

La “tutela minima” in materia di “fin vita” ancora una volta di fronte alla Corte Costituzionale: un potenziale contrasto tra “vie di normazione”?

di **Giulia Vasino**

Sommario. **1.** Introduzione - **2.** La via giurisprudenziale: l'articolato *framework* garantistico tracciato dalla Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio - **3.** La via referendaria: la tortuosa strada dell'(in)ammissibilità fra giudizio sulla normativa di risulta e contenuto costituzionalmente vincolato - **4.** Conclusioni.

1. Introduzione

La richiesta di referendum abrogativo avente ad oggetto l'articolo 579 c.p. rappresenta un momento significativo dopo le rilevanti pronunzie nn. 207/2018 e 242/2019 della Corte costituzionale. Sebbene le due strade, la via giurisprudenziale e la consultazione popolare, originino dalla medesima “causa prima” – la deprecabile inerzia parlamentare nell'ambito del “fine vita” – esse agiscono diversamente sulla disciplina legislativa vigente, data la diversità dell'oggetto di intervento e della natura del soggetto decidente.

Difatti, l'esito della eventuale abrogazione non potrà che essere univoco: la cancellazione del reato di omicidio del consenziente, salva la punibilità della condotta nelle tre ipotesi tassativamente indicate dalla disposizione. Nodo argomentativo cruciale dell'ordinanza “Cappato” è, invece, la ridefinizione prudente e chirurgica del *thema decidendum* nonché l'individuazione della legge n. 219/2017 quale *sedes materiae* più idonea per l'intervento ricostruttivo. La cornice garantistica e le puntuali preclusioni oggettive e soggettive individuate dalla Consulta sarebbero estranee alla disciplina emergente dalla consultazione popolare.

Più specificamente, la soluzione referendaria sembrerebbe portar con sé l'implicita aspirazione di riportare la controversa questione del fine vita sotto il principio informatore dell'autonomia individuale, strappandola a quella peculiare e compromissoria collocazione sotto l'ombrello garantista del diritto alla salute prescelta dall'organo di garanzia. Ad un'attenta osservazione, dunque, nella formulazione proposta, il solo consenso dell'individuo avrebbe l'effetto di escludere l'antigiuridicità del comportamento lesivo.

Questa profonda differenza dimostra come la distanza fra le “vie di normazione” attraverso le quali si tenta di ovviare al silenzio del legislatore

in materia non risulti solamente formale, dato il diverso oggetto di intervento, ma celi un profondo divario sostanziale perché ancora una volta traccia un diverso apprezzamento del diritto all'autodeterminazione individuale all'interno del quadro costituzionale così come del diritto alla vita, mai esplicitamente menzionato nel dettato costituzionale ma incastonato nell'ossatura della Carta e dotato di una forte coerenza e carica prescrittiva, come riconosciuto dalla Corte nella citata giurisprudenza. Quest'ultima, infatti, nell'ordinanza n. 207 del 2018 ha espressamente rigettato l'ipotesi ricostruttiva prospettata dal rimettente secondo la quale dal diritto alla vita, presupposto logico di tutti i diritti inviolabili riconosciuti dall'articolo 2 della Costituzione, potrebbe trarsi un diritto dell'individuo a morire e il contestuale diritto a ricevere aiuto dallo Stato nel portare a termine la propria vita. In tal modo, argomenta il giudice costituzionale, richiamando l'analogo ragionamento elaborato dalla Corte di Strasburgo sull'articolo 2 della CEDU nella nota sentenza *Pretty v. Regno Unito*, si sarebbe determinato uno snaturamento del contenuto essenziale di una previsione fondamentale, fino ad accoglierne una vocazione nichilista incompatibile con il sistema dei valori costituzionali¹.

Partendo da tale differenziazione, il contributo intende riflettere sul potenziale contrasto che potrebbe derivare dal confronto tra il quadro di principi scaturite dalla sentenza n. 242 del 2019 e la normativa di risulta del referendum. In particolare, ci si soffermerà sulle peculiari esigenze di tutela sostanziale e contrapposte istanze emergenti in tale sfera eticamente sensibile, ponendole anche in relazione alla specificità del giudizio di ammissibilità. Benché, infatti, la valutazione referendaria non dovrebbe mai sconfinare in un giudizio di legittimità *a priori*, ci si interroga se la Corte possa valutare di rendere più "permeabili" i confini fra le due sedi di giudizio, ovvero pervenire alla conclusione che l'abrogazione confligga con quella tutela sostanziale e procedurale minima da essa stessa portata alla luce, qualificando quest'ultima come un contenuto costituzionalmente vincolato o necessario.

