

Ragioni e spazi del favor per la democrazia diretta in materia penale. Note a margine del referendum sull'art. 579 c.p.

di **Sara Bianca Taverriti**

Sommario. **1.** Proscenio. Il fine vita di nuovo di fronte alla Corte costituzionale. – **2.** La virtualità del sindacato di legittimità costituzionale preventivo sulla normativa di risulta. – **3.** Obblighi di criminalizzazione in materia di omicidio del consenziente? – **4.** Il referendum abrogativo di fronte alla riserva di legge penalistica: la legittimazione rafforzata preda di un percorso accidentato. – **5.** Le ragioni di un *self-restraint* anche in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum*.

1. Proscenio. Il fine vita di nuovo di fronte alla Corte costituzionale.

A due anni dall'ultima pronuncia della Corte costituzionale dedicata alla riscrittura dell'art. 580 c.p., con contestuale ri-assetto degli equilibri tra indisponibilità del bene della vita e diritto all'autodeterminazione nel congedarsi dalla stessa¹, la proposta di *referendum* abrogativo che investe l'art. 579 c.p. travolge nuovamente la disciplina del fine-vita in Italia. Anche su tale questione, dovrà pronunciarsi la Consulta, stavolta in sede di giudizio di ammissibilità del quesito referendario. Proprio questa circostanza ha sollevato il crescente interesse della dottrina, sia costituzionalistica sia penalistica, che – più che pronosticare gli esiti della decisione della Corte costituzionale – si sta esprimendo per offrire spunti di riflessione sui diversi 'inciampi' che la richiesta di *referendum* potrebbe incontrare in sede di

¹ Ci si riferisce, ovviamente, alla Sent. n. 242 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incriminava l'agevolazione materiale dell'aspirante suicida che si sia autonomamente e liberamente determinato a tal proposito, anche quando il soggetto in questione fosse affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze intollerabili, tenuto in vita da trattamenti salvavita, ma capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Per rimuovere tale incostituzionalità, oltre a identificare i presupposti che rendono lecito l'aiuto al suicidio, la Corte costituzionale ha imposto alcuni requisiti per la validità della procedura scriminante, quali la verifica dei presupposti da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale e la previa espressione del Comitato etico territorialmente competente. Per approfondimenti su quella vicenda, sia consentito il rinvio a S.B. Taverriti, *Norme esimenti e aiuto al suicidio. Dalle rime liberate alla metrica della dommatica*, in *La legislazione penale*, Approfondimenti, 18.5.2021, p. 1 ss. e bibliografia ivi citata.

ammissibilità, o per prendere esplicita posizione a favore o contro l'ammissibilità del *referendum*².

Nel prendere in considerazione la questione non si può fare a meno di notare che anche questo atto dell'evoluzione della disciplina del fine-vita è – almeno in parte – interpretato dagli stessi attori che erano stati protagonisti delle precedenti vicende giurisprudenziali che hanno riguardato l'aiuto al suicidio: oltre alla Corte costituzionale e al comitato promotore del *referendum* (i cui attivisti erano già stati al centro del giudizio *a quo* che ha consentito la riscrittura dell'art. 580 c.p. in sede di giudizio di legittimità costituzionale), il solito invitato di pietra: il Parlamento. Tuttavia, sarebbe un errore enfatizzare le somiglianze tra le due situazioni sino a ritenere scontato l'epilogo di questa vicenda, anche perché, oltre le affinità si stagliano nette anche numerose e significative differenze.

Soffermandosi su queste ultime, è di immediata percezione che notevolmente diversi sono sia il ruolo giocato dagli attori istituzionali sulla scena, sia la trama della vicenda. In primo luogo, vale la pena rammentare che il giudizio di ammissibilità del *referendum* ha struttura, campo cognitivo e criteri decisionali radicalmente diversi rispetto a quelli che governano il giudizio di legittimità costituzionale della legge. In particolare, il giudizio sull'ammissibilità del *referendum* – almeno in linea di principio – non

² Su questo specifico tema, cfr. T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in www.amicuscuriae.it, 26.11.2021; e R. Romboli, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria)*, ibidem, 26.11.2021; e gli interventi al seminario preventivo ferrarese - *Amicus Curiae, La via referendaria al fine vita Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, tenutosi il 26.11.2021, la cui registrazione è accessibile dal sito www.amicuscuriae.it. Si vedano, inoltre, D. Pulitanò, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. Pen.*, 19.11.2021; R. Bartoli, *Le problematiche del fine vita. Tra orientamenti della corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. Pen.*, 11/2021; M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sist. Pen.*, 30.11.2021; N. Rossi, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in www.questionegiustizia.it, 24.11.2021; R. Conti, *Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, interviste a V. Onida, A. Pugiotto, P. Veronesi, I.A. Nicotra e G. Cricenti, in www.giustiziainsieme.it; e i numerosi articoli e interviste apparsi sui quotidiani nazionali negli ultimi mesi, tra cui M. Donini, *Enea o Zarathustra? Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021; L. Violante, *Referendum sull'eutanasia, il limite tra fine vita e diritti*, in *La Repubblica*, 24.08.2021; V. Zagrebelsky, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, in *La stampa*, 26.06.2021; G. Di Fiore, *Il fine vita dimenticato tra laici e cattolici*, intervista a M. Ainis, in *Il Mattino*, 19.06.2021; M. Iasevoli, *«Quesito sbagliato»*, intervista a G.M. Flick, in *Avvenire*, 21.08.2021; A. Pugiotto, *Quesito sul fine vita. Ecco perché Flick sbaglia*, in *Il riformista*, 24.08.2021;

dovrebbe includere un sindacato preventivo sulla legittimità costituzionale della normativa di risulta.

