlamentaria* garantisce un grado di rappresentatività sufficientemente elevato da consentire l'intervento dello Stato nella sfera della libertà individuale del cittadino, nell'ambito di un procedimento che garantisce – comunque – il confronto con le minoranze (Marinucci-Dolcini).

Guardando ancora al versante storico-formalistico della riserva di legge, quello che riguarda il presidio del superiore principio di separazione tra poteri dello Stato e che preserva la garanzia di democraticità della legge penale, la *ratio* sottesa alla riserva di legge risiede nella volontà di assegnare le decisioni riguardanti le limitazioni della libertà personale per mezzo della pena ad un organo rappresentativo dell'intero corpo elettorale, che segue un procedimento espressivo del principio democratico – la dialettica tra maggioranza e minoranza parlamentare – e che decide in forza del principio consensualistico, declinato nella regola maggioritaria. Inoltre, il procedimento legislativo assicura che il contenuto della scelta politico-criminale sia sottoposto ad un duplice ordine di controlli: quello di *accountability* politica dei rappresentanti presso l'opinione pubblica, possibile grazie alla trasparenza e alla pubblicità dei lavori parlamentari; e quello di legittimità costituzionale, performato *ex ante* dal Presidente della Repubblica (seppur in forma sommaria) ed *ex post* tramite il sindacato di legittimità costituzionale.

Perciò, le limitazioni alla libertà sancite per legge sarebbero legittimate proprio in quanto deliberate dai soggetti che ne sono titolari a mezzo dei loro rappresentanti, divenendo la legge ordinaria fonte privilegiata in quanto effettivo «strumento di autogoverno della collettività e quindi supremo mezzo di tutela della libertà» (Crisafulli). Così scrutinata, la lettura formalistica della riserva di legge *ex art. 25 c. 2 Cost.* rivela come la *ratio* democratica dell'istituto, sia servente anche rispetto alla *ratio* liberal-garantistica che pure fonda il *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ecco perché gli atti aventi forza di legge che effettivamente esulano da questi paradigmi sono quelli che promanano dall'esecutivo, in quanto fonti espressive

delle forze di maggioranza, salvo i temperamenti – a monte o a valle – della legge di delega e della legge di conversione, in cui l'organo rappresentativo riemerge.

3. Tuttavia, per ciò che concerne il referendum abrogativo previsto dall'art. 75 Cost., valgono ragioni diametralmente opposte, in quanto ci si trova al cospetto di una fonte del diritto caratterizzata nell'iniziativa da una matrice minoritaria – referendum come strumento di minoranza – e, nello svolgimento, come fonte ultrarappresentativa, che sopravanza addirittura il grado di rappresentatività espresso dal Parlamento in sede di approvazione della legge ordinaria. Da questo punto di vista, allora, non sussistono ragioni per dubitare che la legislazione referendaria possa validamente costituire una fonte di diritto penale, anzi – per converso – potrebbe ritenersi che proprio la disciplina che regola il suo svolgimento conferisca a tale fonte una legittimazione rafforzata nella logica della riserva di legge in materia penale.

Ebbene, passando in rassegna tutte le esigenze di garanzia sopra richiamate, ci sia avvede che la legislazione referendaria è perfettamente in grado di assolverle in maniera soddisfacente, pur essendo diversamente articolata rispetto a quanto previsto nell'ambito dell'*iter* di approvazione parlamentare della legge.

La tutela delle minoranze viene valorizzata *ab origine*, in quanto costituisce addirittura la *ratio* ispiratrice dell'istituto referendario, concepito come strumento di contestazione delle scelte compiute dalla maggioranza parlamentare. Il principio democratico è addirittura ipostatizzato, dal momento che è l'intero corpo elettorale ad esercitare direttamente la sua sovranità, senza neppure l'interposizione di rappresentanti; esprimendo così un consenso sociale sulla norma, non più soggetto alla mediazione politica. Anche la regola di maggioranza viene rinforzata, essendo necessario per il successo della proposta abrogativa non solo la predominanza del 'sì', ma anche che alla votazione prendano parte la maggioranza degli aventi diritto al voto (*quorum*).

Quanto ai controlli, oltre al vaglio *ex ante* sull'ammissibilità del quesito referendario, non bisogna dimenticare che il prodotto referendario - la normativa di risulta - non è sottratta al successivo sindacato di legittimità costituzionale, come tutte le altre fonti primarie dell'ordinamento.

Rivolgendo l'attenzione al versante sostanziale del principio di legalità in materia penale, quello che si riferisce al più generale principio di certezza del diritto, assicurato tramite le garanzie di conoscibilità e prevedibilità della norma penale, il referendum esibisce un congegno procedurale assolutamente attrezzato ad assolvere tali esigenze. Già nella fase di promozione del referendum, la conoscibilità dell'iniziativa e della disposizione di risulta in caso di positivo esito della consultazione popolare è assicurata dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del quesito referendario, dalla divulgazione contestuale alla campagna referendaria per la raccolta delle firme e dal naturale dibattito politico-mediatico che naturalmente si crea attorno alla questione.

L'intellegibilità della norma da parte del cittadino è addirittura oggetto di una specifica verifica anticipata in sede di scrutinio di ammissibilità del quesito, nella misura in cui si richiede che lo stesso sia formulato in maniera chiara, omogenea e

univoca (sent. n. 16/1978) e che ponga l'elettore nella condizione di essere «in grado di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto» (sent. n. 28/2017), anche al fine di garantire la libertà di voto e la comprensibilità dello scopo intrinseco dell'atto abrogativo (sent. n. 29/1987). All'esito dello svolgimento del referendum, in considerazione del richiamo dell'attenzione dell'opinione pubblica sulla disposizione investita dal quesito, può certamente ritenersi pressoché universalmente conosciuta la normativa risultante, tanto in caso di successo quanto in caso di fallimento del referendum.

In ultimo, vale una considerazione che riguarda il 'verso' che assume l'intervento referendario in materia penale. Trattandosi di legislazione negativa con effetto abrogativo, il referendum comporta quasi sempre una riduzione del 'penalmente rilevante', che può servire a soddisfare quella continuità di funzioni tra principio di legalità e clausola di *extrema ratio* penalistica (Sent. n. 364/1988) passata troppo spesso sottotraccia nel nostro ordinamento. Ciò per dire che quando il corpo elettorale reclama la revisione delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore ordinario – magari in epoche molto remote – occorre prestare la debita attenzione al fatto che la condotta non sia più riconosciuta come norma socialmente vigente o – comunque – come meritevole dello stigma penale.

Questo breve *excursus* non vale semplicemente a riaffermare l'ovvio, cioè che è conforme alla riserva di legge in materia penale la modulazione di norme penali che, per effetto dell'abrogazione referendaria, vengono abolite, ridotte o estese. Non è revocabile in dubbio – ed in effetti non è mai stato fatto – che la fonte referendaria possa spiegarsi legittimamente anche in materia penale, come dimostra l'ampia casistica che ha riguardato il tessuto normativo penalistico del nostro ordinamento. Ciò che si intende rimarcare in questa sede è che il surplus di legittimazione procedurale e sostanziale che contraddistingue la legislazione per referendum la pone in una posizione privilegiata proprio rispetto al canone di legalità in materia penale.

4. In considerazione di tutto ciò, ci si potrebbe chiedere se le ragioni che fondano la riserva di legge *ex art. 25 c. 2 Cost.* non possano essere spese per corroborare – quantomeno in sede di referendum in materia penale – gli orientamenti che patrocinano una lettura riduzionistica del giudizio di ammissibilità. Nell'ambito di tale giudizio, la Corte si trova al cospetto di una legislazione che gode di una legittimazione rafforzata in materia penale, ma che – a causa del complesso procedimento previsto per la sua approvazione – rischia di vedersi smorzata lungo le tappe, sia per ragioni procedurali, sia per ragioni politiche.

