

RIFLESSIONI COSTITUZIONALISTICHE CIRCA
L'AMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SULL'ART. 579 C.P.
(VERSIONE PROVVISORIA)

di ROBERTO ROMBOLI*

SOMMARIO: 0. Il riferimento alla legge 219 del 2017 ed alle decisioni nn. 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 - 1. Lo “iato” tra la formulazione del quesito e le finalità indicate dal comitato promotore; la correttezza del riferimento all'eutanasia ed al contesto eutanasi. - 2. Il quesito referendario e la necessaria “chiarezza”; - 3. *Segue*: il rilievo della normativa di risulta. Le supposte disarmonie derivanti dall'esito positivo del referendum e gli strumenti per superarle o per prevenirle. - 4. *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 all'innovazione della firma digitale. - 5. *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.

0. Leggendo i commenti e le prese di posizione in ordine alla richiesta di referendum abrogativo promossa dalla Associazione Luca 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 all'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 viceversa.

Nel suo pregevole recente intervento Massimo Donini su *Il Riformista* del 13 novembre scorso rileva come «le sottigliezze dei giuristi non si rivelino sopraffatrici del buon senso e della giustizia sostanziale. È una battaglia per i

*Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa

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».

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.

Il quesito sul quale sono state raccolte le firme propone l'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 dalla 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, comma.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 dignità. 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 così l'efficacia diretta di un diritto costituzionale e riconoscendo quindi implicitamente al Parlamento la possibilità di bloccare la sua efficacia con la sua semplice inerzia.

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

Nella vicenda relativa a Eluana Englaro il fondamento costituzionale era evidentemente lo stesso ed in quella occasione emersero due aspetti particolari: quello del consenso per chi si trovasse in stato di incoscienza e quello relativo alla possibilità di includere nei trattamenti sanitari di cui all'art. 32, comma 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 l'alimentazione e 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».

La reazione delle Camere all'intervento ritenuto eccessivamente creativo da parte della Cassazione si espresse in un conflitto tra poteri dello Stato, dichiarato dalla Corte inammissibile nella fase preliminare senza contraddittorio, in cui la stessa ebbe a sottolineare come in realtà il giudice avesse 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» (ord. n. 334/2008).

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, comma 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 molti elementi che fanno avvicinare questo caso ai due precedentemente ricordati, il fondamento costituzionale non può essere visto

nell'art. 32, comma 2, dal momento che a venire in considerazione non era il rifiuto di un trattamento sanitario, ma l'aiuto prestato per giungere all'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 punito, come una mera libertà di fatto - 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 potrebbe condurre a parlare, come è stato scritto, di una sorta di suicidio sociale e non più come atto meramente individuale.

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» (Silvestri) 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 comporta 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 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 diviene 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 ha 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 un'infermità di tipo degenerativo e desiderano prendere decisioni di fine vita, ma necessitano dell'aiuto di terzi per realizzare la loro scelta.

Evidente la presenza di elementi di contatto tra i primi due casi ed il terzo – che potrebbero essere tutti indicati 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 del 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 un’unica modalità di morire, contro la dignità umana.

In ragione della motivazione posta a fondamento della dichiarazione di incostituzionalità, la decisione 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 fine (Rey).

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 consenziente (V. Zagrebelsky), 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*».

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» (V. Zagrebelsky).

1. 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 o il cui consenso sia viziato, 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 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. 242 del 2019».

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 referendum.

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

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

Come è stato esattamente sottolineato da Andrea Pugiotto 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 deducibili 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", 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'eutanasia - è stato chiamato «*contexto eutanásico*», giusto per differenziarlo dal diritto a decidere, senza alcun limite, sul proprio fine vita.

Secondo Cricenti 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 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 autodeterminazione in ordine alle decisioni di fine vita senza limitazioni o necessità di motivazioni, non fa infatti alcun riferimento alla eutanasia, né al contesto eutanásico.

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 dell'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, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori» (sent. n. 27/2011).

2. Volendo adesso svolgere una riflessione sui limiti all'ammissibilità del referendum abrogativo elaborati dalla giurisprudenza costituzionale ed escludendo i c.d. limiti espressi (le materie di cui all'art. 75, comma 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)* l'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.

Da questo punto di vista il quesito di cui stiamo parlando appare di assoluta chiarezza, ponendo una domanda che, sotto questo aspetto, 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 sollevati (Garzone, Iacobellis) sulla portata del quesito nel senso che esso si presterebbe a due opposte interpretazioni: la prima secondo cui l'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. 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.

3. Con riferimento alla normativa di risulta la Corte costituzionale ha correttamente escluso che un limite implicito ricavabile dal sistema di inammissibilità del referendum possa derivare dalla supposta, financo evidente, incostituzionalità della stessa.

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 l'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 valutare la normativa di risulta, in quanto ciò si è realizzato prevalentemente 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. Ciò allo scopo appunto di verificare se, in caso di esito positivo del referendum, residuasse una normativa comunque autoapplicativa.

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 una legge direttamente applicabile. In questi casi, infatti, la normativa di risulta non assurge a motivo di inammissibilità 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 Parlamento (Pertici), 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 (Nicotra).

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 sottolineato (Pugiotto, Silvestri), che spettare ai giudici, per i quali certamente non mancheranno problemi ed incoerenze da affrontare al fine di porvi rimedio.