In secondo luogo, come noto, la disposizione oggetto del quesito referendario è l'art. 579 c.p., del cui nucleo essenziale, il comitato promotore propone l'abrogazione. Infatti, la riscrittura dell'art. 579 c.p. comporta la sostanziale eliminazione della fattispecie privilegiata, lasciando residuare la responsabilità a titolo di omicidio volontario ogni qualvolta il consenso risulti viziato (per minore età, per infermità di mente, per deficienza psichica temporanea), estorto o carpito³. Dunque, almeno in apparenza, l'effetto di un eventuale positivo esito del *referendum* consisterebbe nella depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, rendendo conseguentemente lecita la condotta di chi uccida un'altra persona che a ciò abbia prestato il suo consenso, sancendo così la sostanziale disponibilità del bene giuridico della vita da parte del suo titolare⁴.

Assodato che il quesito referendario non incappa in nessuno dei divieti testualmente previsti dall'art. 75 c. 2 Cost.⁵, e muovendo dalla premessa per cui il controllo sull'ammissibilità del *referendum* non dovrebbe implicare un vaglio anticipato di legittimità costituzionale dell'eventuale normativa di risulta, in questa sede si intende illustrare le motivazioni per cui, *a fortiori* nel caso di specie, il sindacato sul merito sarebbe destinato ad estrinsecarsi in un giudizio meramente virtuale ed astratto, tale da impedire un giudizio univoco di inammissibilità fondato sui vizi di costituzionalità della normativa di risulta. Inoltre, ci si soffermerà sullo snodo dell'inammissibilità del quesito che metta in discussione leggi costituzionalmente necessarie e/o a contenuto

³ Questo il testo dell'art. 579 c.p. all'esito di un'eventuale caducazione referendaria: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui è punito le disposizioni relative all'omicidio [575-577] se il fatto è commesso: contro una persona minore degli anni diciotto; 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; contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno". Oggetto dell'abrogazione sarebbe, dunque, la fattispecie privilegiata che, ad oggi, punisce con la pena della reclusione da sei a quindici anni l'omicidio della persona che abbia prestato il consenso alla sua morte, mentre rimarrebbero punite con la pena prevista ex art. 575 c.p. le ipotesi in cui il consenso alla morte sia prestato da un soggetto che, in ragione del suo *status*, non possa validamente disporre.

⁴ Per i dubbi sull'infettibilità di tale interpretazione della disciplina risultante cfr. *infra*, § 2.

⁵ Che, come noto, esclude la possibilità di sottoporre a referendum le leggi tributarie e di bilancio, quelle di amnistia e di indulto, e quelle di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. D'altra parte, l'art. 579 c.p. non incarnerebbe alcuna delle leggi appena richiamate neppure nel caso in cui di tali tipologie di leggi si fornisse una interpretazione estensiva.

costituzionalmente vincolato, per verificare altresì se sia possibile dedurre indicazioni in tal senso sulla base di quanto già affermato dalla Consulta nel caso Cappato-Antoniani. In ultimo, si metteranno in luce alcune speciali ragioni, intimamente legate alle garanzie e alle dinamiche tipiche delle fonti penalistiche, che identificano nella legislazione referendaria una fonte privilegiata e che suggeriscono un'ulteriore riaffermazione della necessità che il vaglio della Corte costituzionale sul quesito, si attesti sullo standard della mera ammissibilità.

2. La virtualità del sindacato di legittimità costituzionale preventivo sulla normativa di risulta.

Come noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ammissibilità del *referendum* è quanto mai ondivaga⁶. In conformità a quanto previsto dalla L. n. 352 del 1970, numerose sentenze si sono espresse nel senso dell'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 risulta⁷. L'autonomia di tale giudizio si sostanzierebbe in particolare nella limitazione del suo oggetto⁸ e nella sua funzione di controllo che si inserisce nell'ambito di un procedimento abrogativo a cui prendono parte diversi attori⁹. Ciononostante, in alcuni casi, la Corte costituzionale ha ritenuto necessario procedere a una valutazione involgente gli eventuali esiti del *referendum* abrogativo, per verificare che lo stesso non intaccasse leggi costituzionalmente necessarie ovvero leggi a contenuto costituzionalmente vincolato.

Sebbene talvolta le due nozioni tendano a sovrapporsi, anche nel contesto della giurisprudenza costituzionale¹⁰, conviene marcarne la distinzione che in

⁶ In argomento, cfr. P. Carnevale, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 1992; A. Pertici, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

⁷ Cfr. Corte cost., sentt. n. 10 del 1972; n. 251 del 1975; n. 16 del 1978; n. 24 del 1981; n. 26 del 1987; n. 63 del 1990; n. 25 del 2004; nn. 45, 46, 47, 48 del 2005; nn. 15 e 16/2008; n. 27 del 2017.

⁸ Cfr. Sent. n. 10 del 1972: «(...) a questa Corte, nella sede attuale, resta affidato soltanto il compito di verificare se la richiesta di referendum di cui si tratta riguardi materie che l'art. 75, secondo comma, della Costituzione esclude dalla votazione popolare: l'art. 2, primo comma, della citata legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e l'art. 33, quarto comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352, danno questo limitato oggetto al giudizio che deve seguire all'ordinanza dell'Ufficio centrale»

⁹ Cfr. Sent. n. 251 del 1975, § 1 Cons. Dir.