Tenuto conto che le ragioni politiche che militano contro il referendum possono giovare di una più ampia espressione che ne amplifica la portata, sarebbe forse eccessivamente pregiudizievole dare spazio a valutazioni di merito anche nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum. A più riprese e con molteplici *escamotage* il 'partito del no' potrà fraporsi al successo del referendum, sia in sede parlamentare, sia in sede popolare: prima del referendum, attraverso un intervento legislativo che modifichi la disposizione oggetto del quesito; durante la

consultazione, mediante il voto negativo ovvero cavalcando strategicamente l'onda dell'astensionismo; all'esito del referendum, ritornando sulla normativa di risulta, con il solo vincolo di non reintrodurre una disposizione identica a quella abrogata per via referendaria. Per altro verso, le eventuali storture della disciplina post abrogazione, derivanti dai limiti connaturati alla tecnica del referendum, potranno comunque trovare soluzione nella loro sede naturale: quella legislativa, qualora – inaspettatamente – il Parlamento dovesse ridestarsi dal suo costante torpore; quella ermeneutica, con la definizione della norma nel circuito del diritto vivente; e, nei casi più eclatanti, nell'ambito del sindacato di legittimità costituzionale.

Ecco, allora, che il referendum si trova a giocare un ruolo fondamentale nel riassetto della dinamica tra fonti penalistiche, che può servire a rivitalizzare la riserva di legge in materia penale: consegnando alla decisione popolare specifiche questioni che, per le ragioni più varie, restano ai margini della discussione parlamentare; ovvero sollecitando il legislatore ordinario ad aggiornare la propria agenda, includendovi anche le questioni più scomode.

D'altra parte, nell'ambito del suo sindacato di legittimità in materia penale, la Corte costituzionale ha tradizionalmente dimostrato deferenza rispetto alla discrezionalità politico-legislativa del Parlamento, in ossequio al principio di riserva di legge in materia penale, che inibisce alla Consulta di sostituirsi al Legislatore nelle scelte di criminalizzazione e per via della necessità – in generale – di auto-preservare la propria attività da contaminazioni di natura politica (Art. 28, legge n. 87 del 1953). È noto che tale posizione di retroguardia sia oggetto di progressivo abbandono in sede di giudizio sulla legittimità costituzionale della legge penale, nell'ambito del quale la Corte ha superato anche il dogma dell'intervento a rime obbligate per fare spazio al – diametralmente opposto – atteggiamento di *judicial activism*, al fine di rimuovere quelle incostituzionalità che il legislatore si ostina a non rimuovere *motu proprio* (sentt. n. 236/2016, nn. 222 e 233/2018, nn. 40 e 242/2019, nn. 224 e 252/2020, nn. 63 e 157/2021).

Tuttavia, nel contesto del giudizio di ammissibilità del referendum la dinamica istituzionale è tutt'affatto diversa: la Corte si trova al cospetto di due legislatori concorrenti – quello referendario e quello ordinario – che già si fronteggiano (con armi impari) sul merito politico della questione. In questo senso, il ruolo della Corte sembra molto più vicino a quello di garante terzo che presidia il corretto esercizio dei poteri dello Stato, piuttosto che a quello di giudice delle leggi. Pertanto, per quanto discutibile nel merito possa apparire la questione politica posta dal quesito referendario, non dovrebbe essere possibile scaricare sulla Consulta le valutazioni ad essa inerenti. Se così fosse, si chiederebbe alla Corte di assumere un ruolo politico che non pertiene al suo ruolo di istituzione – per natura – neutrale rispetto agli altri attori costituzionali.

Tutto ciò, ovviamente, a meno che il referendum proponga l'abrogazione di leggi costituzionalmente necessarie o comporti il discostamento della normativa dal contenuto costituzionalmente vincolato che la stessa dovrebbe assumere: questo l'unico 'controlimite' che impone alla Corte di entrare nel merito della scelta politico-criminale espressa dai promotori in sede di giudizio di ammissibilità.

Da qui la massima attenzione dei penalisti per l'ammissibilità del quesito che concerne l'abrogazione dell'art. 579 c.p., perché - all'esito di tale scrutinio - la

Corte dovrà pronunciarsi (almeno implicitamente) su due questioni: (a) la necessità costituzionale di una norma che incrimini l'omicidio del consenziente; (b) l'esistenza di un contenuto costituzionalmente vincolato dell'omicidio del consenziente. Il che equivale a rispondere al difficilissimo (e ancora irrisolto) quesito riguardante l'esistenza di un obbligo di criminalizzazione di matrice costituzionale che condiziona *an e quomodo* della norma incriminatrice.

Al di fuori di questi stretti argini, se è vero che il referendum costituisce una fonte penale a legittimazione rafforzata, la Corte non potrà far altro che arretrare di fronte alla discrezionalità politico-legislativa espressa nell'ambito del procedimento referendario e lasciare che la democrazia diretta faccia il suo corso. Ecco perché, una volta di più in materia penale, la regola deve essere il referendum e la sua inammissibilità l'eccezione (Zanon).

EN ATTENDANT GODOT, UNA CORAGGIOSA E IMPROCRASTINABILE INIZIATIVA REFERENDARIA

di ANDREA TIGRINO*

SOMMARIO: 1. Alcuni argomenti a sostegno dell'ammissibilità del quesito referendario, tra profili storici, principi penalistici e indicazioni offerte dalla Consulta.
- 2. Due spunti di riflessione sull'avvertita esigenza di una procedimentalizzazione del fine vita: la recente disciplina spagnola e la triste vicenda marchigiana.

1. L'adesione ai principi e alle preoccupazioni fondanti la decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato stimola a mio modesto avviso un giudizio positivo quanto all'ammissibilità del quesito referendario proposto dall'Associazione Luca Coscioni: se l'unica *ratio* di tutela «di perdurante attualità» dell'art. 580 c.p. – e, *a fortiori*, dell'art. 579 c.p. – va ravvisata nella difesa «delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita»¹, il quesito in parola propone la soppressione del delitto di omicidio del consenziente per continuare a sanzionare – attraverso le disposizioni in materia di omicidio volontario (artt. 575-577 c.p.) – le sole ipotesi in cui il fatto sia commesso contro un soggetto minorenni, infermo di mente o succube degli effetti di sostanze psicotrope nonché contro individui il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o suggestione ovvero risulti essere stato carpito con l'inganno. In questi termini, nonostante l'inusuale ampiezza del quesito medesimo abbia suscitato in parte della dottrina consistenti perplessità, un esito positivo di tale iniziativa popolare non condurrebbe certo alla genesi di un *rechtsfreier Raum*, di uno spazio libero dal diritto ove la vita e la sua integrità siano destinate a perdere ogni valore, comportando al contrario la conservazione di un'adeguata forma di tutela penale limitata alle ipotesi di invalidità del consenso prestato.

Naturalmente, individuare i mezzi attraverso cui provare la validità del consenso espresso dal morituro costituisce una *vexata quaestio* risalente al caso Englaro e ai dilemmi da esso suscitati, da annoverarsi fra i più complessi quesiti attinenti la concezione di una disciplina organica in materia (basti pensare, fra di essi, alla possibilità di consentire l'accesso a trattamenti di aiuto medico a morire a soggetti vessati da “ferite dell'anima” o, restringendo maggiormente il novero dei legittimati attivi, da patologie debitamente accertate dalla scienza psichiatrica): un'attestazione di tale difficoltà risiede nella soluzione da ultimo apprestata dalla Consulta, la quale, rifuggendo condivisibilmente ogni riferimento alla tradizionale categoria civilistica della capacità d'agire (inerente l'assetto degli interessi patrimoniali dell'individuo e perciò pensata dal legislatore storico per esigenze di

* Dottore di ricerca in Diritto penale, Università di Trento

¹ Corte cost., ordinanza n. 207/2018, § 6 del *Considerato in diritto*.

certezza nella circolazione dei beni), è ricorsa a un'inedita capacità di assumere «decisioni libere e consapevoli». In ogni caso, salvo un futuro intervento delle neuroscienze attraverso l'impiego – ad oggi ancora avveniristico – di tecniche di *brain imaging*, pare difficile concordare quanto alla validità del consenso espresso da pazienti non più in grado di comunicare col mondo esterno attraverso la parola scritta e orale, sguardi e gesti, da cui la proposta di un intervento adeguatore in seno alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 e di una conseguente estensione dell'istituto delle D.A.T. a qualsiasi trattamento di aiuto medico a morire.

