



FOCUS HUMAN RIGHTS
18 MAGGIO 2022

L'omicidio del consenziente come
norma a contenuto costituzionalmente
vincolato o a contenuto
necessario/obbligatorio? Brevi note
alla sent. n. 50 del 2022

di Anna Alberti

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Sassari

L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022*

di Anna Alberti

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Sassari

Abstract [It]: l'obiettivo del saggio è riportare a chiarezza la distinzione tra leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato” e leggi “a contenuto costituzionalmente necessario/obbligatorio”: il punto di partenza della riflessione è la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 50 del 2022, che ha dichiarato l'inammissibilità del referendum abrogativo avente ad oggetto l'art. 579 cp.

Title: Murder of the consenting party as a constitutionally binding or necessary/obligatory content rule? Notes on Judgment No. 50 of 2022

Abstract [En]: the aim of this essay is to discover the difference between “leggi a contenuto costituzionalmente necessario” and “leggi a contenuto necessario/obbligatorio”. The starting point is the decision n. 50 del 2022 of the Italian Constitutional Court. This judgment has declared inadmissible the abrogative referendum on 579 cp. (murder of the consenting party).

Parole chiave: contenuto necessario, contenuto vincolato, contenuto obbligatorio, tutela minima, vita umana, referendum abrogativo

Keywords: necessary content, mandatory content, minimum protection, human life, abrogative referendum

Sommario: 1. Premessa. 2. Le radici della distinzione. 3. La “tutela minima” come “contenuto costituzionalmente vincolato”. 4. (*Segue*): ... e come “contenuto costituzionalmente necessario”. 5. I profili problematici delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. 6. Una riformulazione tassonomica. 7. Il quesito referendario e la decisione di inammissibilità. 8. L'art. 579 cp come norma a contenuto costituzionalmente vincolato.

1. Premessa

L'obiettivo di questo contributo è l'esame critico della distinzione tra “leggi a contenuti costituzionalmente vincolato” e “leggi a contenuto necessario od obbligatorio”, per come tracciata dalla recente sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale, la quale, come è noto, ha dichiarato inammissibile la richiesta di abrogazione referendaria parziale dell'articolo 579 del cp¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Commentano la decisione A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2022, 464 pp. ss.; S. TROZZI, *Aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2022, 336 ss.; R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 1 aprile 2022, pp. 1 ss.; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non*

Chi scrive ha sostenuto, in un precedente lavoro, che l'art. 579 cp non fosse abrogabile poiché rientrante nella categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato². La Corte, invece, dichiara inammissibile la richiesta referendaria sostenendo che la prescrizione penalistica sia inquadrabile tra le leggi a contenuto costituzionalmente necessario. Come si legge al punto 5.3 del *Considerato in diritto* «le discipline come quella dell'art. 579 cod. pen., poste a tutela della vita, non possono (...) essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale»; invece «possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non (...) puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il *livello minimo di tutela* richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano»³. La Corte esclude, quindi, che si tratti di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato sostenendo che non sia «l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale del bene della vita umana»⁴.

Non cambia granché, all'atto pratico, poiché la valutazione di inammissibilità del referendum rimane invariata, a prescindere che una disposizione legislativa sia qualificata come “a contenuto vincolato” ovvero “obbligatorio”. Però, vale comunque la pena vagliare criticamente la ricostruzione offerta dai giudici costituzionali e, prima ancora, interrogarsi sulla portata e fondatezza della distinzione tra leggi «a contenuto costituzionalmente vincolato» e «a contenuto obbligatorio», le cui ricadute pratiche si apprezzano soprattutto con riguardo al giudizio di costituzionalità delle leggi, oltre che sul piano della teoria delle fonti e dei vincoli costituzionali alla funzione legislativa.

2. Le radici della distinzione

È noto che la suddetta distinzione è stata elaborata dalla Corte costituzionale.

La pronuncia più significativa sul punto è la sentenza n. 16 del 1978, la quale dispone che siano inammissibili le richieste referendarie «aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia,

costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022, pp. 1 ss.; G. LUCCIOLI, *Le ragioni dell'inammissibilità. Il grande equivoco dell'eutanasia*, in *Giustizia insieme*, 8 marzo 2022.