¹⁰ Cfr. Spec. Sent. N. 17 del 1997 e sent. N. 35 del 1997.

teoria appare afferrabile¹¹. Le leggi costituzionalmente obbligatorie sono quelle la cui esistenza è imprescindibile per l'ordinamento costituzionale, senza che – tuttavia – ne sia necessariamente vincolato anche il contenuto; pertanto, la legge costituzionalmente necessaria potrebbe assumere molteplici alternative formulazioni e soddisfare (in ogni caso) il requisito della necessità costituzionale. Viceversa, le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato racchiudono nella loro morfologia l'unica e indefettibile opzione legislativa consentita dalla Costituzione¹². Nel primo caso, si ritiene che debbano considerarsi inammissibili le richieste referendarie che investano leggi «essenziali per il funzionamento dell'ordinamento democratico» per evitare che organi costituzionali o di rilevanza costituzionale siano esposti, anche solo teoricamente, alla paralisi derivante dall'abrogazione delle disposizioni che li regolano¹³. Nel caso delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, l'intangibilità della disposizione deriverebbe dal fatto che si tratta di leggi «il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»¹⁴, ovvero di leggi «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»¹⁵.

La Corte costituzionale ha poi escluso di poter condurre, nell'ambito del giudizio di ammissibilità del *referendum*, un sindacato virtuale sulla

¹¹ In realtà, anche in dottrina si registrano orientamenti variegati e diverse tassonomie riferibili alle leggi costituzionalmente necessarie e di quelle a contenuto costituzionalmente vincolato, per approfondimenti sul punto cfr. P. Carnevale, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 141 ss.; A. Pertici, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., pp. 153 ss. e riferimenti bibliografici ivi richiamati.

¹² Nitidamente, cfr. Sent. n. 16 del 1978, § 9, Cons. Dir. «(...)non è sostenibile che siano sottratte al referendum abrogativo tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione. A parte l'ovvia considerazione che il referendum verrebbe in tal modo a subire limitazioni estremamente ampie e mal determinate, il riferimento alle leggi "costituzionalmente obbligatorie" si dimostra viziato da un equivoco di fondo. La formula in questione farebbe infatti pensare che quelle leggi e non altre, con i loro attuali contenuti normativi, siano indispensabili per concretare le corrispondenti previsioni costituzionali. Così invece non è, dal momento che questi atti legislativi - fatta soltanto eccezione per le disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato - non realizzano che una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione».

¹³ Corte cost. Sent. n.29 del 1987.

¹⁴ Corte cost. Sent. 16 del 1978.

¹⁵ Corte cost. Sent. n. 35 del 1997.

ragionevolezza della normativa di risulta, in quanto la stessa sarebbe indeterminabile *ex ante* e in astratto, fuori dal normale circuito ermeneutico del diritto vivente che determina l'effettiva vitalità della norma nell'ordinamento¹⁶.

Il caso di specie ben evidenzia le numerose aporie che potrebbero profilarsi qualora si tenti di condurre un giudizio che investa il contenuto della normativa di risulta o la ragionevolezza del tessuto normativo in cui la stessa andrebbe ad inserirsi. Infatti, lo scrutinio dovrebbe investire la disciplina risultante all'esito di un eventuale successo del *referendum*; tuttavia, ad oggi, ciò che - al più - è conoscibile è soltanto la 'disposizione di risulta', mentre resta altamente controversa (e quindi difficilmente giudicabile come legittima ovvero abusiva) la 'norma di risulta' che sortirebbe dal positivo esito del *referendum*. Ma d'altro canto, come insegna la più autorevole dottrina costituzionalistica, può esistere una distanza anche molto marcata tra la disposizione e le norme che da questa possono trarsi¹⁷, tra l'enunciato testuale e l'effettiva interpretazione che di questo viene fornito dal diritto vivente. Di più, l'incostituzionalità di una disposizione non emerge laddove dalla stessa sia possibile trarre una norma incostituzionale, bensì quando non sia possibile ricavarne altro che norme incostituzionali, dovendosi altrimenti preferire le interpretazioni che conducono a norme conformi a costituzione¹⁸. Considerando la specifica questione relativa al quesito che verte sull'art. 579 c.p., nell'ipotesi in cui la Corte effettivamente volesse addentrarsi in un sindacato inerente al merito del quesito referendario, potrebbe doversi confrontare con quesiti inerenti a: (a) la ragionevolezza della complessiva disciplina del fine-vita (artt. 579-580 c.p.) conseguente alla ipotetica

¹⁶ Sent. n. 16 del 2008, § 6.1 Cons. Dir. «Innanzitutto, la ricomposizione del tessuto normativo inciso dall'ablazione referendaria è frutto dell'opera interpretativa dei soggetti istituzionali competenti. Il giudizio di ragionevolezza è sempre espresso da questa Corte in esito ad una considerazione dei principi costituzionali in gioco, con riferimento ad una norma attuale, frutto dell'originario bilanciamento effettuato dal legislatore, e già eventuale oggetto di interpretazione, in prima battuta, da parte dei giudici comuni. 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»

¹⁷ V. Crisafulli, voce *Disposizione (e norma)*, in Enc. dir., vol. XIII, Milano, 1964, p. 195; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 38; Id., *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 393.

¹⁸ V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, 929 ss

abrogazione referendaria; (b) la natura costituzionalmente necessaria dell'art. 579 c.p.; (c) il contenuto costituzionalmente vincolato dell'art. 579 c.p. Ma, proprio per i motivi appena analizzati, ricomporre la normativa effettivamente risultante da un'eventuale caducazione referendaria dell'art. 579 c.p. è impresa quanto mai ardua, soprattutto considerando il fatto che la disciplina del fine-vita si è sviluppata, negli anni, soprattutto nelle pieghe del diritto giurisprudenziale.