2. La via giurisprudenziale: l'articolato framework normativo tracciato dalla Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio

Ai fini di comprendere le ragioni della potenziale disarmonia, appare opportuno ricostruire in primo luogo il percorso giurisprudenziale che ha condotto alla dichiarazione di parziale illegittimità dell'articolo 580 c.p., evidenziando la peculiarità della soluzione scelta dalla Consulta. Difatti, determinante snodo logico della parte motiva dell'ordinanza n. 207/2018 è la posizione intermedia assunta dalla Corte la quale prende le distanze e dalla

¹ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018, punto 5 del *Considerato in diritto*.

visione del legislatore pre-repubblicano, ispirata a una concezione “statalista” del vivere umano, e dall’impostazione evolutiva del collegio milanese, imperniata sulla rivalutazione del bene giuridico tutelato². La questione di legittimità sollevata dal tribunale di Milano concerneva, infatti, l’incriminazione dell’aiuto al suicidio (art. 580 del codice penale). Nella sostanza si richiedeva una rimodulazione del «perimetro applicativo» della disposizione al fine di estromettere dalla sfera di punibilità la condotta di un soggetto che presti assistenza nello svolgimento dell’azione senza contribuire alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario della vittima³. La Corte, infatti, ha sostenuto di non poter condividere la censura del giudice *a quo* «nella sua assolutezza»⁴. Si argomenta, di conseguenza, come la fattispecie criminosa dell’aiuto al suicidio, contemplata nella sua generalità, non sia solo pienamente conforme a Costituzione ma rappresenterebbe altresì estrinsecazione di quella vocazione solidaristica e personalistica che permea il sistema di valori costituzionali. L’ordinamento avrebbe, infatti, predisposto una «cintura protettiva» nei confronti dei soggetti più deboli e vulnerabili, fra i quali rientrano coloro che meditano di congedarsi prematuramente dalla vita. Non potendo punire colui che commette suicidio - neppure nell’unica ipotesi concretamente prospettabile, quella del tentato suicidio - il legislatore penale avrebbe focalizzato la sua attenzione sui soggetti che possano cooperare per il raggiungimento dello scopo. Alla luce di questo, reputare penalmente rilevante non solo il concorso morale (l’istigazione) ma anche quello materiale avrebbe l’effetto di tutelare l’individuo dall’irreparabile pregiudizio che potrebbe cagionare a sé stesso. Tuttavia, la piena coerenza di tale previsione con le radici valoriali del sistema repubblicano verrebbe meno con riferimento a quelle situazioni, «inimmaginabili» nel momento storico in cui la disposizione fu adottata, in

² Si veda, a tal proposito, l’approfondimento di S. SEMINARA, *L’art. 580 c.p. e il diritto a morire*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, il quale sottolinea come, nel passaggio dal codice Zanardelli al codice penale del 1930, le sanzioni fossero state inasprite; infatti, dietro l’accrescimento delle garanzie del diritto alla vita, si ergeva «il nuovo principio che la vita appartiene allo Stato, giacché tutto è in esso e nulla fuori di esso» (pp. 311-313).

³ Il rimettente contestava altresì l’intrinseca irrazionalità della previsione nel momento in cui equiparava il trattamento sanzionatorio riservato alla condotta di aiuto al suicidio a quello previsto per la fattispecie più grave dell’istigazione. Benché il giudice *a quo* non stabilisse alcun collegamento fra le questioni sollevate, era implicito che quest’ultima si ponesse in un rapporto di subordinazione con la prima, dato che l’accertamento della irragionevolezza della pena - e una sua eventuale rimodulazione - presuppone in sé la rilevanza penale del comportamento lesivo, cfr. punto 1 del *Considerato in diritto*.

⁴ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

cui versano coloro che, pur potendo essere strappati alla morte grazie all'avanzamento delle tecnologie e terapie disponibili, non sono comunque in grado di riacquisire la pienezza delle funzioni vitali. La condizione alla quale si allude viene soggettivamente qualificata in modo puntuale: la Corte si riferisce infatti alla circostanza in cui vi sia una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»⁵. Con riferimento a questa specifica condizione, l'assistenza prestata da terzi potrebbe rappresentare l'unica soluzione per porre fine alla prosecuzione della vita mediante strumenti di sostegno vitale, trattamenti sanitari che l'individuo ha già diritto a rifiutare in conformità all'articolo 32 comma 2 della Costituzione. Questo passaggio rappresenta lo sviluppo argomentativo cruciale della pronuncia e il primo elemento di innovatività del *modus operandi* scelto della Corte: il giudice costituzionale effettua una ridefinizione chirurgica del *thema decidendum* spostando la questione sotto la sfera garantista del diritto alla salute, un parametro non invocato nell'ordinanza di rinvio. Il percorso logico del collegio si muove sul crinale della ragionevolezza e della legge n. 219 del 2017, utilizzata come *tertium comparationis*⁶. Quest'ultima, infatti, ha sancito il diritto di richiedere la sospensione dei trattamenti sanitari, anche quelli cd. "salvavita"⁷, in conformità a quella visione espansiva del diritto alla salute che ne valorizza anche la dimensione negativa (la libertà di non curarsi).

Dietro la mente del legislatore del 2017 è facile intravedere la lunga e articolata evoluzione giurisprudenziale volta a valorizzare la "fondamentalità" del diritto all'autodeterminazione in ambito terapeutico e il principio cardine del consenso informato⁸. In forza della cogenza di tali principi, la legge

⁵ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁶ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 6.