Quanto alle ragioni fondanti l'abrogazione dell'art. 579 c.p., in questa sede non adeguatamente sintetizzabili, aderisco convintamente all'appassionata relazione del Prof. Padovani e ad alcuni punti cruciali della stessa, cui aggiungo ulteriori considerazioni: principiando dalla necessità di mantenere qualsivoglia ragionamento imperniato sul supposto carattere sacrale del bene vita – cui i Lavori Preparatori del 1929 facevano espresso richiamo² – al di fuori del dibattito giuridico, segue il rilievo in base a cui la severità e soprattutto la marcata disparità nel trattamento sanzionatorio delle ipotesi di cui agli artt. 579 e 580 c.p. infliggono un manifesto *vulnus* al principio di eguaglianza, *sub specie* divieto di non discriminazione, poiché lo stesso grado di patimento, sopportato da un individuo sprovvisto o al contrario dotato delle facoltà fisiche per ingerire o attivare autonomamente il meccanismo collegato al farmaco interruttivo delle funzioni vitali, comporta rispettivamente l'applicazione della pena della reclusione da sei a quindici anni e quella da cinque a dodici anni (salvi in questa seconda ipotesi gli spazi di liceità riconosciuti dalla Corte costituzionale a seguito del caso Cappato). Ancora, occorre prendere definitivamente le distanze dal paradigma dell'assoluta indisponibilità del bene vita, vero e proprio idolo di cartapesta privo di appigli costituzionali (dato che l'art. 2 Cost., grande “calderone” chiamato in causa ogniqualvolta si intenda affermare un diritto dal carattere asseritamente inviolabile, nulla afferma quanto all'indisponibilità in parola) persistentemente difeso attraverso il richiamo a disposizioni codicistiche d'epoca fascista, queste ultime ispirate a un esasperato statalismo – incompatibile con l'anima della Costituzione repubblicana – e all'allora dominante preoccupazione per la tutela dell'integrità della stirpe³. La digressione così impostata potrebbe proseguire per mezzo di riflessioni riguardanti i connotati essenziali di un moderno Diritto penale, il quale, rifiutando finalità moralizzatrici e rifuggendo impostazioni paternalistiche (per cui andrebbe colpita qualunque condotta autolesiva pur improduttiva di effetti pregiudizievoli a danno di terzi), è chiamato al rispetto del principio di

² *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, Volume V – Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Parte II[^] - Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, Anno VII, p. 373 ss., in particolare il passaggio ove si afferma che il principale ostacolo al riconoscimento della «legittimità della morte cagionata per troncamento un'agonia, ancorché atroce e certamente mortale» sarebbe costituito dall'impossibilità di attribuire «al fallace giudizio degli uomini [...] la facoltà di distruggere una vita».

³ O. VANNINI, *I delitti contro la integrità della stirpe e l'omicidio del consenziente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, pp. 163-164: «Nell'omicidio del consenziente soggetto passivo non è l'uomo, bensì lo Stato: l'uomo, mercé il consenso, declina la qualità giuridica di titolare dell'interesse alla conservazione del bene in lui protetto dalla legge, e rimane mero oggetto materiale del reato».

frammentarietà, preoccupandosi di sanzionare soltanto le ipotesi effettivamente suscettibili di porre in pericolo o ledere il bene giuridico in gioco. In ultimo luogo, merita osservarsi come i giudici costituzionali, ritenendo in occasione del caso Cappato che il confronto sull'art. 580 c.p. non fosse «d'ostacolo» a una più ampia riflessione su «specifiche esigenze di disciplina» suscettibili di risposte normative «differenziate»⁴, abbiano esplicitato la possibilità per il legislatore di regolamentare la «somministrazione di un farmaco atto a provocare la morte»⁵ come una fra le scelte di politica criminale discrezionalmente eleggibili, da cui un'autorevole indicazione quanto all'assenza di preclusioni in ordine all'apertura a trattamenti di eutanasia *attiva diretta*.

2. Se la disciplina di risulta che verrebbe a delinearsi a seguito dell'accoglimento del quesito parrebbe pienamente idonea a tutelare la vita da attacchi indebiti, è tuttavia innegabile auspicare che un positivo esito del processo referendario funga da “grimaldello” per forzare un intervento di novellazione da parte del finora inerte legislatore: nonostante la Consulta, tentando un costruttivo dialogo fra poteri dello Stato attraverso un esercizio di *self-restraint*, abbia più volte fatto ricorso a una tecnica decisoria inaugurata proprio con il caso Cappato (il riferimento è alle questioni di legittimità costituzionale inerenti la pena detentiva per le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa e la disciplina del c.d. ergastolo “ostativo”), tale fiducia si è rivelata regolarmente disattesa, costringendo la Corte costituzionale a delineare una soluzione inevitabilmente provvisoria, ritagliata intorno a specifiche vicende mediche e ad esplicitare i criteri ispiratori di una futura regolamentazione in materia.

Esigenze di uniforme attuazione dei trattamenti di fine vita su tutto il territorio nazionale, così come garanzie di professionalità e trasparenza nel compimento degli stessi, spingono infatti in direzione di una disciplina organica costruita sulla concezione di una procedura medica *step by step*, il cui accesso sia subordinato non solo alla prestazione di un valido consenso ma anche e soprattutto alla verifica di presupposti clinici da parte di una pluralità di professionisti sanitari. In questi termini, esprimo un giudizio decisamente favorevole quanto all'opportunità di subordinare la liceità dei contegni oggetto di discussione al rispetto di c.d. scriminanti “procedurali”, poiché attraverso tale opzione l'ordinamento «non vieta, né liberalizza» adottando scelte perentorie e radicali, prevedendo piuttosto «bilanciamenti che lasciano al singolo margini decisivi di una scelta autonoma, fissati certi presupposti di maturazione della scelta stessa, oltre che di legittimità sostanziale del contesto»⁶.

Il binomio consenso-requisiti medici, che al di fuori dei confini nazionali ha ad oggi dimostrato di operare efficacemente e di mantenere in numero assai contenuto le domande di accesso a trattamenti terminali, è stato da ultimo accolto in Spagna dalla recentissima *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* del 18 marzo 2021,

⁴ Corte cost., sentenza 22 novembre 2019, n. 242, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁵ Corte cost., ordinanza n. 207/2018, § 10 del *Considerato in diritto*.

⁶ M. DONINI, *Il caso Welby e la tentazione di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. Pen.*, 2007, II, 908-909.

i cui caratteri fondamentali possono senz'altro fungere da fonte di ispirazione per il legislatore nazionale: l'ammissione a trattamenti di "aiuto a morire" (formula mediante cui vengono ricomprese ipotesi tradizionalmente conosciute come "suicidio assistito" ed "eutanasia"), qualificata come un vero e proprio "diritto", è qui subordinata alla prova di una «*enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante*», scegliendosi così di affiancare al requisito strettamente patologico quello riguardante il ben più ampio concetto di "sofferenza"⁷. Oltre a ciò, la novella, pur prevedendo un rigoroso *iter* di verifiche e snodi procedurali, non rinuncia ad inderogabili esigenze di celerità, preoccupandosi inoltre di regolare l'esercizio dell'obiezione di coscienza (attraverso la creazione di un apposito registro coordinato dalle amministrazioni sanitarie delle singole Comunità) e di consentire lo svolgimento delle fasi finali della procedura presso il domicilio del malato.