² Vedi A. ALBERTI, *Analogie impossibili e possibili: perché il quesito sull'art. 579 c.p. è inammissibile*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del Seminario di Ferrara, 26 novembre 2021, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2022, pp. 36 ss. In dottrina, la tesi dell'inammissibilità è andata per la maggiore, come dimostrano i lavori pubblicati nei collettanei curati da G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La via referendaria al fine vita...*, *cit.*, *passim* e M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, Atti del Convegno del 15 dicembre 2021, Università degli Studi di Milano, in *Gruppo di Pisa La Rivista*, quad. n. 4 del 2022, *passim*.

³ Corsivi miei, Corte cost., sent. 50 del 2022.

⁴ Corsivi miei. Punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

senza che risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione»⁵. Tali disposizioni sarebbero inabrogabili poiché attuano la Costituzione nel *solo* modo possibile⁶. Da queste si distinguono le disposizioni legislative *costituzionalmente necessarie* od *obbligatorie*, le quali essendo attuative della Costituzione in uno dei diversi modi possibili, non possono essere semplicemente abrogate, ma possono essere sostituite da differenti discipline⁷.

La differenza tra le due tipologie di leggi è palpabile. Nel primo caso, l'abrogazione «sarebbe necessariamente lesiva della norma costituzionale». Nel secondo caso, invece, non ci sarebbero margini per l'abrogazione referendaria perché si priverebbe di efficacia un principio (costituzionale) o il funzionamento di un organo costituzionale «la cui esistenza è (...) voluta e garantita dalla Costituzione»⁸. Insomma, rientrano nella categoria delle leggi costituzionalmente obbligatorie/necessarie tutte quelle leggi «che la Costituzione prescrive che debbano esistere, ma senza vincolarne il contenuto»⁹.

La distinzione, però, non ha trovato nella successiva giurisprudenza uno sviluppo lineare. Spesso ci sono stati scivolamenti dalla categoria delle leggi a contenuto vincolato a quella delle leggi obbligatorie¹⁰. Ciò è accaduto per le leggi che dispongono una tutela minima di principi costituzionali, le quali «una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra (...), ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione

⁵ Ma vedi anche le sentt. nn. 24, 25 del 1981 e 27 del 1987.

⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 462 ss., spec. p. 465; S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 329; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 278.

⁷ Vedi, per tutti, F. MODUGNO, *L'ammissibilità del referendum tra sovranità popolare e autonomia regionale (A proposito della richiesta di referendum abrogativo di gran parte della l. n. 968 del 24 dicembre 1977)*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Giuffrè, Milano, II, p. 881; ID., *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1835.

⁸ Corte cost., sent. n. 25 del 1981. In particolare, secondo quanto affermato nella sent. n. 29 del 1987, punto 2 del *Considerato in diritto*, «gli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale non possono essere esposti alla eventualità, anche solo teorica, di paralisi di funzionamento. Per tale suprema esigenza di salvaguardia di costante operatività, l'organo, a composizione elettiva formalmente richiesta dalla Costituzione, una volta costituito, non può essere privato, neppure temporaneamente, del complesso delle norme elettorali contenute nella propria legge di attuazione. Tali norme elettorali potranno essere abrogate nel loro insieme esclusivamente per sostituzione con una nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere».

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Vol. I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1992, p. 189.

¹⁰ Come ricordato da S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in *Forumcostituzionale.it*, 19 aprile 2005. Secondo V. SATTI, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, pp. 1 ss., «in tutte le sentenze adottate dalla Corte si colgono agevolmente qualificazioni tali da ritenere ormai definitivamente confuse l'una nell'altra le due categorie di leggi». Vedi T.E. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" nel referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 307 ss. (spec. p. 315); A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, VII ed., 2022, p. 386 e le osservazioni critiche (rivolte alle sentt. 46, 47 e 48 del 2005) di D. TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valore*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2005, pp. 385 ss. e A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2005, pp. 545 ss.

costituiscono strumento»¹¹. E ancora, ad oggi sono da annoverarsi nella categoria delle leggi costituzionalmente necessarie anche quelle il cui dettato coinvolga «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»¹².