⁷ Ciò si deduce in modo implicito dalla specificazione contenuta nell'articolo 1 comma 5 della l. 219 del 2017: «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

⁸ È la Corte ad affermare indirettamente il "tributo" del legislatore allo sviluppo giurisprudenziale in materia, richiamando i notissimi casi Welby ed Englaro nonché la "pietra miliare" posta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008 che ha sancito la centralità del principio del consenso informato, «sintesi» fra diritti fondamentali dell'individuo. Si intravede, fra le righe, come la disciplina introdotta dalla l. n. 219 in parte sancisca diritti già riconosciuti dall'autorità giudiziaria o riproduca principi già deducibili da altri testi normativi, quali, ad esempio la l. n. 38 del 2010 sulle cure palliative. A tal proposito, infatti, è da segnalare la polemica dottrinale sulla «superfluità» della legge, cfr. U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le*

impone al medico di rispettare la scelta del paziente di rifiutare o sospendere un trattamento terapeutico accogliendo congiuntamente la richiesta di terapie palliative, compresa la sedazione palliativa profonda continua. Quest'ultimo aspetto si pone in modo più delicato con riferimento a quei pazienti che richiedano la sospensione di un trattamento di sostegno vitale, soluzione che dà luogo ad una progressiva perdita della funzionalità fino alla sopravvenienza della morte, in un tempo tuttavia non quantificabile. La legge esclude, però, lo svolgimento di un ruolo attivo da parte del medico volto a determinare la morte del paziente, su richiesta dello stesso⁹.

È a partire dalla asserita inadeguatezza di questa lacuna che la Corte tratteggia l'illegittimità del quadro normativo. Se, infatti, l'ordinamento ha già riconosciuto un'attenuazione della protezione assoluta della vita in presenza di altri valori costituzionalmente protetti, riconoscendo il diritto a rinunciare alle cure, appare irrazionale la frapposizione di un ostacolo assoluto, «penalmente presidiato», alla richiesta di un singolo di un intervento che lo sottragga a un decorso più lento che si verificherebbe se si scegliesse la sospensione dei trattamenti. Più chiaramente, il divieto assoluto di aiuto al suicidio determinerebbe, nelle situazioni limite dettagliatamente delineate dalla Consulta, un'inaccettabile lesione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione poiché, imponendo all'individuo «un'unica modalità per congedarsi dalla vita», causerebbe una irragionevole compressione della libertà di autodeterminazione della persona con riferimento alle scelte terapeutiche, senza che ciò trovi giustificazione nell'esigenza di garantire «un altro interesse costituzionalmente apprezzabile»¹⁰.

Appare evidente che il grande tema sotteso alla questione sia l'accezione attribuita al concetto di dignità. In forza del suo valore polisemantico e multidimensionale, tale principio ha notoriamente esercitato un ruolo

*disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale, in Rivista AIC, 3/2018, p. 112-113 il quale, nel riflettere su tali critiche, argomenta come il riconoscimento per via pretoria di un diritto, in particolare il diritto alle DAT, non potesse sostituirsi alla tutela legislativa, chiamata a dare generalità alla garanzia del diritto e a definirne l'ampiezza e le modalità di esercizio. Essa, inoltre, avrebbe il merito di inserirli all'interno di un intervento normativo organico, caratteristica già evidenziata da alcuni commentatori all'indomani dell'approvazione della l. 219, cfr. A. LO CALZO, *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3/2018.*

⁹ Tale divieto si dedurrebbe in modo indiretto dalla previsione contenuta all'art. 1 comma 6 della legge: «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali», cfr. G. DI MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *federalismi.it-Osservatorio di diritto sanitario*, 2018, p. 4.

¹⁰ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

propulsivo nell'espansione delle garanzie soggettive ma, se analizzato nella sua dimensione ontologica, ha al contempo ricoperto una funzione condizionante nei confronti dei diritti dell'individuo¹¹. Conscia del fatto che, anche in tale circostanza, sia la qualificazione della stessa a segnare i confini della questione di legittimità costituzionale, la Corte sembra accogliere una interpretazione di dignità soggettivamente e concretamente declinata¹².

Questa prospettiva si fa forza, a sua volta, di quella evoluzione teorica della scienza medica verso un approccio individualistico e identitario del diritto alla salute la quale ha inevitabilmente causato una spaccatura fra vita biologica e vita sociale, esigendo che il significato dell'espressione esistenza "degnata di essere vissuta" non possa prescindere dalle personali convinzioni del singolo e dal senso che lo stesso attribuisce al proprio valore personale¹³.

Una tutela assoluta della vita umana si concretizzerebbe, in tale ipotesi, in una scelta obbligata per il paziente - l'unica consentita dall'ordinamento, quella di rifiutare i trattamenti sanitari - che risulta indignitosa, in quanto idonea a determinare una condizione di sofferenza psicologica non solo per l'individuo ma anche per i familiari che lo assistono.

Procedendo dunque lungo un terreno impervio fra diritto alla vita, dignità umana e autodeterminazione terapeutica, la Corte giunge ad affermare implicitamente che aiutare un soggetto a darsi la morte risulti, nelle circostanze sopradescritte, non solo un diritto costituzionalmente imposto ma un'istanza già racchiusa nelle pieghe della legge 219/2017. Per tale motivo, una modifica legislativa nel senso indicato dalla Corte servirebbe soltanto a rendere la legge «coerente nei suoi esiti»¹⁴.

L'innovativa e largamente discussa soluzione attendista dell'ordinanza di rinvio "a data fissa" si caratterizza, infatti, per una stringente definizione dei

¹¹ Cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 61 ss.

¹² G. FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine-vita. Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., pp. 156-157.