D'altronde, l'ormai nota pronuncia del Tribunale di Ancona e il conseguente, tardivo parere reso dal comitato etico dell'ASUR Marche rendono ancor più pressante l'esigenza di una complessiva opera di procedimentalizzazione dei trattamenti di aiuto medico a morire: occorre infatti sottolineare come il diritto a pretendere la verifica dei quattro requisiti⁸ cui la Corte costituzionale ha subordinato la liceità di alcune condotte di aiuto al suicidio costituisca una posizione giuridica soggettiva nettamente distinta dal diritto a pretendere un aiuto nella prescrizione o somministrazione del farmaco letale (ad oggi, appunto, non ancora riconosciuto dal nostro ordinamento), distinzione posta in risalto dai giudici marchigiani i quali, correttamente, hanno ricordato come «non si può ritenere (in materia di prestazioni terapeutiche) che tutto ciò che è tollerato o lecito sia altresì dovuto»⁹. Se quindi non sarà punibile il sanitario che, in caso di positivo riscontro dei parametri anzidetti, consegna un farmaco direttamente produttivo dell'evento

⁷ Ad ogni modo, l'art. 3 della legge in parola definisce il *padecimiento* quale «situazione che fa riferimento a limitazioni tali da incidere direttamente sull'autonomia fisica e sulle attività della vita quotidiana – in maniera tale da impedire [= alla persona] di badare a se stessa – così come sulla capacità di esprimersi e relazionarsi, accompagnata a una sofferenza fisica o psichica costante e intollerabile per chi la patisce, essendovi certezza o alta probabilità che le stesse limitazioni siano destinate a persistere nel tempo senza possibilità di cura o apprezzabile miglioramento. Talvolta, [= la presente condizione] può comportare la dipendenza assoluta da mezzi di sostegno tecnologico» (traduzione a cura dello scrivente, n.d.r.).

⁸ Per una critica al criterio della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, condivisibilmente interpretato con maggiore ampiezza rispetto al quadro clinico di Fabiano Antoniani dalla prima giurisprudenza di merito sul caso Trentini, aderisco all'opinione di M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale*, 10 febbraio 2020, 16: «il richiamo a trattamenti di sostegno vitale [...] appare un limite arbitrario perché anche se legato a una soglia minima di impegno costituzionale, soglia sopra la quale è ben possibile una legislazione più liberalizzante, nondimeno presenta una *ratio* di difficile giustificazione per la forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci». Sia inoltre consentito un richiamo ad A. TIGRINO, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla Ley Orgánica de regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in *La legislazione penale*, 27 aprile 2021, pp. 20-21.

⁹ Trib. Ancona, ordinanza del 9 giugno 2021, p. 8. Il testo è disponibile sul sito dell'Associazione Luca Coscioni all'indirizzo Internet: <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/06/Tribunale-Ancona-Ordinanza-Collegio.pdf> (data di ultima consultazione: 2 dicembre 2021).

morte, al tempo stesso il medesimo professionista, intimorito da possibili conseguenze sanzionatorie o frenato da convinzioni strettamente personali, potrà liberamente rifiutarsi di farlo. L'assenza di una disciplina ispirata a quella di altri Paesi già interessatisi ai dilemmi posti dal fine vita genera quindi dubbi drammatici, non offrendo risposte alle domande dei professionisti impegnati in procedure del tutto inedite e aumentando il senso di abbandono percepito dal malato; quest'ultimo, pur in possesso di una documentazione certificante il rispetto dei parametri sanitari più volte menzionati, rischia pertanto di rimanere nell'indegna condizione di un mendicante, costretto a "vagabondare" alla ricerca di un sanitario disposto ad assisterlo attivamente.

OBIETTIVO LEGITTIMO MA STRUMENTO (FORSE) SBAGLIATO: PROBLEMI DI AMMISSIBILITÀ PER IL QUESITO SULL'ART. 579 C.P.?

di PAOLO VERONESI*

SOMMARIO: 1. La legittimità di un'oculata disciplina dell'eutanasia volontaria come premessa. – 2. Un referendum sull'art. 579 c.p. e una prognosi da motivare. – 3. Nei meandri della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità dei referendum: i requisiti che ci sono. – 4. La "chiarezza" è un problema? – 5. Il contenuto del quesito esplicito (e l'impossibilità di praticare un'interpretazione adeguatrice). – 6. Un'altra causa d'inammissibilità: qui sta (forse) il vero problema. – 7. Mani avanti: contro l'uso strumentale della (eventuale) decisione di inammissibilità.

1. Avverto l'urgenza di una premessa (e infine, come si vedrà, anche di una "chiosa").

Non pare esistere ormai alcun ostacolo che impedisca al legislatore di introdurre una "misurata" disciplina dell'omicidio del consenziente profondamente diversa da quella ereditata dal Codice penale del 1930. Una nuova normativa fondata su un attento bilanciamento dei principi accolti nella Costituzione vigente e vivente, la quale valorizzi, *in primis* e contemporaneamente, il diritto alla vita assieme – però – al diritto all'autodeterminazione e al consenso informato, e così ai principi personalista, pluralista e di solidarietà, congiuntamente a quello di dignità¹.

Non si scorgono neppure ostacoli insormontabili affinché la stessa Corte costituzionale venga chiamata in causa al fine di adottare una pronuncia opportunamente manipolativa sull'art. 579 c.p. Una decisione che rispecchi gli assunti già espressi nella sent. n. 242/2019 (e anticipati dall'ord. n. 207/2018), calandoli e calibrandoli sulla specificità dell'art. 579 c.p.; apprendo, cioè, anche a talune ipotesi controllate, verificate e limitate di eutanasia attiva e volontaria. In tali casi non è il malato sofferente che dev'essere chiamato ad atti di solidarietà (come pure è stato detto anche durante questo seminario), bensì, all'opposto, sono gli "altri" che devono evitare di trasformarsi nel suo inferno. Né è ancora sostenibile che le cure palliative e un'assistenza adeguata possano risolvere tutti i problemi: le vicende da Welby a dj Fabo testimoniano proprio il contrario, trattandosi, in ogni caso, di persone amate, curate e accudite.

Una fattispecie scatenante per l'intervento della Corte – confidare che il Parlamento italiano se ne faccia carico è francamente inverosimile – potrebbe essere rappresentato dalla drammatica vicenda di chi sarebbe già ora in grado di avvalersi dell'art. 580 c.p., come ri-plasmato e ri-fondato dalla sent. n. 242/2019, ma risulti incapace di compiere l'azione indispensabile allo scopo di porre fine, da sé, alla

**Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

¹ Rinvio a quanto ho già avuto modo di trattare nel mio *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.* 2014, n. 2, 315 ss.

propria vita: l'aiuto "laterale" del medico, in questi casi, non sarebbe infatti sufficiente².

La disparità di disciplina oggi in vigore per i due casi qui solo abbozzati – quello affrontato dalla Corte nella sua pronuncia sull'aiuto al suicidio e quello rimasto all'esterno del perimetro decisorio della sent. n. 242/2019 – appare infatti del tutto irragionevole. Di fatto, si discriminano in tal modo i malati in base alle loro condizioni personali, pur essendo decisamente simili le realtà in cui sono dolorosamente immersi. Di più: si lascia solo proprio chi versa nelle condizioni più gravi mentre il terrore di non potere, in futuro, compiere quell'ultimo gesto liberatorio potrebbe indurre taluno ad anticipare addirittura la propria uscita dal mondo: sarebbe una drammatica eterogenesi dei fini per chi si oppone al ritocco dell'art. 579 c.p.

2. Detto ciò, il giurista deve però scrupolosamente attenersi al diverso e più circoscritto problema oggi sul tappeto: con quello è quindi bene misurarsi.

È indispensabile perciò stabilire se, alla luce di quanto espresso dalla Corte nella sua ultradecennale e più che contorta giurisprudenza in materia di referendum – nonché (per quanto necessario) in base a taluni assunti estraibili dalla sent. n. 242/2019 – sia prevedibile una decisione di ammissibilità del quesito referendario avente a oggetto l'art. 579 c.p. nella forma proposta dall'Associazione Luca Coscioni (e da altre sigle).

Anticipando sin d'ora le conclusioni di questo scritto, paiono (purtroppo) più elevate le possibilità che la Corte – ancorandosi ai propri precedenti – blocchi l'*iter* referendario piuttosto che ne consenta la naturale prosecuzione.