In primo luogo, alcuni autori hanno segnalato la pressoché totale inapplicazione della fattispecie di omicidio del consenziente nell'attuale formulazione dell'art. 579 c.p., per dimostrare la sostanziale valenza simbolica di questa incriminazione all'interno del nostro ordinamento¹⁹. Intesa come baluardo dell'indisponibilità della vita umana – che tutelava, nelle intenzioni del legislatore storico, sia l'interesse individuale del soggetto consenziente, sia l'interesse sociale alla conservazione di ogni vita umana – la fattispecie minorata preserva la sua funzione di protezione delle concezioni che, per diverse ragioni, ravvisano nella vita umana un valore meta-individuale²⁰. Addirittura, si prospetta l'ipotesi che la conservazione dell'incriminazione possa tutelare i destinatari stessi dal farsi carico delle richieste di morte altrui, ovvero dalla tentazione – per i soggetti più spregiudicati – di sfruttare la richiesta di morte per triviale tornaconto personale²¹.

Prima di tutto, allora, occorre domandarsi se l'effetto abrogativo del *referendum* comporti l'effettiva espulsione di ogni ipotesi di omicidio del consenziente dal tessuto normativo, con conseguente schiacciante sopravanzamento dell'autodeterminazione del singolo e definitiva affermazione della piena disponibilità del bene vita²², o se – invece – la

¹⁹ T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., p. 9; si sofferma sulla portata meramente simbolica della fattispecie in questione anche M. D'Amico, intervento al convegno del 15.12.2021, organizzato presso l'Università degli Studi di Milano, dal titolo *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*.

²⁰ Cfr. T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, pp. 2-3, in cui ripercorre i lavori preparatori al Codice penale sul punto.

²¹ Perspicuamente, cfr. D. Pulitanò, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. Pen.*, 19.11.2021, p. 7; già Id., *Paternalismo penale*, in *Studi in Onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 507; profilo ripreso in S. Canestrari, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2108, p. 75.

²² Per la posizione che ravvisa nell'abrogazione referendaria una sostanziale depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, a prescindere cioè dal contesto ambientale, dalle condizioni del richiedente e dalle formalità per la prestazione del consenso cfr. D. Pulitanò, *Problemi del fine vita*, cit., p. 1; R. Bartoli, *Le problematiche del fine vita. Tra orientamenti della corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. Pen.*, 11/2021, p. 19; R. Romboli, *Riflessioni costituzionalistiche circa*

caducazione referendaria non produca spazi di liceità molto più circoscritti ai contesti, ai presupposti e ai requisiti in cui l'ordinamento ha *già* concesso margini di disponibilità del bene vita²³.

Nel primo caso si potrebbe obiettare che sarebbe irragionevole depenalizzare l'omicidio del consenziente *tout court*, mantenendo contestualmente la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio (ipotesi tradizionalmente meno grave) fuori dai casi previsti dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242 del 2019, ovvero la proceduralizzazione prevista dalla L. n. 219 del 2017 per il rifiuto di trattamenti sanitari e per le disposizioni anticipate di trattamento²⁴.

Viceversa, se si valorizzasse la circostanza che il quesito non propone l'abrogazione integrale dell'art. 579 c.p., ma lascia traccia nell'enunciato precettivo l'addentellato testuale al 'consenso', si potrebbe accedere a una interpretazione sistematica della disposizione residua che ne ricavi una norma che rende lecito l'omicidio del consenziente soltanto nell'ambito dei contesti e secondo le modalità in cui l'ordinamento attuale ammette la prestazione del consenso a morire. Proprio questo riferimento potrebbe

l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria), cit., pp. 6-7; V. Onida, *Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme* (Intervista), in www.giustiziainsieme.it, 27.09.2021; N. Rossi, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in www.questionegiustizia.it, 24.11.2021;

²³ Per questa posizione, seppur con varie sfumature, v. M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sist. Pen.*, 30.11.2021; T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit. pp. 7-10; U. Adamo, G. D'Ignazio, 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 lacnews24.it, 22.06.2021; U. Adamo, *Oltre 500 mila firme per il referendum sull'eutanasia legale*, in laCostituzione.info, 27.08.2021; G. Silvestri, *Intervento al convegno del 15.12.2021*, organizzato presso l'Università degli Studi di Milano, dal titolo *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*.

²⁴ Per le critiche sulla ragionevolezza della normativa di risulti cfr. R. Bartoli, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, cit., p. 18; G.M. Flick, *Op. cit.* D'altra parte, anche a tutto voler concedere a questa tesi, non si può tralasciare un ulteriore effetto che deriverebbe da questa interpretazione, cioè l'aggravamento di pena per le ipotesi di omicidio del consenziente verificatisi al di fuori delle condizioni stabilite dalla Corte costituzionale nella Sent. n. 242 del 2019. Infatti, l'omicidio di persona consenziente adulta perfettamente in grado di autodeterminarsi, ma che non versi in una situazione di fine-vita o che presti il consenso alla sua uccisione, non ricadendo nel nuovo campo applicativo dell'art. 579 c.p. post abrogazione, verrebbe punito con le pene previste per l'omicidio volontario. Si vedrebbero dunque parificate sotto una medesima cornice editale, ipotesi tradizionalmente considerate come latrici di un disvalore differenziato.

suggerire che l'incriminazione continua a vivere ogni qualvolta il consenso non sia validamente prestato dai soggetti ritenuti a ciò competenti e secondo le modalità di manifestazione e accertamento del consenso contemplate dall'ordinamento²⁵.

D'altro canto, anche il fatto che la campagna referendaria sia stata condotta nel segno della 'eutanasia legale' potrebbe suggerire che l'intenzione del legislatore referendario era quella di circoscrivere la portata abrogativa ai casi di omicidio del consenziente ambientati nel contesto del 'fine-vita'. Così, il giudice chiamato ad applicare la normativa di risulta potrebbe essere condotto a valorizzare un'interpretazione sistematica dell'art. 579, la quale tenga in considerazione la disciplina stabilita per la speculare ipotesi di aiuto al suicidio, che consente di prestare il consenso a morire solo entro certi ben ritagliati limiti.