¹³ C. BARBISAN, *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2018, p. 14 sottolinea, infatti, come tale evoluzione teorico-filosofica sarebbe posta alla base della legge 219, la quale avrebbe accolto una concezione di tempo inteso non come «chronos» ma come «kairos», un «tempo opportuno - valutato soggettivamente come tale - per decidere, per esprimere la propria identità proiettandola in un tempo nel quale questa dovrebbe massimamente esprimersi, ma il corpo, a causa della malattia, non lo consente del tutto o in parte».

¹⁴ L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 138.

contenuti dell'atto normativo¹⁵. Esclusa l'ipotesi di poter raggiungere lo scopo perseguito mediante la mera declaratoria dell'irrilevanza penale della

¹⁵ Ai fini di congelare la questione di costituzionalità e di permettere, al contempo, che il Parlamento si possa esprimere su una materia posta all' «incrocio di valori di primario rilievo», la Corte opta per una soluzione dialogica. Ispirandosi dichiaratamente ad uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale, il giudice costituzionale propende, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo», per la fissazione di una nuova udienza (alla data del 24 settembre 2019) per concedere tempo all'organo rappresentativo e valutare la sopravvenienza di una disciplina che abbia accolto le dettagliate linee guida della Corte. Sull'uso di tale tecnica decisoria nota, che evidentemente guarda al modello tedesco, e sulle sue peculiarità strutturali vi è stato, com'è noto, un profluvio di commenti, che non è possibile approfondire in tale sede. Si rimanda ad alcune riflessioni ponenti in evidenza l'innovatività della scelta in relazione al legislatore e alla procrastinazione di quest'ultimo in materia. Cfr. A. SPERTI, *Intervento*, in A.A. V.V., *Il Forum-Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2019 p. 232 la quale definisce la soluzione una scelta «tutt'altro che pilatesca». Secondo l'A., infatti, dopo anni di soluzioni di inammissibilità caratterizzate dall'incertezza e dalla procrastinazione, il giudice costituzionale si sarebbe lasciato alle spalle la strategia del *non liquet* per prendere una decisa posizione di fronte a improcrastinabili esigenze di tutela. La logica dell'ordinanza monito non sottrarrebbe nulla alla logica dell'inammissibilità ma costituirebbe un "più"; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Rivista di BioDiritto*, 3/2018, p. 168 commenta positivamente la vicenda affermando come la Corte abbia riprodotto «una sostanziale tendenza (se non solo e non tanto alla co-legislazione, per quanto si precisa qui poco oltre), quantomeno al ruolo di sollecitatrice del dibattito pubblico, specialmente su temi etici, che sfuggono agli schieramenti rigidi del "politico" per coinvolgere soluzioni e sensibilità *trasversalmente* collocate, rispetto a tale piano, non traducibili in schemi tassonomici semplificati»; in senso analogo si esprime P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *federalismi.it*, 5/2019: «in una congiuntura politica e sociale in cui il circuito delle decisioni democratiche nell'ambito della rappresentanza politica risulta fortemente delegittimato presso il corpo sociale, la scelta della Consulta di valorizzare il ruolo del legislatore (e, per converso, di responsabilizzare il decisore pubblico) può risultare certamente apprezzabile. È infatti della massima importanza che il Parlamento si riappropri del suo ruolo centrale con riferimento a scelte che possono essere certamente anche complesse e divisive sotto una pluralità di profili, ma che proprio per questo necessitano di uno spazio incompressibile per il contemperamento e il bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti nell'ambito della discrezionalità politica. Il ruolo "supplente" e "residuale" che la Consulta ha disegnato per sé stessa nel caso di specie, se letto in questa prospettiva, non sembra privo di alcuni apprezzabili profili di prudenza e sensibilità istituzionale» (pp. 22-23).

Analogamente M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore*

condotta di aiuto al suicidio, la Corte suggerisce l'introduzione di un processo medicalizzato di suicidio assistito all'interno della legge n. 219. Quest'ultima costituirebbe, ad avviso del collegio, il luogo naturale di collocazione della nuova disciplina la quale verrebbe opportunamente inquadrata nell'ambito di quella relazione di cura e fiducia fra medico e paziente valorizzata dall'art. 1 della legge del 2017¹⁶.

Ad un esame più approfondito si rileva, peraltro, come la Corte non individui soltanto la *sedes materiae* della futura regolamentazione ma fornisca al legislatore penale anche un indirizzo di metodo, consigliando il ricorso alla giustificazione procedurale. Soluzione elaborata dalla dottrina tedesca ai fini di superare l'incriminazione come strumento di tutela in presenza dei diritti «infelici», la scriminante procedurale consentirebbe in tal modo la legittimazione *ex ante* del comportamento lesivo¹⁷.

e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in Osservatorio sulle fonti, 3/2018, pp. 18-19; in senso differente, invece, argomenta D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 3/2018, p. 3 il quale sottolinea come la Corte manifesti una deferenza «più apparente che reale» nei confronti del legislatore data la puntualità dei vincoli discendenti dall'ordinanza che addirittura risulterebbero più condizionanti di quelli di una legge delega. Nello stesso senso anche C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 6/2018, p. 2476 ss. la quale è stata fra i primi commentatori a definire l'ordinanza di rinvio un'«ordinanza-delega, con tanto di indicazione di oggetto, principi, criteri direttivi, termine».