3. Conviene dunque procedere con ordine e sfogliare, quasi fossero i petali di una margherita, le ragioni che la Corte ha via via plasmato e frapposto allo svolgimento delle consultazioni referendarie, applicandole poi al caso sotto i riflettori. Ciascuna di esse costituisce, metaforicamente, una sorta di "bivio" che la Corte può spesso decidere di superare procedendo in una direzione o in quella alternativa, bloccando o consentendo così la continuazione dell'*iter* referendario.

Di certo, il quesito oggi in discussione non presenta un oggetto sovrapponibile a quelli vietati *ex art. 75, comma 2, Cost.*, neppure se interpretati estensivamente (come imposto dalla Corte sin dalla sua fondamentale sent. n. 16/1978).

Il successivo (e primo) bivio problematico consiste però nello stabilire se ciò davvero avvenga senza sostituire alla norma abrogata «una disciplina estranea allo stesso contesto normativo»³. In quest'ultima eventualità – così come in

² Si rinvia alle notazioni e osservazioni contenute, ad esempio, nel documento *Aiuto medico a morire: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*, pubblicato nel fasc. 3/2019 di *BioLaw Journal* ed elaborato dal Gruppo Biodiritto costituito presso l'Università di Trento.

³ Come affermato nella relazione d'apertura di Tullio PADOVANI, si tratta di sostituire al principio di indisponibilità del bene vita – sotteso all'attuale art. 579 c.p. – la ben diversa idea della sua piena disponibilità.

conseguenza di un ritaglio troppo “audace” – il referendum deraglierebbe infatti dai binari dell’art. 75 Cost. come “posati” dalla Corte: anziché deliberare l’abrogazione anche solo parziale di una legge, lasciando spazio a norme già *in nuce* presenti nella sua trama che verrebbero, di conseguenza, lasciate libere di espandersi, esso porrebbe invece il corpo elettorale nelle condizioni di dar vita a una disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo di riferimento. Così sostiene la Corte in molte sue pronunce, spesso non poco criticate⁴.

A tutta prima, pur adottando la c.d. “tecnica del ritaglio”⁵, il quesito non parrebbe tuttavia presentare un carattere propositivo/manipolativo, bensì una portata effettivamente e semplicemente demolitoria. Adeguandosi alle coordinate imposte dalla giurisprudenza costituzionale, esso si concentra infatti su un unico istituto, interamente disciplinato dall’articolo oggetto di referendum, «proponendo l’ablazione» di un corpo di disposizioni autonome in esso presenti⁶. Il suo solo scopo è di abolire un divieto corredato da una sanzione penale: «conseguentemente, una condotta... vietata diverrebbe consentita»⁷. Non si costruisce così «una nuova norma mediante la saldatura di frammenti lessicali eterogenei» e concepiti ad altri fini. Si giunge invece «ad abrogare parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore», facendone “fiorire” una ben diversa. Il “ritaglio” produrrebbe dunque la legittima «riespansione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo» dell’art. 579 c.p., fino a oggi, «compresa per effetto dell’applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum»⁸.

È tuttavia evidente che rispondere a tale quesito significa scegliere una particolare direzione dopo essere giunti in prossimità di un (primo) bivio essenziale. Abrogando le specifiche disposizioni oggetto del referendum, quanto sin qui proibito diverrebbe infatti consentito, con l’eccezione di ciò che, in base allo stesso art. 579 c.p., continuerebbe a essere punito con le norme stabilite per l’omicidio. Taluno potrebbe quindi obiettare che non si tratterebbe di dare libero sfogo a una disciplina già contenuta *in nuce* nella disposizione oggetto del referendum, bensì di ribaltarne letteralmente il suo senso attuale, escludendo pertanto che si tratti di un’operazione consentita: argomento debole, per le ragioni poco sopra illustrate, ma teoricamente praticabile.

Procedendo oltre, il quesito referendario sembrerebbe comunque (e senz’altro) possedere il dono dell’omogeneità: esso non investe cioè domande e temi diversi ed eterogenei, bensì una questione ben individuata e circoscritta⁹.

Esso parrebbe altresì dotato del dono della chiarezza e dell’univocità: altri requisiti elaborati dalla Corte e utilizzati senza risparmio nella sua giurisprudenza in materia di referendum. Almeno così pare, in prima battuta, se, come meglio si dirà, l’intento dei promotori sia davvero quello di aprire all’omicidio di qualsiasi

⁴ Tra le altre si v. le sentt. nn. 36/1997, 13/1999, 33, 34 e 50/2000, 43 e 46/2003, 26/2017, 10/2020.

⁵ Si v., ad esempio, quanto esplicitato nelle sentt. nn. 26 e 27/2017, le quali rinviano anche alle sentt. nn. 26 e 28/2011. Il *leading case* in materia è peraltro rinvenibile nella sent. n. 36/1997.

⁶ La citazione è tratta dalla sent. n. 27/2017, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁷ Così nella sent. n. 49/2005, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

⁸ Così nelle sentt. nn. 26 e 27/2017, ma l’argomento era già presente nelle sentt. nn. 32/1993, 13/1999, 33 e 34/2000, 15 e 16/2008.

⁹ Così, *ex multis*, nelle sentt. nn. 16/1978, 29/1981, 27/1997 e 26/2017.

consenziente: tale suo specifico scopo è infatti «desumibile esclusivamente dalla finalità incorporata nel quesito, cioè dalla finalità obbiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione e all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento»¹⁰.

Ne deriva altresì la sua matrice razionalmente unitaria, essendo limpido l'intento finale verso cui la richiesta abrogativa si dirige (e al quale si è appena fatto cenno)¹¹.

All'elettore è così sottoposta – almeno *prima facie* – «un'alternativa netta», essendo egli «in grado di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto»¹².

4. Conviene dedicare particolare attenzione al già menzionato requisito della “chiarezza e univocità” del quesito, affrontandolo alla luce di alcune coordinate derivate dalla giurisprudenza costituzionale in materia. Facendo questo ulteriore sforzo, l'assunta chiarezza della “domanda” posta agli elettori – apparentemente rispettata, come pur si argomentava *supra* – potrebbe invece essere contestata da qualche osservatore.

Ecco dunque un altro bivio: taluni potrebbero infatti sostenere che, a ben vedere, il quesito parrebbe in realtà incorporare due diversi e contrastanti obiettivi.

Il primo di questi emerge – oggettivamente – dal mero dato testuale prodotto a seguito dell'intervento ablativo: come si anticipava, esso consiste nel permettere sempre e comunque l'omicidio del consenziente, prescindendo dalla circostanza che l'interessato sia preda di una malattia e versi nelle condizioni precisamente delineate dalla sentenza costituzionale n. 242/2019. Sarebbero sottratte a tale esito solo le particolari fattispecie già ora previste dall'art. 579 c.p.: esse continuerebbero a venir punite con le norme relative all'omicidio, in quanto funzionali alla protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili (per i quali va ovviamente evitato ogni rischio di induzione, suggestione o coartazione)¹³.

Accanto a questo obiettivo si delinea tuttavia anche un (più limitato) scopo alternativo, il quale costituisce (forse) l'autentico fine perseguito dai referendari¹⁴. Esso si consolida nella circoscritta volontà di estendere e trasportare nell'ambito dell'art. 579 c.p. la sostanza di quanto già precisato e “limato” dalla Corte in riferimento all'art. 580: consentire, cioè, l'omicidio del consenziente solo ed esclusivamente in presenza dei requisiti già fissati dalla sentenza costituzionale n.

¹⁰ Cfr. la sent. n. 28/2017, nella quale si citano anche le sentt. nn. 24/2011 e 23/1997.

¹¹ Così, ad esempio, nella sent. n. 46/2005, punto 4.2 del *Considerato in diritto*, e nella sent. n. 28/2017.

¹² Tra le numerose, si v. la sent. n. 29/1997, punto 2 del *Considerato in diritto*, e la sent. n. 27/2017, punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹³ Si tratta degli specifici casi indicati ai nn. 1, 2 e 3 dello stesso art. 579 c.p.