Molte altre sono le sfumature ermeneutiche che potrebbero conferirsi all'art. 579 c.p. *post*-abrogazione, ma tanto basta a dimostrare come il sindacato sulla ragionevolezza non sia attualmente scrutinabile, in quanto destinato a estrinsecarsi in termini meramente virtuali e astratti²⁶. La ricomposizione del

²⁵ Tuttavia, non va sottaciuto che una tale interpretazione comporterebbe delle conseguenze gravi sul fronte del rispetto della legalità penale, sotto il profilo della prevedibilità del precetto e della sanzione penali a lui applicabili. Infatti, la reviviscenza della fattispecie privilegiata per via giurisprudenziale (in virtù della richiamata interpretazione sistematica) determinerebbe l'insorgenza di effetti *in malam partem* per il reo che, a fronte della proclamata abrogazione referendaria della fattispecie incriminatrice, si trovi sorpreso dalla possibilità che la sua condotta sia invece punita penalmente e, per giunta, con una pena più grave (prevista *ex art.* 575 c.p.) di quella precedentemente prevista. Così facendo, si consegnerebbero al giudice compiti legislativi con effetti *in malam partem*, che in forza dell'art. 25 c. 2 Cost. gli sono assolutamente preclusi. Nonostante nel nostro ordinamento penale esistano casi in cui la disposizione viene interpretata secondo un'interpretazione adeguatrice, che pure può determinare effetti *in malam partem* (si pensi alla riforma della legittima difesa domiciliare e alla interpretazione abrogatrice subito accolta in giurisprudenza), non pare che tali esiti siano desiderabili.

²⁶ Cfr. sul punto A. Pugiotto, *Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, cit., che identifica un catalogo delle ragioni che rendono censurabili gli arresti in cui si è verificata una trasfigurazione del giudizio di ammissibilità in sindacato anticipato di legittimità costituzionale, in quanto «1) confondono - fino all'impropria sovrapposizione - due giudizi che hanno scansioni temporali, regole processuali, finalità differenti; 2) raccontano di un sindacato prematuro e astratto - quasi profetico - su una normativa che potrebbe anche non vedere mai la luce, quando invece il giudizio di legittimità non è ad oggetto ipotetico, svolgendosi sempre su disposizioni già in vigore, valutate nel loro significato applicato; 3) alterano la tendenziale simmetria tra legge e referendum abrogativo: rispetto al bilanciamento tra interessi contrapposti effettuato in sede legislativa, infatti, il sindacato sulla sua ragionevolezza «avviene, per così dire, in seconda battuta»

quadro normativo del fine-vita non può che ricondursi alla sua naturale sede che, nella perdurante latitanza del Parlamento, potrà trovare espressione soltanto sul terreno del diritto giurisprudenziale²⁷: solo a quel punto la Corte potrà eventualmente valutare – in concreto – l’effettiva rilevanza e la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale derivanti dall’eventuale nuova formulazione dell’art. 579 c.p.

3. Obblighi di criminalizzazione in materia di omicidio del consenziente?

Chiarita l’impossibilità di addivenire a una cornice interpretativa sicura per la disposizione di risulta nel sistema delle fonti del fine-vita, potrebbe ritenersi del tutto superfluo riflettere sugli altri due profili impedienti che si frappongono tra il quesito referendario e la sua ammissibilità: l’abrogazione di leggi costituzionalmente necessarie e/o l’abrogazione di leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. Tuttavia, rispetto a questi due aspetti, lo scrutinio della Corte costituzionale risulta decisamente meno condizionato dall’immanenza del quadro ermeneutico che complessivamente riguarda la normativa del fine vita. Ciò perché la Corte dovrebbe confrontarsi con degli interrogativi validi in assoluto, secondo parametri direttamente ricavabili dalla Costituzione di cui la Consulta è l’interprete indubbiamente privilegiato e più autorevole.

La Corte dovrà infatti verificare se il quesito referendario determina l’abrogazione di una legge costituzionalmente necessaria e/o se l’effetto abrogativo comporti il discostamento della normativa di risulta dal contenuto costituzionalmente vincolato che la stessa dovrebbe avere. Lo scrutinio sull’ammissibilità del quesito che concerne l’abrogazione dell’art. 579 c.p., riletto con le lenti dei penalisti, implica che 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

(Silvestri), mentre – in sede referendaria – viene anticipato dalla Corte costituzionale calibrandolo esclusivamente su quella che è, allo stato, una mera richiesta petitoria; 4) dimenticano che la normativa di risulta - se illegittima – è certamente suscettibile di un controllo di costituzionalità a posteriori, in quanto prodotto da una delibera referendaria che (come insegnava Crisafulli) è atto-fonte dell’ordinamento, avente forza di legge, imputabile allo Stato-apparato (tramite il decreto presidenziale, ex art. 37, comma 3, legge n. 352 del 1970), dunque sindacabile dalla Corte costituzionale ex art. 134 Cost.»

²⁷ Si potrebbe obiettare che, stante l’impossibilità di decifrare chiaramente la normativa di risulta, il quesito può essere viziato per carenza di chiarezza. Tuttavia, come sopra ricordato, la divaricazione tra enunciato testuale e diritto vivente è un fenomeno assolutamente fisiologico della vita delle norme, tanto che la stessa critica potrebbe – in astratto – essere mossa a qualsiasi disposizione, tanto quelle risultanti da referendum, quanto quelle derivanti da procedimento legislativo ordinario.

equivale a rispondere al difficilissimo (e ancora irrisolto) quesito riguardante l'esistenza di obblighi di incriminazione di matrice costituzionale che condizionano *an* e *quomodo* della norma incriminatrice²⁸.