¹⁶ All'interno della futura regolamentazione dovrebbe essere inclusa, ad avviso della Corte, la «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto (...); l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura». Si dovrebbero peraltro valutare la possibilità di introdurre «opportune cautele» per evitare che «l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua». La Corte ritiene, in particolare, che il ricorso alle cure palliative dovrebbe rappresentare un «prerequisito» per il paziente per avere accesso a prestazioni alternative (punto 10 del *Considerato in diritto*).

¹⁷ Sull'innovativo uso della scriminante procedurale nell'ambito del biodiritto penale cfr. A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 347 ss. il quale argomenta come essa permetta di trovare negli «elementi gradati di un concetto di proceduralizzazione costitutiva» il presupposto giustificativo dell'irrilevanza penale della condotta. In

La sentenza n. 242 del 2019, pervenuta in seguito alla scadenza del termine prestabilito, si è rivelata come una pronuncia altrettanto composita, caratterizzata da una componente ablativa e una additiva¹⁸. Ripercorrendo il

questo caso specifico il risultato lesivo sarebbe da ritenersi autorizzato *a priori* in forza dell'«espletamento di una procedura di controllo pubblico».

¹⁸ Cfr. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, p. 69. Con tutta evidenza la conclusione prescelta dalla Corte si differenzia da quelle soluzioni più "fluide" immaginate in dottrina. Alcuni ritenevano percorribile la soluzione dell'accoglimento parziale: I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio, dal Codice Rocco alla Carta Costituzionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, p. 8 prospettava una formula di tal genere: «L'art. 580 c.p. dovrebbe infatti essere dichiarato incostituzionale nella parte «in cui punisce anche la condotta di chi abbia agevolato la persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze ad eseguire la propria volontà sempre che l'agevolazione sia strumentale al suicidio di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari». Un accoglimento parziale, così sapientemente circoscritto, avrebbe potuto garantire il permanere della tutela nei confronti delle persone più vulnerabili, rassicurando una Corte molto restia ad una apertura su prestazioni eutanasiche; in senso analogo C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., p. 175 la quale reputava percorribile anche un eventuale accertamento *a posteriori*, in sede giudiziaria, sulla presenza dei presupposti che giustificano l'irrelevanza penale della condotta di aiuto, analogamente a quanto avviene in altre situazioni in cui il giudice è chiamato a verificare i requisiti di non punibilità per determinati reati (per legittima difesa, ad esempio). Il giudice costituzionale ha escluso altresì la soluzione interpretativa ipotizzata da A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 12 il quale riteneva praticabile la «strettissima» ipotesi di una pronuncia interpretativa di accoglimento o di rigetto che espungesse in via ermeneutica dall'art. 580 c.p. il frammento "in qualunque modo" ai fini di relativizzare la fattispecie penale. L'A. reputava tale soluzione la più idonea a garantire il rispetto del principio di riserva assoluta in materia penale senza sottrarre un margine di manovra importante ai singoli giudici che avrebbero potuto valutare le circostanze caso per caso; in senso simile si esprime anche R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., p. 15 il quale proponeva (pur ritenendo altamente improbabile che la Corte perseguisse questa opzione) una interpretativa di rigetto che definisse restrittivamente il termine "agevolazione", includendo all'interno della sfera di punibilità solo le condotte strettamente prodromiche allo svolgimento dell'azione suicida; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consultaonline.org*, 2/2019, p. 363, al contrario, reputava inadeguata la soluzione interpretativa poiché, pur caratterizzandosi per la «virtualità positiva di offrire risposta alla domanda di

percorso logico argomentativo dell'ordinanza monitoria, la Corte conferma la definizione di un'area di non punibilità per il reato di aiuto al suicidio, evidentemente modellata sul caso concreto, dichiarando parzialmente incostituzionale l'art. 580 del codice penale. Viene altresì confermata l'inadeguatezza di una soluzione meramente caducatoria: la netta sottrazione dalla sfera di operatività della norma penale esporrebbe le persone che si trovano nelle condizioni di estrema vulnerabilità, puntualmente circoscritte dai requisiti a) b) c) d), esposte a possibili abusi. Di conseguenza, la declaratoria di incostituzionalità viene accompagnata da un intervento additivo, il quale estende le garanzie procedurali introdotte dalla legge sul consenso informato e l'autodeterminazione terapeutica alla prestazione di assistenza al suicidio. In tal modo l'accesso ad un congedo più rapido dalla vita, alternativo al rifiuto delle cure, sarà subordinato ad un rigoroso accertamento medico volto a verificare la sussistenza delle stringenti condizioni individuate nell'ordinanza¹⁹.