¹⁴ A giudicare anche da quanto espressamente affermato nel sito *eutanasialegale.it*, come messo in evidenza da D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 19 ottobre 2021, § 1. Le stesse prese di posizione di almeno alcuni dei promotori parrebbero avallare questa seconda ipotesi.

242/2019 (con riguardo all'aiuto al suicidio) oltre che nel pieno rispetto della legge n. 219/2017¹⁵. Ossia solo al cospetto di un effettivo "contesto eutanasiaco"¹⁶.

Due possibili obiettivi non perfettamente coincidenti, dunque, e due possibili volontà inglobate dal quesito.

È un profilo di rilievo. Alle «intenzioni enunciate dai promotori» la Corte si è infatti talvolta riferita, nella sua giurisprudenza, per interpretare compiutamente la portata dei quesiti sottoposti alla sua attenzione e giudicarne *funditus* l'ammissibilità¹⁷. Si tratta di un requisito certamente discutibile e alquanto discusso: applicato in questa circostanza potrebbe far emergere un consistente problema, posto che testo normativo residuo e "volontà" dei proponenti non parrebbero (sempre) perfettamente allineati.

Parafrasando, dunque, quanto si trova scritto nella sent. n. 6/1995, se (davvero) la formulazione del quesito in esame fosse funzionale a entrambi questi sbocchi – o fosse stata elaborata e presentata in vista di questi divergenti obiettivi – essa verrebbe infatti a coartare, a valle, le stesse scelte rimesse all'elettore. *Contra* quanto sostenuto poco sopra, non si rispetterebbe dunque neppure il vincolo di univocità, chiarezza e semplicità del quesito (come pretende costantemente la Corte)¹⁸. Non già perché siano sottoposti al giudizio del votante reati diversi, una pluralità di norme non collegate da un comune principio o una congerie di disposizioni eterogenee, oppure perché manchi la richiesta abrogazione di altre disposizioni strettamente collegate a quelle sotto giudizio¹⁹. Rileverebbe invece la sostanziale ambiguità dell'approdo auspicato dai promotori e generato dalla richiesta abrogazione. Ciò si ripercuoterebbe sulla libertà di voto del singolo elettore (*ex artt. 1 e 48 Cost.*): egli potrebbe infatti essere senz'altro favorevole a una delle alternative che gli sono profilate dalla domanda ma non già all'altra²⁰; potrebbe insomma gradire l'estensione (anche) all'omicidio del consenziente di quanto la Corte ha opportunamente (ma restrittivamente) stabilito per l'aiuto al suicidio (nella citata sent. n. 242/2019), ma non già procedere oltre quanto affermato nella pronuncia appena menzionata, superando, cioè, le limitazioni in essa delineate. Oppure viceversa. E va da sé che, così ragionando, anche la matrice razionalmente unitaria della domanda posta agli elettori perderebbe terreno, essendo in realtà due le *rationes* che l'avrebbero ispirata o che essa (in ogni caso) avrebbe finito per incorporare²¹.

Si tratterebbe di un'ambiguità difficilmente risolvibile attraverso «la ricostruzione sistematica e interpretativa» delle conseguenze dell'abrogazione²². Tuttavia, non pare davvero complicato stabilire quale effettivamente sia la «finalità

¹⁵ Ossia al cospetto di un paziente capace, tenuto in vita da trattamenti essenziali, il quale chieda di essere medicalmente aiutato a suicidarsi in quanto affetto da una patologia irreversibile che gli cagiona gravi sofferenze fisiche o psicologiche.

¹⁶ Rinvio alle precise considerazioni (anche comparatistiche) contenute nella relazione di Roberto ROMBOLI.

¹⁷ Si v., ad esempio, le sentt. nn. 1/1995, 30 e 39/1997.

¹⁸ Cfr. le sentt. nn. 27 e 29/1981, 34 e 39/1997 e 12/2014.

¹⁹ Ad esempio, si v. le sentt. nn. 27 e 28/1981.

²⁰ Cfr. la sent. n. 27/1981.

²¹ Si v. la sent. n. 15/2008 tra le altre.

²² Così nella sent. n. 34/1997.

obbiettivamente ricavabile in base alla... formulazione» del quesito²³. Specie se la Corte si accodasse a un argomento che ha talvolta usato come bussola in tali casi: «ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti», anche a prescindere dalle intenzioni del Comitato promotore²⁴. Così approcciato, il quesito pare infatti estremamente chiaro.

5. Pare dunque utile prendere sul serio quanto la Corte ha precisato in altre sue pronunce.

Va insomma tenuto ben presente che, come già si ricordava, essa ha spesso sottolineato che quanto davvero rileva, ai fini del suo giudizio di ammissibilità, va desunto «esclusivamente dalla finalità incorporata nel quesito», ossia da quanto si ricava «in base alla sua formulazione e all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento». Se fosse davvero così, essa dovrebbe perciò arrestarsi al solo quesito esplicito posto dalla richiesta referendaria e non cedere ad altre «suggerzioni».

Il quesito oggi in esame, ricostruito in base a tali coordinate, porrebbe dunque (e davvero) «un'alternativa netta all'elettore», il quale è perciò messo «in grado di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto»²⁵. Si confermerebbero in tal modo altre prese di posizione della Consulta, ove essa ha precisato che «ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare se essa abbia... un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione»²⁶.

Senza dare perciò rilievo a fumose intenzioni dei promotori, a future (e incerte) elaborazioni legislative di spessore o addirittura a complesse interpretazioni dell'ordinamento, il quesito dev'essere insomma «autosufficiente», delineando con nettezza ciò che sarà prodotto per suo tramite.

Il giudizio di ammissibilità del referendum non è infatti equiparabile ad altre competenze della Corte costituzionale, e men che meno si presta a ospitare, nella sua trama, pronunce di carattere sostanzialmente interpretativo o giudizi di legittimità anticipati (e, dunque, necessariamente e pericolosamente astratti). Esso si atteggia invece «con caratteristiche specifiche e autonome nei confronti degli altri giudizi riservati» alla «Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge»²⁷.

Muovendo da un simile assunto, ne consegue che l'esito dell'eventuale abrogazione prodotta dal referendum sarebbe in realtà univoco e stentoreo: il reato di omicidio del consenziente verrebbe abrogato, salvo per le circoscritte ipotesi evocate poco sopra. Non si potrebbe cioè sottoporre la normativa di risulta a interpretazioni diverse rispetto a quelle fatte palesi dal dettato residuo dell'art. 579 c.p., o leggerla alla luce di ulteriori obiettivi dei promotori. Tanto più che si ragiona – appunto – di una fattispecie penale: nei suoi riguardi vigono, dunque, i ben noti

²³ La frase è tratta dalla sent. n. 28/2017.

²⁴ Sent. n. 45/2005.

²⁵ Sent. n. 28/2017.

²⁶ Sent. n. 45/2005.

²⁷ Si v. la sent. n. 46/2005 che, sul punto, cita le sentt. nn. 16/1978 e 251/1975.

principi di tassatività e di determinatezza, essendo altresì vietata l'interpretazione analogica e dovendosi sempre evitare impropri spazi d'azione riservati al soggettivismo dei giudici.

Un tale approdo è ulteriormente avvalorato da quanto la stessa Corte ha sancito a chiare lettere proprio nella sua sent. n. 242/2019. In quella circostanza essa precisò infatti che l'art. 580 c.p. non avrebbe consentito, stante il suo tenore letterale, alcuna interpretazione adeguatrice che “aprisse” alle ipotesi di aiuto al suicidio per i malati nelle condizioni di dj Fabo. Bene avevano dunque operato i giudici promuovendo la *quaestio* di costituzionalità²⁸. La medesima conclusione dovrebbe perciò ribadirsi anche per il testo dell'art. 579 c.p. che residuasse dall'abrogazione referendaria ora sul tappeto.