Sotto il primo profilo, sembra potersi ragionevolmente escludere che l'incriminazione dell'omicidio del consenziente possa essere ritenuta necessaria in quanto essenziale al funzionamento dell'ordinamento democratico o di alcuno degli organi costituzionali della Repubblica. Viceversa, la Consulta potrebbe ravvisare la necessarietà costituzionale di una norma che incrimini l'omicidio del consenziente in forza di un obbligo di incriminazione dedotto dalla costituzione in virtù della preminenza del bene della vita (sottratto anche alla disponibilità del suo titolare) e alla indefettibilità della tutela penalistica per l'omicidio del consenziente²⁹.

Se così fosse, come sopra illustrato, non è scontato che l'effetto abrogativo determinato dal *referendum* sia effettivamente tale da rimuovere completamente dall'ordinamento ogni ipotesi di incriminazione dell'omicidio del consenziente, in quanto l'ablazione non investirebbe l'intero art. 579 c.p. e sopravviverebbe l'incriminazione *ex art.* 575 c.p., per le ipotesi in cui il consenso non può ritenersi validamente prestato dal soggetto disponente. Spostandosi sul contenuto costituzionalmente vincolato della morfologia dell'omicidio del consenziente, l'inammissibilità potrebbe determinarsi nel caso in cui la Corte ritenga che l'art. 579 c.p. costituisca una delle disposizioni il cui nucleo normativo è intangibile in quanto la sua alterazione comporta necessariamente la lesione delle corrispondenti previsioni contenute in Costituzione o in leggi costituzionali³⁰. Così, sarebbe impossibile modificare l'art. 579 c.p., diretta espressione di disposti di rango costituzionale, perché si finirebbe inesorabilmente per attingere la Costituzione stessa, peraltro a mezzo di una fonte di rango primario a cui è inibito questo tipo di effetto. Per altro verso, l'intoccabilità dell'art. 579 c.p. potrebbe derivare dal fatto che l'abrogazione comporterebbe la soppressione della tutela minima di una situazione che tale tutela esige per Costituzione³¹. Il che equivale a chiedersi se la tutela minima (richiesta dalla Costituzione) del bene vita reclami

²⁸ In argomento, per tutti, cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 506-521 e bibliografia ivi citata.

²⁹ A tal fine, condensando in poche battute un argomento che reclamerebbe ben altri sviluppi, la Corte dovrebbe allora adottare un giudizio composito teso a dimostrare: che il bene giuridico tutelato è di rango preminente e che, pertanto, è *meritevole* di essere tutelato; che gli strumenti di controllo sociale diversi dal diritto penale non risultano egualmente idonei al fine di prevenire il comportamento aggressivo di quel bene; che il ricorso alla pena non comporta costi maggiori rispetto ai benefici ricercati. Cfr. C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.; Id., *Il mercato della Penalità*, Torino, 2021.

³⁰ Criterio così sancito dalla Corte costituzionale nella Sent. n. 16 del 1978.

³¹ Per questa declinazione del criterio cfr. Corte cost. Sent. n. 35 del 1997.

necessariamente una tutela di stampo penalistico che punisca chi cagioni la morte di un uomo, anche contro il volere validamente espresso del suo titolare. Considerata la contiguità del quesito rispetto a quanto già deciso dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242 del 2019 (e nell'ord. n. 207 del 2018) con riferimento all'art. 580 c.p., si potrebbe allora essere portati a considerare tali arresti come precedenti a partire dai quali è possibile ricavare la posizione della Consulta in merito.

Come si ricorderà, nell'accogliere la questione, la Corte ha ritenuto di non poter procedere mediante una sentenza ablativa che rimuovesse *tout court* l'art. 580 c.p. dal tessuto normativo del codice, ed ha invece dichiarato la sua incostituzionalità parziale, consentendo l'aiuto al suicidio soltanto entro un peculiare contesto, al verificarsi di precisi presupposti e secondo specifici requisiti³². È fuor di dubbio che in quella sede la Corte abbia riconosciuto - entro qualche margine - non solo la disponibilità del bene vita da parte del titolare, ma anche la incostituzionalità dell'incriminazione di alcune condotte meramente ausiliarie. Tuttavia, sarebbe erroneo ritenere che la Corte non abbia provveduto a mezzo di una sentenza ablativa 'totale', per via dell'impossibilità di caducare completamente l'aiuto al suicidio in forza della sua natura costituzionalmente necessaria e/o vincolata. Non bisogna dimenticare, infatti, che nell'ambito di quel giudizio la Corte si è mossa entro gli stretti argini marcati, da una parte, dalle specificità del caso concreto oggetto del giudizio *a quo*, dall'altra parte dai limiti già imposti dalla L. 219 del 2017³³. A tal proposito, occorre tenere in debita considerazione che in quell'occasione, a fronte della tecnica decisoria inedita e dirompente

³² La Corte ha infatti dichiarato «(...) l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) (...), 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».

³³ Sul punto cfr. F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in PD, 1, 2020, p. 12 s.; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *www.discrimen.it*, 3.2.2020, p. 3; S. Seminara, *L'art. 580 e il diritto di morire*, in *Il caso Cappato*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019, p. 325; D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018 (7), 71; volendo S.B. Taverriti, *Aiuto al suicidio e norme esimenti. Dalle rime liberate alla metrica della dogmatica*, cit., *passim*.