Nei passaggi successivi vengono inoltre inseriti contenuti normativi ulteriori, non preannunciati nel complesso monito dell'ordinanza. In primo luogo, data la delicatezza dei valori in gioco e analogamente a quanto già disposto nelle pronunzie in materia di PMA, si stabilisce che il ricorso al suicidio medicalmente assistito debba avvenire presso le strutture del servizio sanitario nazionale. Si prevede, inoltre, l'indefettibile parere di un organo collegiale terzo, posto a presidio delle situazioni di vulnerabilità interessate. Questa funzione, «nelle more dell'intervento del legislatore», viene affidata ai comitati etici territoriali competenti. Chiude la dettagliata serie di

giustizia costituzionale proveniente dal giudizio *a quo*, essa avrebbe riversato sui singoli giudici il compito di dar soluzione al problema dell'uso regolato dell'aiuto al suicidio (...) dando loro una bussola che per molteplici ragioni avrebbe rischiato di essere poco orientativa: non solo per le note ragioni di efficacia *inter partes*, ma soprattutto per la sagoma stretta della porzione di significato espunta e per la inadeguatezza dei giudici, al pari della Corte e anzi a maggior ragione, di operare bilanciamenti e prospettare ricostruzioni che sarebbero risultate eccedenti le loro possibilità». L'Autore riteneva la soluzione «principalista» la più idonea a porre rimedio al *vulnus* riscontrato senza sacrificare la domanda di giustizia sostanziale proveniente dal caso concreto. Per la stessa motivazione, infatti, escludeva la fattibilità di una pronuncia di accoglimento con la fissazione un *dies a quo* nel futuro.

¹⁹ Inoltre, al suicidio assistito vengono estesi gli adempimenti previsti dalla legge in caso di interruzione di cure o redazione delle DAT, quali l'acquisizione della volontà dell'interessato «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» (art. 1 c. 5 l. 219/2017), la obbligatoria e accurata prospettazione da parte del medico delle conseguenze delle scelte adottate dal paziente e delle soluzioni alternative, l'obbligatorio inserimento dell'interessato in un percorso di cure palliative (conformemente a quanto previsto dalla l. 38 del 2010) e di sostegno psicologico, cfr. punto 5 del *Considerato in diritto*.

prescrizioni normative indicate dalla Consulta un inatteso riferimento all'obiezione di coscienza del personale medico sanitario, fattore che invece appariva un contenuto meramente eventuale della legge che si auspicava il legislatore introducesse. Si legge, infatti, che è rimesso «alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»²⁰.

Più in generale, sotto il profilo sostanziale, colpisce la scomparsa del riferimento alla dignità personale in favore di un ripiegamento verso il più prudente e meno divisivo concetto di autodeterminazione terapeutica²¹, una scelta semantica che tuttavia non cancella le dirompenti ricadute sistemiche dell'apertura per via pretoria al suicidio assistito.

3. La via referendaria: la tortuosa strada dell'(in)ammissibilità, fra giudizio sulla normativa di risulta e contenuto costituzionalmente vincolato

Il quesito che sarà oggetto del giudizio di ammissibilità della Consulta esula, a tutta evidenza, dalla cornice normativa elaborata dalla Corte costituzionale che, come descritto, ha ridefinito la sfera della punibilità con riferimento all'aiuto al suicidio in relazione a circostanze "limite", puntualmente circoscritte e soggettivamente declinate. Seppur rivoluzionario sotto il profilo sostanziale e processuale²², dato anche il ricorso all'inedito strumento dell'incostituzionalità prospettata²³, l'intervento della Corte sembra aver fatto

²⁰ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

²¹ Sottolinea questo rilevante cambiamento C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 7 ss. L'A. rileva come la Corte abbia adottato una terminologia più cauta non certo per «esigenze di sintesi» quanto per aver acquisito, fra una decisione e l'altra, la consapevolezza della debolezza del ragionamento volto a dimostrare l'esistenza di un diritto costituzionale a morire dignitosamente.

²² Si veda, *ex multis*, le autorevoli riflessioni di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle 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 *Rivista AIC*, 2/2019, p. 645 e G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, p. 1103 ss.

²³ G. LATTANZI, *Corte costituzionale-Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, p. 12. Le definizioni sono comunque molteplici: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 1 usa l'espressione «incostituzionalità differita»; R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro italiano*, 6/2019, p. 1892 parla di «incostituzionalità sospesa e condizionata»; G. SORRENTI,

proprio un paternalismo «indiretto» o *soft paternalism* che cautamente non si spinge fino a menzionare l'eutanasia attiva né tantomeno a postulare un diritto all'autodeterminazione nella fase finale della vita *lato sensu*²⁴. Dichiarato scopo del giudice delle leggi è quello di estendere la sfera garantista della tutela della dignità umana fino ad attrarre sotto di essa la fase finale della vita, riconoscendo un «diritto alla piena dignità anche nel morire»²⁵.

Diversamente, nell'aspirare alla depenalizzazione della condotta di colui che cagiona la morte di un altro soggetto con il consenso di quest'ultimo, la proposta referendaria intenderebbe conferire centralità, sotto il profilo giuridico, al principio di autodeterminazione individuale, presupposto ideologico caratterizzante anche l'originaria ordinanza di rinvio del tribunale meneghino. Difatti, secondo il rimettente, il quadro edittale rappresentava un "anacronismo giuridico", retaggio di una concezione del bene vita, quella del legislatore del 1930, oramai in contrasto con gli artt. 2, 13 comma 1 e 117.1 della Costituzione²⁶. Muovendo da un'impostazione «schiettamente *liberal*»,

Etwas Neues unter der Sonne, cit. p. 711 ss. la definisce «sospensiva dell'annullamento»; G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale*, cit., p. 2464 parla di una pronuncia «anticipatrice di incostituzionalità»; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 568 usa il termine «incostituzionalità-ombra»; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 1 parla di un'«ordinanza-delega»; S. PENASA, *Il "seguito" dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 3 utilizza la definizione «ordinanza di illegittimità annunciata ma non dichiarata»; G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, p. 38 usa l'espressione «pronuncia monitoria rinforzata»; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 1 nota 1 la definisce «decisione di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata con contestuale "messa in mora" del legislatore».