3. La “tutela minima” come “contenuto costituzionalmente vincolato”

Posto che le leggi che dispongono il c.d. *livello minimo di tutela* hanno trovato una duplice collocazione, dapprima tra le leggi costituzionalmente vincolate e poi in quelle necessarie, la questione di fondo è se questo passaggio sia frutto di un giustificato mutamento giurisprudenziale o se, quando si armeggia la cd. “tutela minima”, si possano giustificare entrambe le classificazioni. Qualche esempio può essere d’aiuto. Secondo la giurisprudenza costituzionale rientrano nella categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato alcune disposizioni prescritte nella legge 194 del 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione di gravidanza*). Com’è noto, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile il quesito cd. massimale di abrogazione *tout court* della legge 194/1978, perché incorporava una previsione che non risultava da scelte discrezionali del legislatore, ma «rappresenta(va) nel suo contenuto essenziale una norma costituzionalmente imposta dall’art. 32» della Costituzione¹³. La disposizione in questione era l’art. 6, che autorizza l’interruzione volontaria di gravidanza dopo i primi novanta giorni, se: a) la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna e b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute psichica e fisica della donna. Secondo la Corte, tale art. 6 - «considerato non già nei suoi dettagli, bensì nel suo *contenuto normativo essenziale* – ha dato (...) attuazione al primo comma dell’art. 32 Cost. (per cui “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”)»¹⁴.

Qualche anno dopo, con la sentenza 35 del 1997, viene utilizzata, ancora una volta, la categoria delle leggi costituzionalmente vincolate, ribadendo che sono quelle «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una *tutela minima* per situazioni che tale tutela esigono secondo Costituzione». A tale proposito si sottolineano in modo particolare l’art. 1, esprimente il principio della «tutela della vita umana fin dall’inizio», da iscriversi tra i diritti inviolabili; e gli artt. 4, 5, 12 e 13, poiché la loro abrogazione

¹¹ Corte cost., sentt. n.n. 35 del 1997 e 49 del 2000. Secondo la sentenza n. 42 del 2000 (punto 3.3. del *Considerato in diritto*) le leggi che dispongono un «nucleo costituzionale irrinunciabile, un nucleo che lascia largo spazio alla discrezionalità legislativa».

¹² Corte cost. sent. n. 45 del 2005.

¹³ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Corsivi miei. Punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*.

«renderebbe nullo il *livello minimo di tutela necessaria* dei diritti costituzionalmente inviolabili alla vita, alla salute nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù»¹⁵.

4.(Segue): ... e come “contenuto costituzionalmente necessario”

Ma con la sentenza n. 45 del 2005 si registra il cambio di passo: il livello minimo di tutela diviene un contenuto costituzionalmente necessario, dunque non più rientrante – almeno a prima vista – nella categoria del costituzionalmente vincolato.

Com'è noto, oggetto della richiesta referendaria era l'intera legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*). La Corte, pur richiamando tutti i suoi precedenti, inseriva, tuttavia, «le leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per le situazioni che tale tutela esigono secondo Costituzione» nella categoria delle leggi costituzionalmente necessarie¹⁶. Infine, dichiarava l'inammissibilità del referendum sulla legge 40/2004 in quanto «prima legge organica relativa ad un delicato settore (...) che *coinvolge una pluralità di interessi costituzionali*, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un *bilanciamento* tra di essi che *assicuri un livello minimo di tutela legislativa*»¹⁷.

Le discipline di tal fatta «una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

La definizione operata della Corte pone il lettore davanti al problema di come distinguere le leggi attuative/necessarie, che non possono essere abrogate mediante referendum, da quelle che pur essendo attuative del dettato costituzionale possono essere oggetto del quesito referendario. In assenza di una distinzione chiara si arriverebbe al paradosso per cui il referendum sarebbe precluso tutte le volte in cui una legge incorpora un bilanciamento tra diritti o valori costituzionalmente rilevanti o attua il dettato costituzionale in uno dei modi possibili. Difatti, come si legge peraltro nella sent. 16 del 1978, non è concepibile che «siano sottratte al referendum abrogativo tutte le leggi ordinarie, comunque costitutive o attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione». Ebbene, la linea di confine si situa proprio in corrispondenza della nozione di tutela minima. Nella misura in cui l'eventuale effetto abrogativo colpisce il bilanciamento che pone una garanzia minimale, allora la disposizione interessata rientra tra quelle non abrogabili.