utilizzata, la Corte sia in effetti rimasta legata al suo tradizionale *judicial self-restraint* al fine di limitare al minimo indispensabile il suo intervento creativo sulla norma, proprio per non invadere eccessivamente la discrezionalità politico-legislativa del Parlamento in materia penale. Infatti, la Consulta ha a più riprese affermato che il mantenimento dell'incriminazione di aiuto materiale al suicidio conserva una sua attuale ragion d'essere, anche alla luce delle situazioni di vulnerabilità che lo Stato può avere interesse a tutelare mediante il diritto penale. Tuttavia, nelle ampie motivazioni dell'ord. 207 del 2018 e della sent. n. 242 del 2019, non si allude mai ad un obbligo costituzionalmente imposto di conservare – anche solo in forma minimale – l'incriminazione del suicidio assistito. Al contrario la soluzione legislativa allora vigente è sempre prospettata come plausibile, ma non come obbligatoria. Detto altrimenti, in quel contesto, la Corte si è limitata a ravvisare che l'opzione politico-criminale espressa dall'ordinamento all'epoca vigente non si poneva, *per se*, in contrasto con la Costituzione, e che quindi una pronuncia che travolgesse completamente l'aiuto al suicidio avrebbe travalicato le competenze della Corte, ponendola in frontale contrasto con il Parlamento, la cui volontà deve essere quanto più possibile preservata, soprattutto in materia penale³⁴.

Ma se così è stato, non si può dedurre dalla sent. n. 242 del 2019 che la limitata disponibilità del bene vita ivi tracciata costituisca l'unica delle alternative costituzionalmente possibili, né si può inferire che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio o dell'omicidio del consenziente costituiscano norme costituzionalmente necessarie. Questi due interrogativi restano – allo stato – impregiudicati e irrisolti; pertanto, dovrà essere la Corte costituzionale a chiarire se sussistono vincoli costituzionali rispetto all'esistenza e al contenuto dell'incriminazione dell'omicidio del consenziente. Tuttavia, se tali vincoli non sussistessero, ciò significherebbe che esiste uno spazio per le scelte politico-legislative che consentono all'autodeterminazione di sorpassare il principio di indisponibilità della vita umana, che attualmente regge – seppur in maniera talvolta claudicante – le ipotesi di omicidio del consenziente. Se questo spazio esiste, non si vede come sia possibile sottrarlo alle scelte del legislatore referendario che, come si vedrà, dovrebbe avere mano libera e piena legittimazione nel tracciare nuovi itinerari di politica criminale.

³⁴ 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 LP, p. 7; S.B. Taverri, *Aiuto al suicidio e norme esimenti*, cit., p. 27.

4. Il referendum abrogativo di fronte alla riserva di legge penalistica: la legittimazione rafforzata preda di un percorso accidentato

Riguardando la tematica dal peculiare punto di vista dell'assetto delle fonti penalistiche, può ravvisarsi un'ulteriore caratteristica che, a parere di chi scrive, rafforza le motivazioni che relegano sul piano dell'eccezione il giudizio di inammissibilità dei *referendum* in materia penale³⁵. Come noto, precetto e sanzione penali sono presidiate dalla riserva di legge sancita dall'art. 25 c. 2 Cost., che conferisce esclusivamente al legislatore la facoltà di decidere in 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 formalistica³⁶ 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. In questo senso, le limitazioni alla libertà sancite dal Parlamento sarebbero legittimate proprio in quanto deliberate dai soggetti che ne sono titolari a mezzo dei loro rappresentanti, divenendo così la legge ordinaria la fonte privilegiata in quanto effettivo «strumento di autogoverno della collettività e quindi supremo mezzo di tutela della libertà»³⁷. Così scrutinata, la lettura formalistica della riserva di legge ex art. 25 c. 2 Cost. rivela come la *ratio*

³⁵ Per la felice ed efficace espressione secondo cui “nel modello costituzionale regola è il referendum, eccezione è l'inammissibilità” 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, Milano, 2005, p. 208 ss.

³⁶ Tale concezione, che rimane minoritaria in dottrina e in giurisprudenza, è autorevolmente e convincentemente sostenuta da F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 39 ss.; Id., commento all'art. 25 Cost., in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1981, p. 238 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss.; L. Picotti, in Bricola-Zagrebelsky (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. pt. gen.*, vol I, 1996, p. 17 ss.; A. Gamberini, in Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 117 ss.; P.G. Grasso, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, 1972, p. 239 ss. Va segnalato che anche la dottrina che ritiene che possano essere inclusi tra le fonti penalistiche il decreto legge e il decreto legislativo, esprime perplessità sulla contiguità di tali strumenti normativi rispetto ai principi e agli scopi del diritto penale.

³⁷ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, VI ed., vol. II, pt. I, 1993, p. 64, Marinucci-Dolcini, p. 39-40.

democratica dell'istituto, sia servente anche rispetto alla *ratio* liberal-garantistica che pure fonda il *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Gli atti aventi forza di legge che effettivamente esulano da questi paradigmi sono quelli che promanano dall'esecutivo, in quanto fonti espressive delle sole 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 riaggalla autorizzando o certificando la scelta del Governo. Per contro, per il *referendum* abrogativo previsto dall'art. 75 Cost., valgono ragioni diametralmente opposte, in quanto ci troviamo al cospetto di una fonte del diritto caratterizzata da un'iniziativa di matrice minoritaria – *referendum* come strumento di minoranza – e da un procedimento a democrazia diretta, 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.

Guardando al versante storico-formalistico della riserva di legge³⁸, 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 della Corte costituzionale. Ebbene, passando in rassegna tutte le esigenze di garanzia sopra richiamate, ci si avvede che la legislazione *referendaria* è perfettamente in grado di

³⁸ Dicotomia riferibile a F. Palazzo, *Introduzione ai principi*; Aa. Vv., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, (a cura di) G. Insolera, Bologna, 2005; A. Bernardi, *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: il caso del diritto penale alimentare*, in *Ind. Pen.*, 1/2015. Sulla riserva di legge come istituto posto a presidio dei rapporti tra organi, prim'ancora che tra atti cfr. A. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, vol XVIII, 1990, p. 2; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 6a ed., vol. II, pt. I, 1993, p. 61.