²⁴ S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 48; G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1/2019, p. 25 parla di un «anti paternalismo giuridico moderato».

²⁵ C. CUPELLI, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 87.

²⁶A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 3 ss.

incentrata sulla primarietà del valore assunto dal principio di autodeterminazione individuale, il giudice *a quo* aspirava ad una decisione meramente ablativa, a basso tasso di creatività, che dichiarasse l'illegittimità della sanzione penale²⁷. Analogamente, l'eventuale esito abrogativo della consultazione legittimerebbe anche condotte che prescindono dalla mera assistenza al suicidio, nonché da una condizione di grave infermità del consenziente²⁸. Benché, dunque, profondamente concatenata alla rilevante scia giurisprudenziale tracciata dalla Consulta, la via referendaria si rivelerebbe connessa ad essa solamente sotto il profilo politico e teleologico.

osserva, tuttavia, come la ricostruzione del collegio milanese, volta ad affermare l'esistenza di un'interpretazione omogenea della fattispecie di aiuto al suicidio, fosse molto contestabile, date le rare applicazioni dell'articolo 580. Il caso principe, caratterizzato da presupposti molto differenti, era il caso Munaò, al termine del quale la Corte d'Assise di Messina stabilì l'irrilevanza penale di tutti quei comportamenti che non contribuiscono a formare o rafforzare il proposito suicidario della vittima (Ass. Messina, 10 giugno 1997). Diversamente dal giudice di merito, la Corte di Cassazione reputò che una lettura restrittiva dell'articolo 580 fosse in contrasto con lo spirito della norma che intendeva abbracciare tutte le condotte che possano agevolare il suicida, non soltanto quelle legate da un rapporto di stretta causalità all'evento: rientrerebbero pertanto nella fattispecie anche quelle condotte che forniscano «i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo difficoltà o ostacoli che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo giuridico di impedire la realizzazione dell'evento» (Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147). Infine, in una vicenda recente - nata da un caso molto simile a quello analizzato perché concernente l'imputazione per l'agevolazione del suicidio assistito di Oriella Cazzanello presso una clinica a Basilea - il Tribunale di Vicenza ha offerto una interpretazione circoscritta del reato di aiuto al suicidio. Il giudice di merito ha assolto l'imputato osservando che «la condotta tipica stigmatizzata è precisamente indicata come di "agevolazione dell'esecuzione" del suicidio» e, dunque, si sostanzia «essenzialmente come condizione di facilitazione del momento esecutivo del suicidio stesso». Questa soluzione, per quanto scaturente da una vicenda assimilabile *in toto* al caso concreto, non ha incontrato il favore del collegio milanese a causa del fondamento prettamente letterale addotto a sostegno dell'interpretazione; per un approfondimento delle posizioni emerse nella giurisprudenza di merito e di legittimità e sul "problema" dell'individuazione di un "autentico" diritto vivente in materia di aiuto al suicidio cfr. G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 495 ss.

²⁷ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 115.

²⁸ V. V. ONIDA, *Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 27 settembre 2021.

Ora, da tale premessa ricostruttiva può trarsi una conseguenza fondamentale: se la richiesta referendaria venisse accolta dal Corpo elettorale l'esito sarebbe chiaro: la depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, salvo i limiti indicati dalla disposizione concernenti la minore età, l'incapacità e il vizio del consenso. Appare impraticabile, infatti, la prospettazione di un'interpretazione alternativa della disciplina, data la cogenza dei principi di tassatività e stretta legalità che si impongono in ambito penale, la cui vincolatività è stata opportunamente ribadita anche dalla Consulta nell'ordinanza Cappato²⁹.

In supporto a questa lettura appare opportuno ribadire, inoltre, il fatto che in dottrina vi sia un'omogeneità di posizioni sul fatto che il referendum abrogativo costituisca una fonte del diritto dotata di forza di legge³⁰. Ne consegue che il "voluto" dell'atto non possa che essere ricavato dal testo scaturito dalla consultazione³¹: né potenziali discipline integrative future, che auspicabilmente dovrebbero introdursi, né la natura *sui generis* del legislatore in questione (il Corpo elettorale) potrebbero legittimare fantasiose soluzioni ermeneutiche. Dunque, ai fini della valutazione degli effetti dell'abrogazione, risulterebbe altresì privo di alcuna capacità performativa l'intento dei proponenti - deducibile, *in primis*, dal titolo prescelto per il referendum³² - di suggellare, mediante la strada della

²⁹ Richiama tale aspetto P. VERONESI, *Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 1 ottobre 2021, §4.

³⁰ Sulla qualificazione giuridica del referendum cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1961, pp. 96 ss.; M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo. La formazione delle leggi*. Tomo I, 2, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e proseguito da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2005, p. 604 ss.; F. MODUGNO, *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XIV, 1989, p. 5.