¹⁵ Corsivi miei, punto 4 del Considerato in diritto. Per un'analisi più approfondita sia consentito il rinvio al mio *La vita nella Costituzione*, Jovene, Napoli, 2021, pp. 162 e ss. Vedi anche le critiche di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1997, I, pp. 348 ss.

¹⁶ Punto 5 del Considerato in diritto.

¹⁷ Punto 6 del Considerato in diritto.

Ciò premesso, rimane comunque un mistero perché, stando agli ultimi approdi del giudice costituzionale, le disposizioni incorporanti tutele minime, e perciò inabrogabili, debbano annoverarsi tra quelle costituzionalmente obbligatorie e non tra quelle a contenuto costituzionalmente vincolato.

5. I profili problematici delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato

Si può supporre che la categoria del “costituzionalmente vincolato” sia non poco incerta e, perciò, difficile da maneggiare.

In dottrina, infatti, si è osservato che la «caratterizzazione delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato pone (...) il serio problema teorico della possibilità stessa di concepire un’attuazione *integralmente necessitata* delle disposizioni costituzionali»: cioè, se «una e una sola è l’attuazione possibile (legittima) della Costituzione, il legislatore, a ben vedere, non fa altro che statuire con formulazione diversa» ciò che già può trarsi dal testo costituzionale, replicando perciò un precetto già vigente. Sicché, a rigore, non si può dire che la legge stia attuando la Costituzione, perché «non esiste uno spazio normativo “libero” (per meglio dire: “discrezionale”) che debba o possa essere riempito» dalle scelte legislative¹⁸. Anzi, a ben vedere, in questo caso la disposizione costituzionale deve considerarsi come se fosse direttamente applicabile: essendo una, e una sola, la norma che possa legittimamente veicolare il dettato, è del tutto indifferente se a porla sia il legislatore in sede di attuazione costituzionale ovvero direttamente l’interprete in sede di interpretazione e applicazione. Diverso, invece, è se «le possibilità di attuazione fossero più d’una»: in tal caso «la realizzazione della volontà costituzionale spetterebbe al legislatore»¹⁹. Di conseguenza, «delle due (...) l’una: o il condizionamento della fonte subordinata è *integrale*, ma allora questa altro non è che la traduzione o la riproduzione della fonte sovraordinata, oppure il condizionamento non è integrale, ma allora la fonte subordinata gode di un qualche spazio di autonomia nella determinazione dei propri contenuti normativi»²⁰.

¹⁸ Tutti i virgolettati sono tratti da M. LUCIANI, *Art. 75, op. cit.*, p. 466.

¹⁹ *Ibid.*, p. 466.

²⁰ *Ibid.*, pp. 465-466. Vedi anche F. SORRENTINO, *Intervento*, in AA. VV., *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, p. 60; G. U. RESCIGNO, *Referendum e istituzioni*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 617; F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti della dottrina)*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 2103. A favore, invece, della fondatezza della distinzione tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e costituzionalmente obbligatorie vedi P. CARNEVALE, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, p. 151, per il quale l’adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generale, nonché la disciplina della condizione giuridica dello straniero rientrerebbero tra le prime. Ma può replicarsi che l’adattamento automatico «integra la fattispecie della riproduzione» di ciò che è già ricavabile dal dettato costituzionale, mentre la disciplina della condizione giuridica dello straniero quella «dell’attuazione con, pur limitata, discrezionalità» (M. LUCIANI, *Art. 75, op. cit.*, p. 466, nt. 9). Neppure sembra condivisibile la, pur acuta, tesi di G. SALERNO, *Il referendum*, Cedam, Padova, 1992, p. 171, secondo cui l’inammissibilità del referendum dipenderebbe dal fatto che l’abrogazione della legge che è attuativa della Costituzione nel solo modo possibile, si tradurrebbe in una abrogazione della normazione costituzionale, che è chiaramente esclusa. A questa ricostruzione può, infatti, eccepirsi che «anche qualora coinvolgesse simili leggi il referendum opererebbe pur sempre sul terreno (quello della legislazione ordinaria) che gli è proprio: ritenere il contrario significa attrarre l’attuazione