Senza coinvolgere successivamente la Corte – o senza un penetrante intervento del legislatore, che non si limitasse al mero ritocco di disarmonie – non sarebbe perciò in alcun modo possibile adeguare e interpretare diversamente quanto emergerà dal tenore letterale dell'ipotetica normativa (penale) di risulta, modellandolo in modo da tutelare quanto – a detta della Corte (ed è qui che si annida forse il vero problema di questa tornata referendaria)²⁹ – non può mai essere privato della necessaria protezione. Si aprirebbe cioè uno squarcio ordinamentale che i giudici stessi non potrebbero tamponare facendo ricorso alle loro specifiche competenze in tema di interpretazione, in altri casi già messe preventivamente in conto (e quasi suggerite) dalla stessa Consulta³⁰: l'estrema delicatezza della materia – già sottolineata dalla Corte – e la sua natura penale – con tutto ciò che ne consegue – sembrano escludere scorciatoie.

Proprio quest'approdo porta perciò a emersione un possibile vizio di inammissibilità del quesito.

La Corte ha infatti (più volte) affermato che, nell'ambito dei giudizi di ammissibilità referendaria, essa non può certo svolgere un sindacato di legittimità costituzionale sull'eventuale disciplina “generata” dal risultato del referendum; una simile attività – come sostiene in alcune sue pronunce – non può infatti mai trovare sede in questi suoi peculiari giudizi³¹. L'impossibilità di sovrapporre il giudizio di ammissibilità del referendum al sindacato di costituzionalità affiora del resto anche dalla ben diversa origine di queste due competenze: assolutamente concreta quella del sindacato incidentale (in quanto generata da una fattispecie problematica); ancorata al solo testo (e dunque astratta) quella del giudizio di ammissibilità referendaria. A onor del vero, va altresì precisato che la Consulta, in alcune sue pronunce, sembra aver dimenticato queste precisazioni, cimentandosi in veri e propri riscontri di legittimità costituzionale anticipata delle eventuali normative di risulta³². Ma non conviene avventurarsi su questo terreno impervio, che tanti altri

²⁸ La Corte afferma infatti che era da escludersi la possibilità di sottoporre l'art. 580 c.p. a un'interpretazione adeguatrice in linea con gli assunti dei rimettenti, in quanto essa era «incompatibile con il tenore letterale della norma censurata» (punto 2.1 del *Considerato in diritto*).

²⁹ V., *infra*, il prossimo paragrafo.

³⁰ Si v. la sent. n. 49/1970 e la n. 27/1997.

³¹ Si rinvia, *ex multis*, alle sentt. nn. 16/1978, 251/1975, 24 e 26/1981, 63/1990, 31/1997, 25/2004, 45, 46, 47 e 48/2005, 15 e 16/2008, 17/2016, 27/2017.

³² Lo rilevano, tra gli altri, A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna 2003, 201 e 206 (nota 22), i quali propongono altresì un corposo elenco di esempi.

problemi e dubbi di ammissibilità solleciterebbe proprio con riguardo al quesito oggi sotto i riflettori³³. Vanno invece prese per buone le affermazioni (della stessa Corte) sopra riportate, anche perché sono altri gli ostacoli contro i quali il quesito in esame pare davvero cozzare: è questo il bivio che appare più difficoltoso.

6. Benché la differenza rispetto a quanto appena illustrato nel paragrafo che precede non sia sempre del tutto palpabile, va quindi verificato se «la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito», ma anche soltanto stabilire se essa preservi «quel minimo di tutela che determinate situazioni esigono secondo Costituzione: sicché la richiesta di referendum, attraverso la proposta mirante a privare di efficacia quella legge, tenda in effetti a investire la corrispondente parte della Costituzione stessa»³⁴.

Il giudizio della Corte tiene insomma sempre ben presente «il complesso dei valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture o ai temi delle richieste referendarie»³⁵; ciò che essa può praticare, esprimendosi sull'ammissibilità referendaria, è infatti «soltanto una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale»³⁶.

Seguendo questa traiettoria, la Corte ha dichiarato pertanto l'inammissibilità di numerosi referendum, proprio perché, attraverso le loro ricercate abrogazioni, si sarebbe determinata non già una semplice incostituzionalità, bensì la soppressione della tutela minima di un diritto fondamentale³⁷.

È su questo piano che pare effettivamente celarsi il vero *punctum dolens* della richiesta, ossia l'ostacolo che potrebbe rendere del tutto vano il superamento degli altri (pur considerevoli) "intraicci" posti sul suo cammino.

La domanda prefigura infatti un esito referendario che, a ben vedere, determinerebbe l'annullamento di «una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione» (per come la Corte l'ha sin qui interpretata)³⁸. In altri termini, la formulazione del quesito lascerebbe intendere che l'abrogazione sia

³³ Se l'abrogazione referendaria scriminasse anche ipotesi di omicidio nei confronti di un consenziente nient'affatto malato, ciò parrebbe infatti produrre un'incongruenza irragionevole tra le discipline dell'art. 580 c.p. (come plasmato dalla Corte) e dell'art. 579 c.p. (uscente dal referendum): verrebbe infatti punita meno severamente la condotta penalmente più grave (ossia l'omicidio). Si potrebbe quindi accedere liberamente alla condotta più grave in casi più estesi di quanto non sia tollerato per l'aiuto al suicidio. "Chiunque" potrebbe inoltre svolgere l'azione omicida, mentre ben diverso è stato, a tal proposito, l'approccio della Consulta nella sua sentenza sull'art. 580 c.p.

³⁴ Sent. n. 26/1981.

³⁵ Sent. n. 10/2000.

³⁶ Sent. n. 45/2005.

³⁷ Si v., ad esempio, la sent. n. 26/1981 (per la richiesta "massimale" sulla legge n. 194/1978, puntando i promotori a ripristinare la vecchia disciplina del codice Rocco, cassata dalla sent. cost. n. 27/1975); la sent. n. 35/1997, richiamata, per questo profilo, dalla sent. n. 242/2019 e dalla sent. n. 45/2005.

³⁸ Così nella sent. n. 35/1997, ma concetti analoghi sono stati espressi, ad esempio, nella precedente sent. n. 26/1981 e nella successiva sent. n. 45/2005.

destinata a incidere inesorabilmente su una porzione di normativa (che parrebbe) costituzionalmente necessaria³⁹, in quanto essenziale alla tutela minima del diritto fondamentale alla vita⁴⁰. Si tratterebbe, più di preciso, di un corollario derivante proprio da ciò che è stato isolato senza indugi dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019, ove essa ha stabilito che solo i soggetti rientranti nelle condizioni da essa precisamente indicate possono legittimamente aspirare all'aiuto medico a morire (disponendo del loro stesso diritto alla vita)⁴¹. Se il quesito referendario oggi sottoposto all'attenzione della Corte producesse dunque l'abrogazione desunta dal suo stesso testo, potrebbe invece chiedere di essere sottoposto a eutanasia non solo chi presentasse il quadro clinico e psicologico delineato dalla Corte nella "sentenza Cappato", ma chiunque non ricadesse nelle ipotesi che, nonostante tutto, continuerebbero a essere punite con le norme sull'omicidio. Per una qualunque ragione, anche una persona perfettamente sana sarebbe dunque in grado di assumere una simile decisione.

Se davvero fosse così, l'approdo del referendum andrebbe quindi molto al di là di quanto plasmato dalla Corte nel dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p. Nella sent. n. 242/2019 la Consulta ha infatti marciato in una direzione ben diversa e assai meno "estensiva" rispetto a quella sancita dalla quasi contemporanea pronuncia della Corte di Karlsruhe sull'aiuto al suicidio: quest'ultima ha infatti puntato l'accento sulla sola autodeterminazione individuale, a prescindere da ogni motivazione, giustificazione o patologia del soggetto⁴². Del resto, anche nella precedente ord. n. 207/2018, il nostro giudice delle leggi aveva specificato che non si potrebbe comunque aprire a qualsiasi ipotesi di suicidio assistito, fondandosi su un «generico diritto di autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita». Il quesito sul quale la Consulta dovrà pronunciarsi incide insomma su profili rientranti anch'essi, evidentemente, nella tutela minima del diritto fondamentale alla vita (almeno nei termini in cui quest'ultimo è stato sin qui assunto dalla Corte), ma nient'affatto protetti dalla disciplina testuale che residuerebbe dall'amputazione dell'art. 579 c.p.⁴³.