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 l'interposizione di rappresentanti, esprimendo così un consenso sociale sulla norma, non più soggetto a 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'ordinamento³⁹.

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 accessibilità 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 univoca⁴⁰ e che ponga l'elettore nella condizione di essere «in

³⁹ Cfr. Corte cost., Sent. n. 24 del 1981, Cons. dir. «(...) non viene di per sè in rilievo l'eventuale effetto abrogativo del referendum: 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.»

⁴⁰ Può infatti essere considerato inammissibile il quesito che «contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare» Corte cost., sent. n. 16 del 1978. Tale esigenza emerge chiaramente anche dalla legge sul funzionamento del referendum (n. 352 del 1970), nella misura in cui prescrive la concentrazione delle richieste

grado di percepire immediatamente e con esattezza le possibili conseguenze del suo voto»⁴¹, anche al fine di garantire la libertà di voto e la comprensibilità dello scopo intrinseco dell'atto abrogativo⁴². 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 – di regola – una riduzione del penalmente rilevante, il che può servire a soddisfare quella continuità di funzioni tra principio di legalità e clausola di *extrema ratio* penalistica passata molto spesso sottotraccia nel nostro ordinamento⁴³. Ciò per dire che quando il corpo elettorale reclama la revisione delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore ordinario – magari, come in questo caso, 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 infatti 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

referendarie uniformi o analoghe per materia, e la distinzione di quelle eterogenee, come ha ricordato la Consulta nella Sent. n. 27 del 1981.

⁴¹ Cfr. Corte cost. Sent. n. 28 del 2017.

⁴² La Consulta ha affermato che «la natura del referendum abrogativo nel nostro sistema costituzionale è quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria. Come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà ad un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve poter ispirarsi ad una ratio altrettanto puntuale. Il quesito referendario è dotato di siffatta ratio quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo» (sent. n. 29 del 1987)

⁴³ Corte cost., Sent. n. 364 del 1988, § 17 «Il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare.»

normativo penalistico del nostro ordinamento⁴⁴. 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. Di conseguenza, sarebbe irragionevole frapporre alla legislazione referendaria in materia penale ostacoli ulteriori rispetto a quelli esistenti per il legislatore ordinario. Ricongiungendosi a quanto si osservava in chiusura del precedente paragrafo, si può quindi osservare che se si considerasse l'art. 579 c.p. legge costituzionalmente necessaria e/o a contenuto costituzionalmente vincolato, la sua abrogazione dovrebbe – *a fortiori* – essere successivamente inibita anche al legislatore ordinario. Per converso se si stabilisse che esistono spazi di discrezionalità legislativa rispetto all'incriminazione dell'omicidio del consenziente, tale margine di apprezzamento dovrebbe essere riconosciuto al legislatore ordinario, ma anche (e forse ancor più) al legislatore referendario.

5. Le ragioni di un *self-restraint* anche in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum*

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 gli orientamenti che patrocinano una lettura riduzionistica del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, quantomeno in materia penale. Nell'ambito di tale giudizio, la Corte si trova al cospetto di una fonte che gode di una legittimazione rafforzata in materia penale, ma che – a causa del complesso procedimento previsto per la sua approvazione – rischia di essere smorzata lungo le tappe⁴⁵, vuoi per ragioni procedurali, vuoi per ragioni politiche.

Tenuto conto che le ragioni politiche che militano contro il *referendum* possono giovare della più ampia espressione nell'ambito di un procedimento che già 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

⁴⁴ Tra i vari arresti che hanno preso in considerazione quesiti abrogativi di norme penali si ricordano Corte cost. sent. n. 251 del 1975, n. 16 del 1978, n. 70 del 1978, n. 22 del 1981; n. 23 del 1981, n. 26 del 1981; n. 28 del 1981; n. 28 del 1993; n. 27 del 1997; n. 31 del 2000; n. 45 del 2005.

⁴⁵ Oltre ai numerosi 'inciampi' presenti in sede di ammissibilità del *referendum*, si pensi alla necessità di raggiungere il *quorum* per la validità del *referendum*.

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.

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, soprattutto 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 alla necessità di auto-preservare la propria attività da contaminazioni di natura politica⁴⁶. 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*, nel segno del fine superiore di estirpare quelle incostituzionalità che il legislatore si ostini a non rimuovere *motu proprio*⁴⁷.

⁴⁶ Art. 28, l. 87 del 1953 «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». In generale sull'argomento, *ex multis*, cfr. A. Spadaro, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali Cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. A.I.C.*, 4/2019, p. 145 ss.; A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, p. 71 ss.; I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1309 ss.; *Aa.Vv., La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli, 1999; con specifico riferimento alla materia penale, cfr. M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012;

⁴⁷Ci si riferisce, in particolare a Corte cost. Sentt. nn. 236 del 2016, nn. 222 e 233 del 2018, nn. 40 e 242 del 2019, n. 224 e. 252 del 2020, n. 63 del 2021, n. 157 del 2021. In dottrina, sul progressivo abbandono del *judicial self-restraint* a rime obbligate, cfr. F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2, 2017, p. 61 ss.; R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, *ibidem*, 2, 2019, pp. 139-153; D. Martire, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente adeguate, benché non "obbligate"*, in *Giur. Cost.*, 2, 2019, pp. 696 ss.; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle*

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 allora 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 a una istituzione – per natura – neutrale rispetto agli altri attori costituzionali.

tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in Riv. Aic, 2, 2019, 644 ss.; V. Manes - V. Napoleoni, La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale, Torino 2019, pp. 401-405; N. Recchia, Il principio di proporzionalità nel diritto penale scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali, Torino, 2020, passim.