Sulla base di questa premessa teorico-dogmatica di ordine generale si ricava un corollario: che «l'inabrogabilità delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato deriva dall'illegittimità costituzionale della loro abrogazione, sicché, una volta di più, si dimostra che la Corte ha *comunque* esercitato un controllo di costituzionalità anticipato». Sarebbero, dunque, leggi a contenuto costituzionalmente vincolato tutte quelle le cui previsioni legislative fossero il risultato di sentenze di accoglimento²¹.

A supporto di questa ricostruzione si porta la sentenza n. 26 del 1981, secondo cui l'art. 6 della legge 194 (prima ricordato) è una norma costituzionalmente imposta, nel presupposto che l'art. 32 imponga «un obbligo di bilanciare tra diritti del nascituro e diritti della madre “così stringente da rendere indispensabile una decisione di accoglimento che ha modificato il precetto penale»: in altre parole, l'ostacolo all'ammissibilità dell'abrogazione referendaria, invocato dalla Corte, sarebbe proprio la stessa legalità costituzionale²². Va da sé che, una volta affermata la natura vincolante di una legge, la Corte non potrebbe dichiararne l'illegittimità, essendo impensabile «l'illegittimità costituzionale di una disposizione vincolata nel contenuto dalla stessa Costituzione»²³.

Tuttavia, la sostanziale liquidazione della categoria delle disposizioni costituzionalmente vincolato, per lasciare spazio solo a quelle costituzionalmente necessarie/obbligatorie, appare troppo netta. Invero ci sono margini per ripensare la suddetta distinzione e restituirle piena operatività dogmatica.

6. Una riformulazione tassonomica

Per restituire senso e funzione alla differenza tra “costituzionalmente vincolato” e “costituzionalmente obbligatorio” bisogna guardare in un'altra direzione e da un'altra prospettiva, cioè da quella suggerita dalla distinzione tra *an* e *quomodo* della disciplina legislativa di attuazione della Costituzione.

In particolare, si può utilmente definire il costituzionalmente obbligatorio come ciò che attiene al *quomodo*, poiché è ciò che sarebbe potuto essere diverso, ed essere quindi articolato in modo diverso, senza con ciò perdere il proprio carattere obbligatorio. Invece il fatto che una disciplina ci sia, e che non possa non esserci, indica il suo carattere costituzionalmente vincolato. Mentre la questione dell'*an* si inserisce dentro uno schema binario, perché ci pone dinanzi all'alternativa secca se una disciplina legislativa debba o non debba esserci, invece la questione del *quomodo* si colloca in uno schema di tipo scalare, che conosce gradazioni differenti, giacché non ci pone dinanzi a due sole alternative, ma a uno spettro più ampio di

costituzionale (identificata da elementi sostanziali) nella sfera della *normazione* costituzionale (identificata da elementi formali), il che non ha fondamento logico e non trova sostegno nel nostro diritto positivo» (M. LUCIANI, *Art. 75, op. cit.*, p. 463, nt 4).

²¹ M. LUCIANI, *Art. 75, op. cit.*, p. 468.

²² Cfr. *Ibid.*, p. 468.

²³ T.E. GIUPPONI, *Il “giudizio di legittimità” nel referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, *op. cit.*, p. 318.

soluzioni differenziate, tutte ugualmente funzionali all'attuazione costituzionale. Come si vede, una medesima disciplina può essere riguardata come costituzionalmente vincolata ovvero come costituzionalmente necessaria secondo che si appunti l'attenzione sull'*an* ovvero sul *quomodo* della stessa. Ricostruita così la differenza, abbiamo, a mio avviso, un utile strumento per (ri-)orientare l'inquadramento della complessa tematica in oggetto. Quando un'abrogazione, referendaria o legislativa, ha per oggetto una attuazione legislativa della Costituzione occorre appurare se concerne l'area del costituzionalmente vincolato oppure quella del costituzionalmente obbligatorio/necessario: nel primo caso è un'abrogazione che determina il venir meno di un'attuazione legislativa della Costituzione senza fornire soluzioni sostitutive o *senza che sia possibile fornire soluzioni sostitutive*²⁴; nel secondo caso è un'abrogazione che sostituisce una legislazione attuativa con una legislazione ugualmente attuativa, seppure diversa. Ovviamente, il secondo caso è più facilmente riscontrabile nelle abrogazioni disposte dal legislatore. Ma in via teorica si può verificare anche con un'abrogazione referendaria, se questa sortisce da un quesito manipolativo che sia in grado di sostituire validamente una disciplina con un'altra²⁵. In questo ultimo caso va da sé che il referendum è ammissibile, poiché non frustra l'attuazione costituzionale²⁶.