Sono profili talmente dirimenti da non consentire di declinare oggi – come già si scriveva – quanto la Corte ha precisato nella sent. n. 37/2000: l'abrogazione richiesta non determinerebbe cioè semplici «disarmonie o incongruità...

³⁹ Sent. n. 45/2005.

⁴⁰ A questo proposito si v. la sent. n. 35/1997.

⁴¹ Si v. il punto 2.3 del *Considerato in diritto*. Vi si precisa che il proposito suicidario deve formarsi «autonomamente e liberamente» da parte di una «persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

⁴² Si tratta della sent. 26 febbraio 2020, n. 2 BvR 2347/15, riportata anche nel sito di *Amicus curiae*. Su tale pronuncia si v., tra gli altri, il commento di V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale*, goWare, Firenze 2020, 137 ss. e quello di S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, 2021, p. 18 ss.

⁴³ Si v. la sent. n. 27/1975 e spec. la n. 35/1997, punto 4 del *Considerato in diritto*. Ma si v. anche la sent. 223/1996 (citata proprio dalla sent. n. 242/2019), nella quale si legge che tale diritto è il «perno dei diritti inviolabili dell'uomo».

discendenti dalla parzialità dell'intervento abrogativo», superabili in via interpretativa o mediante l'azione post-referendaria del legislatore. Non sono solo questi i problemi e c'è invece molto altro: il quesito aggancia e demolisce infatti un "lembo" di tutela da riservare a un diritto fondamentale (alla vita) che la Corte ha già altrove definito costituzionalmente indispensabile. Né sollecitare un'interpretazione adeguatrice della normativa di risulta in base agli assunti della sent. n. 242/2029 (azione che parrebbe ostacolata, nel caso, dalla peculiarità di una disposizione che ha un'indubbia natura penale), né auspicare che il Presidente della Repubblica ritardi di sessanta giorni (o anche più)⁴⁴ l'entrata in vigore della raggiunta abrogazione⁴⁵, né invocare il doveroso intervento del legislatore teso a eliminare le inevitabili disarmonie o ambiguità, paiono argini sufficientemente solidi per neutralizzare un simile assunto attinente a un profilo così delicato (se venisse ribadito, ovviamente). Non ci si muove infatti sul più "debole" piano di una mera illegittimità. E neppure pare chiaro il motivo per cui ciò che residuerebbe dell'art. 579 c.p. dopo l'abrogazione referendaria dovrebbe essere necessariamente interpretato alla luce di quanto sancito dalla legge n. 219/2017, oltretutto precisato dalla sent. n. 242/2019 (peraltro in riferimento a un altro reato). La materia penale e il tenore letterale della disposizione residua non parrebbero consentire simili approdi e "libertà di movimento". Lì si potrà raggiungere solo a seguito di un'ulteriore sentenza costituzionale, simile a quella adottata nel 2019. È in questo scarto che affiora più precisamente come il contenuto minimo di uno dei diritti coinvolti nel caso – nel senso già precisato dalla Corte – verrebbe sguarnito di tutela.

È insomma questo il bivio che potrebbe risultare decisivo, stante il modo in cui il giudizio di ammissibilità è andato plasmandosi nei decenni: questo è il materiale con il quale fare i conti.

7. Comunque vada – specie se la Consulta impedisse al quesito di completare il guado – un aspetto va sin d'ora sottolineato: è una precisazione pressoché inutile per un pubblico di giuristi; non lo è invece per rispondere sin da subito a chi farà orecchie da mercante, brandendo le decisioni della Corte a suo uso e consumo.

Si accettano scommesse sul fatto che la (del tutto) eventuale decisione d'inammissibilità pronunciata dalla Consulta verrà interpretata e sbandierata da molti – per insipienza o malafede – come una pronuncia d'illegittimità preventiva nei confronti di una qualsiasi legge in materia di eutanasia. Si tratterebbe di un errore o di una strumentalizzazione degna di un autentico analfabeta del diritto.

In realtà, dopo quanto sancito dalla sent. n. 242/2019 sono molte le frecce all'arco di chi sostiene che anche l'art. 579 esiga un penetrante tagliando e un'altrettanto profonda rimodulazione. Se ne è già accennato: ciò costituirebbe un'applicazione rispettosa dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, altrimenti messi pericolosamente (e indegnamente) a rischio in almeno alcuni dei casi già menzionati proprio in apertura di questo scritto. Non è dunque l'obiettivo

⁴⁴ Magari mediante l'approvazione di una legge in deroga a quanto stabilito dalla legge n. 352/1970.

⁴⁵ *Ex art.* 37, comma 3, legge n. 352/1970.

più autentico dei promotori il vero problema: quest'ultimo si annida invece nelle armi piuttosto spuntate messe a disposizione del referendum abrogativo come plasmato dalla Corte. La storia di quest'istituto poteva essere diversa, ma è andata così.

1. Elettori legislatori? *Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale* (Ferrara, 13 novembre 1998), Giappichelli, Torino 1999, pp. XII-284
 2. Il "caso Previti". *Funzione parlamentare e giurisdizionale in conflitto davanti alla Corte* (Ferrara, 28 gennaio 2000), Giappichelli, Torino 2000, pp. XIV-298
 3. Stranieri tra i diritti. *Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione* (Ferrara, 26 gennaio 2001), Giappichelli, Torino 2001, pp. XVIII-250
 4. Rogatorie internazionali e dintorni. *La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale* (Ferrara, 29 gennaio 2002), Giappichelli, Torino 2002, pp. XVIII-294
 5. La parità dei sessi nella rappresentanza politica. *In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara* (Ferrara, 16 novembre 2002), Giappichelli, Torino 2003, pp. X-254
 6. Il "caso Cossiga". *Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?* (Ferrara, 14 febbraio 2003), Giappichelli, Torino 2003, pp. XX-460
 7. La laicità crocifissa? *Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (Ferrara, 28 maggio 2004), Giappichelli, Torino 2004, pp. XXI-340
 8. Ai confini del "favor rei". *Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia* (Ferrara, 6 maggio 2005), Giappichelli, Torino 2005, pp. XXIV-388
 9. La grazia contesa. *Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale* (Ferrara, 24 febbraio 2006), Giappichelli, Torino 2006, pp. XXXII-340
 10. All'incrocio tra Costituzione e CEDU. *Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (Ferrara, 9 marzo 2007), Giappichelli, Torino 2007, pp. XXII-270 [e-book]
 11. Dalla provetta alla Corte. *La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio* (Ferrara, 19 aprile 2008), Giappichelli, Torino 2008, pp. XXVI-232 [e-book]
 12. Il lodo ritrovato. *Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008* (Ferrara, 27 marzo 2009), Giappichelli, Torino 2009, pp. XXIII-319 [e-book]
 13. La società naturale e i suoi nemici. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio* (Ferrara, 26 febbraio 2010), Giappichelli, Torino 2010, pp. XXII-401 [e-book]
 14. Nel "limbo" delle leggi. *Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?* (Ferrara, 16 dicembre 2011), Giappichelli, Torino 2012, pp. XXIV-337 [e-book]
 15. Il Presidente intercettato. *Un inedito conflitto tra il Capo dello Stato e la magistratura requirente*, 2012 (Seminario *on line* ospitato sulla piattaforma web del *Forum di Quaderni Costituzionali*)
- ****
16. Per sempre dietro le sbarre? *L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, (Ferrara, 27 settembre 2019), 2019, pp. XXVII-178 [in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, n. 10 del 2019]
 17. Il fine e la fine della pena. *Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, (Ferrara, 25 settembre 2020), 2020, p. XXVIII-249 [in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, n. 4 del 2020]
 18. La via referendaria al fine vita. *Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, (Ferrara, 26 novembre 2021), 2022, p. XXX-235 [in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, n. 1 del 2022]