Così, solo per citare alcuni aspetti messi in rilievo, la interpretazione del "consenso" e le condizioni per ritenerlo valido allo scopo (Padovani), 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 volere (Puletti), se non debba ritenersi lecito prestare il proprio consenso a gare sportive che implicano il pericolo di morte (Donini).

La complessità dei problemi interpretativi che verrebbero a porsi ha fatto ritenere ad alcuni (Flick) che l'esito positivo del referendum possa essere causa di una grande confusione e mettere le basi per nuove ambiguità, nuove contraddizioni e nuove difficoltà interpretative in sede giudiziaria e costituzionale ed affermare da altri (Veronesi) 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.

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 2005 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 dottrina (Carnevale ed appunto Pizzorusso, secondo cui svolgendosi il referendum su leggi, si deve supporre che queste siano valide), 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 referendaria.

4. Circa la natura manipolativa del quesito la giurisprudenza costituzionale pare ormai consolidata nel ritenere ammissibili quei referendum che, attraverso un'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 (c.d. 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 lecita (sent. n. 49/2005).

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 del referendum per 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 quello 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 vent'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 per cui è normale la prevalenza del “no”: infatti, nella prima stagione referendaria nessuna legge è stata abrogata con il referendum.

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 di 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). La Corte lo ha fatto, al momento, in tre diverse occasioni – la prima delle quali nel ricordato caso Cappato – e nelle prime due il termine assegnato è decorso inutilmente (sentt. nn. 249/2019 e 150/2021) mentre per la terza il termine è ancora pendente (ord. n. 97/2021).

Emblematico quello che è accaduto con riguardo alla tutela delle coppie omosessuali, per le quali nel 2010 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 (sent. n. 138/2010). L'inerzia del Parlamento è stata rilevata attraverso un monito molto forte dall'allora Presidente della Corte, Franco Gallo, il quale ha ricordato, tre anni dopo, come il monito della Corte non sia un cortese invito, ma un'indicazione che il Parlamento è tenuto a rispettare. L'anno successivo, nella perdurante inerzia del legislatore, la Corte ha sostanzialmente dichiarato – a proposito del c.d. divorzio imposto – l'incostituzionalità della omissione del medesimo in ordine alla regolamentazione delle coppie dello stesso sesso (sent. n. 170/2014). Successivamente l'Italia è stata condannata, per la stessa ragione, dalla Corte di Strasburgo, 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» – 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 intervento.

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 Costituzione (V. Zagrebelsky) o che tanto più la politica non risolve, tanto più è legittimato il ricorso al referendum (Ainis) o ancora che il referendum abrogativo debba ritenersi lo strumento democratico per il riconoscimento dei diritti (Donini).

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 dell'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 un'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» – con il rischio di rivoluzionare lo strumento referendario (la democrazia diretta del *click*) che potrebbe essere utilizzato per picconare il Parlamento e finire con il delegittimarlo (Flick).

Stante l'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 politiche.

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; dall'altro mostrare 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. 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.

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. 68/1978, di natura sostanziale, credo non possano nutrirsi dubbi sulla sua irrilevanza ai fini del referendum per l'abrogazione dell'art. 579 c.p., dal momento che il progetto in discussione è relativo solamente all'ipotesi di suicidio assistito (e quindi agli art. 580 e 593 c.p). e tende a "trascrivere" i contenuti della decisione pronunciata dalla Corte costituzionale nel caso Cappato.

5. 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: le prime sono quelle che contengono l'unica e indefettibile disciplina di un principio costituzionale e che, pertanto, non potrebbero essere oggetto di un referendum abrogativo; le seconde, pur relative all'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 Carnevale - le due figure si sono confuse e sono state usate indifferentemente anche per significare casi o aspetti del tutto analoghi.

I significati che comunque si desumono dal suddetto limite implicito all'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 visto il primo, vorrei adesso soffermarmi sul secondo.

In occasione di uno dei referendum sull'aborto, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta in quanto avente ad oggetto una legge a 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» (sent. 35/1997).

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» (sent. n. 45/2005).

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 costituzionale (Onida), mentre secondo altri (Pugiotto) 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.

Come ho cercato di evidenziare nella prima parte di questo intervento, in materia di trattamenti sanitari la Costituzione (art. 32, comma 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, condiviso dalla dottrina assolutamente maggioritaria - in maniera tale da realizzare la migliore garanzia per tutti i diritti che vengono in gioco e 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 dovere.

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 persona (sent. 123/2021). Questa è infatti la soluzione seguita in quei paesi che hanno avuto la fortuna di avere un Parlamento sensibile alla problematica in questione (vedi, da ultimi, Spagna e Portogallo), il quale ha disciplinato l'ipotesi di eutanasia (attiva e passiva) medicalmente riconosciuta.

Sotto quest'ultimo aspetto, concludo ricordando le ipotesi (cfr., ad esempio, le sentt. nn. 35/2020 e 50/2000) in cui i quesiti sono stati dichiarati inammissibili non perché contrari ad alcuno dei limiti espressi o impliciti ricavabili dalla Costituzione, ma perché gli scopi perseguiti richiederebbero più complesse operazioni di trasformazione dell'assetto legislativo, che attraverso l'istituto referendario, nella configurazione accolta dal nostro ordinamento, non si possono ottenere. Si tratterebbe di obiettivi irrealizzabili per via referendaria.