A questo punto è giunto il momento di chiedersi se l'art. 579 del cp introietti una disposizione a contenuto costituzionale vincolato²⁷ o necessario²⁸.

7. Il quesito referendario e la decisione di inammissibilità

Anzitutto è utile ricostruire il quesito referendario.

Molto brevemente l'art. 579 c.p. dispone che «chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

²⁴ In corsivo perché ciò è quanto si attaglia al nostro caso di specie dell'omicidio del consenziente, come vedremo.

²⁵ Qui il problema diventa quello di stabilire la manipolatività consentita: può darsi che la manipolazione referendaria proposta sia idonea a produrre l'effetto sostitutivo in grado di soddisfare l'attuazione costituzionale, ma che non rientri tra le manipolazioni referendarie consentite.

²⁶ Sempre che non sia inammissibile per altre ragioni: ad esempio, perché volto a produrre un effetto manipolativo indebito sulla legislazione.

²⁷ Come chi scrive aveva già ipotizzato in A. ALBERTI, *Analogie impossibili e possibili: perché il referendum sull'art. 579 c.p. è inammissibile*, *op. cit.*, p. 38.

²⁸ Come invece è affermato dalla Corte.

In particolare, si propone di abrogare le parole del primo comma “*la reclusione da sei a quindici anni*”, il comma secondo nella sua interezza e il comma terzo limitatamente alle parole “*Si applicano*”. In caso di approvazione popolare della proposta referendaria il testo dell’art. 579 c.p. sarebbe risultato il seguente: «chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all’omicidio se il fatto è commesso: 1. Contro una persona minore degli anni diciotto; 2. Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un’altra infermità o per l’abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3. Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

È palese che l’effetto abrogativo sarebbe quello di depenalizzare *in toto* l’omicidio del consenziente, rendendo lecita la condotta di chi, con il consenso della vittima, ne abbia cagionato la morte. Continuerà invece a rispondere di omicidio, secondo quanto già prevede il vigente terzo comma dell’art. 579, chi, pur avendo il consenso della vittima, abbia commesso il fatto contro le specifiche categorie di persone ivi indicate. Il significato normativo della disposizione ri-formulata, a seguito dell’abrogazione referendaria, sarebbe stato quello di consentire l’omicidio del consenziente in tutti quei casi in cui l’atto non fosse compiuto su minorenni, infermi di mente, persone in stato di deficienza psichica per abuso di alcol o di sostanze stupefacenti e persone il cui consenso fosse ottenuto con forza, minaccia, inganno, suggestione. Fuori dalle ipotesi elencate, dunque, *chiunque* (un medico, parente, amico, conoscente, semplice passante...) sarebbe stato libero di uccidere e alla sola condizione che fosse certificato il previo valido consenso della vittima. Va inoltre osservato che se è depenalizzato l’omicidio del consenziente, senza ulteriori condizioni oltre quelle espressamente stabilite, la liceità si espande anche ai modi dell’uccisione, che potranno contemplare tecniche diverse, e quindi non solo l’utilizzo di un farmaco letale²⁹.

Correttamente, la Corte dichiara inammissibile la richiesta referendaria, sostenendo che nel caso in esame viene «in considerazione un valore che si colloca in posizione apicale nell’ambito dei diritti fondamentali della persona»: la vita umana³⁰. In particolare, la Corte ribadisce quanto già affermato in occasione della declaratoria d’illegittimità dell’art. 580 cp (dapprima con l’ordinanza di rinvio a nuova data n. 207 del 2018 e poi nella sent. n. 242 del 2019). E cioè, «se è ben vero (...) che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice di cui all’art. 579 cod. pen., intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile anche in funzione dell’interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei

²⁹ Ad esempio, armi da fuoco o da taglio, ecc., senza che necessariamente debbano essere specificate nella prestazione del consenso e, quindi, senza che vi sia la certezza che la vittima vi abbia consentito. Come avevo già evidenziato A. ALBERTI, *Analogie impossibili e possibili: perché il referendum sull’art. 579 c.p. è inammissibile*, op. cit., p. 38, questo causerebbe una sorta di paradosso: supponendo, infatti, che il consenso sia certificato e che non contenga indicazioni precise e vincolanti sulle modalità dell’omicidio, come ci si dovrebbe regolare nel caso in cui l’omicida abbia eseguito la richiesta della vittima adoperando una modalità di particolare efferatezza? Per quale reato lo si dovrebbe condannare?

³⁰ Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

propri cittadini, non è però affatto arduo cogliere, oggi, la *ratio* della tutela della norma “alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi”³¹. E dunque, i divieti penali di aiutare nell’esecuzione del suicidio e di farsi esecutori di una richiesta di uccisione assolvono «allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita, soprattutto – ma occorre aggiungere: non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, a anche soltanto non sufficientemente meditate».

La Corte, inoltre, rimarca che «quando viene in rilievo il bene della vita umana (...) la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima». Tutela minima che, a giudizio del Giudice delle leggi, non sarebbe stata garantita dalla riformulazione referendaria del terzo comma dell’art. 579. Difatti le situazioni di vulnerabilità e debolezza «non si esauriscono (...) nella minore età, infermità di mente e deficienza psichica, potendo riconnettersi a fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici)»³².

A conclusione di questa argomentazione, la Corte dichiara inammissibile il quesito referendario perché vertente su una normativa «costituzionalmente necessaria». Ed è proprio con riferimento alla qualificazione della disciplina giustamente sottratta all’abrogazione referendaria che si appuntano i motivi di critica della pronuncia.

9. L’art. 579 cp come norma a contenuto costituzionalmente vincolato

Anzitutto occorre porsi due domande: se i presidi penali assolvono allo scopo di proteggere la vita umana, come può la Corte sostenere allo stesso tempo che il carattere penalistico della disciplina legislativa non rientri nel “costituzionalmente vincolato”? E inoltre se è vero che tutti i soggetti vulnerabili devono essere tutelati contro «scelte autodistruttive», quale spazio può residuare per bilanciamenti con il diritto all’autodeterminazione e, quindi, per soluzioni normative alternative rispetto a quella incorporata nel vigente art. 579?

A ben vedere, nessuno. Difatti, se l’incriminazione dell’istigazione e dell’aiuto al suicidio (previsti dall’art. 580 cp) è «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio»³³, *a fortiori* lo stesso deve valere per l’omicidio del consenziente, poiché pure questa fattispecie di reato offre

³¹ Punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

³² Punto 5.4 del *Considerato in diritto*. Peraltro, sempre secondo la Corte, «l’esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione dei terzi a scelte autodistruttive del titolare del diritto (...) possono risultare, comunque sia, non adeguatamente ponderate».

³³ Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 6 del *Considerato in diritto*.

una “cintura di protezione” generale per i soggetti più inermi; ma l’elencazione delle “persone deboli” contenuta dallo stesso art. 579 c.p., al comma terzo, non è ampia come quella prodotta dalla Corte con riguardo alla «cintura protettiva» ex art. 580, e cioè non comprende le «persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita»³⁴. Perciò, delle due l’una: o è costituzionalmente insostenibile privare tutti questi soggetti della “cintura di protezione” offerta dalla fattispecie generale dell’omicidio del consenziente oppure si possono validamente elaborare norme sostitutive di questa tecnica protettiva. Ma francamente non si capisce quali possano essere.

Sicuramente, in relazione alla vita umana «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono (...) nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni». Ed è vero anche che l’incriminazione deve costituire una *extrema ratio* «cui il legislatore ricorre quando (...) lo ritenga necessario per l’assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela»³⁵. Ma in questo specifico caso quale altra strumentazione normativa, diversa dalla tutela penale, sarebbe adeguata rispetto all’obiettivo di tutelare la vita umana?

In definitiva, il modo in cui la Corte svolge il proprio ragionamento non pare compatibile con la tesi secondo cui il diritto penale *può* punire chi aiuta il soggetto vulnerabile a morire: pare invece accreditare la tesi secondo cui il diritto penale *deve* punire chi collabora alle scelte autodistruttive dei vulnerabili. Soltanto il presidio penale appare una misura adeguata, non esistendo valide alternative sul punto: si può, infatti, degradare a illecito amministrativo l’omicidio del consenziente? L’uccisione di soggetti deboli pur consenzienti, ossia di «persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine», può essere sanzionata solo con misure pecuniarie?

Per queste ragioni se ne deve concludere che la fattispecie dell’omicidio del consenziente non insiste nell’ambito del “costituzionalmente obbligatorio”, ma in quello del “costituzionalmente vincolato”. Infatti, non è uno dei diversi modi in cui si può tutelare la vita umana, sostituibile discrezionalmente da altri. È, invece, una modalità irrinunciabile di garanzia del suddetto valore costituzionale obiettivo. La proposta referendaria poneva di fronte all’alternativa secca se mantenere il divieto penale suddetto o se eliminarlo: o l’omicidio del consenziente deve diventare un atto in genere lecito (ovviamente, fuori dai casi in cui è espressamente escluso) oppure deve rimanere illecito, *tertium non datur*. A giudizio della Corte la rimozione della fattispecie generale di reato, cioè del divieto penale suddetto, è, in quanto tale, lesiva del valore costituzionale della vita, con ciò suggerendo l’idea che non esistono discipline alternative che

³⁴ L’analogia su cui si basa la pronuncia della Corte è anche in A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, op. cit., pp. 65 ss. e pp. 91 ss.

³⁵ Corte cost., sent. n. 447 del 1998, punto 3 del *Considerato in diritto*. Ma vedi anche sent. n. 317 del 1996, punto 2 del *Considerato in diritto*.

possano validamente sostituire il suddetto divieto dando eguale attuazione al dettato costituzionale. Del resto, come già si è osservato, non si capisce quale altra soluzione normativa possa sostituire quel presidio penale, garantendo il medesimo obiettivo cui esso è funzionalizzato: depenalizzando il reato di omicidio del consenziente? Espungendolo dalla stessa categoria degli atti illeciti?

Posto che il legislatore *deve* prevedere una sanzione penale per chi si fa esecutore di richieste di morte provenienti da soggetti vulnerabili e che tale norma è “a contenuto costituzionalmente vincolato”, concernendo l'*an* del carattere penalistico della disciplina a tutela, ciò non toglie che l'ulteriore determinazione sia della protasi che dell'apodosi della norma incriminatrice debba lasciarsi alla discrezionalità del legislatore, il quale, ad esempio, può integrare l'elencazione dei soggetti vulnerabili o variare la misura del trattamento sanzionatorio. Con riguardo a questi profili è certamente corretto asserire «che le discipline possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina». Ma resta comunque fermo l'obbligo di tutelare la vita umana facendo ricorso alle sanzioni penali. Sicché, l'art. 579 cp contiene *almeno* una norma a contenuto costituzionalmente vincolato: e se “il più contiene il meno” è del tutto superfluo ricordare che l'art. 579 cp (*rectius*, una parte di esso) sia anche a contenuto necessario.

Da ciò deriva, infine, un ulteriore vincolo per il legislatore, al quale risulterà preclusa la possibilità di liberalizzare qualsiasi pratica eutanassica, pure al di fuori delle condizioni contemplate dalla Corte costituzionale nell' ord. n. 207 del 2018 e nella sent. 242 del 2019, come invece potrebbe accadere se l'art. 579 cp fosse inteso solo come una disposizione a contenuto necessario.

In conclusione, la tutela legislativa della vita umana, in quanto *diritto costituzionale subjettivo* e *valore costituzionale obiettivo*, non si presta a depenalizzazioni integrali: e sta propriamente in ciò il suo carattere costituzionalmente vincolato.