³¹ G. SILVESTRI, *Il popolo sotto tutela: garanzia formale e criterio di ragionevolezza nella conformazione giurisprudenziale del diritto al referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996, Milano, Giuffrè, 1998, p. 235 osserva infatti come la natura del giudizio di ammissibilità esiga che la Corte valuti della «legittimità dell'esercizio di un potere» e non della «legittimità del fine» dei promotori: «(n)on esiste in Costituzione una limitazione dei fini perseguibili ma solo dell'oggetto e del contenuto».

³² Sulla incongruenza fra la denominazione del referendum e l'oggetto della consultazione richiama l'attenzione G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consultaonline.org*, fasc. III del 2021. In senso analogo G. CRICENTI, *Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 6 ottobre 2021, § 4 osserva come «il quesito mira genericamente a depenalizzare casi di intervento di terzi sulla vita altrui che non sono definibili né come eutanasia attiva, né passiva e che non sono per niente casi di eutanasia, che

normazione diretta, e seppur per sottrazione, la cornice normativa edificata dal giudice delle leggi. La volontà emergente anche dalla dichiarazione del Comitato per cui «l'esito abrogativo del referendum farebbe venir meno il divieto assoluto dell'eutanasia e la consentirebbe limitatamente alle forme previste dalla legge 219/2017, in materia di consenso informato»³³ non eserciterebbe, quindi, nessun peso.

In secondo luogo, a rafforzare questa posizione vengono in aiuto anche le fondamentali linee guida tracciate dalla Corte costituzionale stessa nella sua giurisprudenza, le quali asseriscono che la valutazione circa l'ammissibilità debba essere fondata esclusivamente sull'enunciato testuale del quesito e sulla «finalità incorporata»³⁴ nello stesso, «obiettivamente ricavabile», requisito che rende «irrilevanti, o comunque non decisive» le intenzioni o dichiarazioni del comitato promotore³⁵.

Se, dunque, alla luce del percorso delineato, è possibile affermare come la via referendaria sembri procedere in parallelo ai complessi paletti tracciati dalla Consulta e, dall'altro, si esclude qualsivoglia esegesi alternativa, il nodo problematico che qui, dunque, si porrebbe è quello di comprendere se la richiesta abrogativa si estenda a quell'insieme di prescrizioni che contengono al loro interno quella tutela minima che la Costituzione richiede in relazione alle posizioni soggettive e ai valori coinvolti in tale sfera. Più chiaramente, se il diritto alla vita – e lo speculare dovere solidaristico che la Carta contiene – non può ergersi a "tiranno" rispetto a istanze di tutela contrapposte, quale il diritto ad una morte dignitosa e all'autodeterminazione in ambito terapeutico, ci si domanda se l'eventuale cornice normativa scaturente dal pronunciamento popolare vanifichi quel delicato bilanciamento ricostruito dalla Consulta, intaccando il nucleo essenziale della tutela che la suprema fonte-atto imporrebbe³⁶. Nello specifico, la Corte potrebbe concludere che l'operazione referendaria determini l'eliminazione di quegli standard garantistici posti a salvaguardia di situazioni di vulnerabilità³⁷, costituzionalmente prescritti, portati alla luce nella sentenza n. 242 del 2019³⁸. In tale ipotesi l'esito dell'intervento popolare, pur formalmente

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

³³ Cfr. il sito istituzionale del comitato promotore in <https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/>.

³⁴ Corte cost., sent. n. 28/2017.

³⁵ Corte cost., sent. n. 27/2011.

³⁶ Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria)*, in *Amicus curiae*, Seminari preventivi ferraresi, anticipazione della relazione al webinar del 26 novembre 2021, p. 14.

³⁷ Cfr. I. NICOTRA, *Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 4 ottobre 2021, § 3.

³⁸ P. VERONESI, *Referendum per l'eutanasia legale*, cit., § 4.

finalizzato a privare di efficacia parte della disposizione, scivolerebbe oltre la dimensione legislativa, investendo «la corrispondente parte della Costituzione stessa»³⁹.

Per tentare di sciogliere tali criticità, è necessario far riferimento alla specificità dello strumento referendario e del giudizio di ammissibilità, nonché alla peculiare riconfigurazione che i limiti al referendum hanno subito per via pretoria⁴⁰.

In prima battuta, è necessario sottolineare l'autonomia del sindacato rispetto al giudizio di legittimità costituzionale, caratteristica che esige che, in tale sede, venga in rilievo esclusivamente la «domanda abrogativa» da esaminare «nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti» ai fini di valutare se essa possa avere «un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione»⁴¹. Ne consegue, perciò, come la Corte ha direttamente ammesso, che il giudizio sulla consultazione referendaria si «atteggi» con una propria indipendenza funzionale che ne determina l'unicità⁴². Da tale qualificazione deriverebbe il divieto di qualsivoglia riflessione concernente la conformità a Costituzione della cosiddetta normativa di risulta⁴³, «verifica che non può che competere ai giudizi a ciò appositamente deputati»⁴⁴.

³⁹ Corte cost., sent. n. 26/1981.

⁴⁰ Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 365 ss.

⁴¹ Corte cost., sent. n. sent. 45/2005.

⁴² Si vedano, in particolare le sentenze nn. 10/1972 e 251/1975.

⁴³ Richiama l'importanza di questo aspetto G. SILVESTRI, *Il popolo sotto tutela*, cit., p. 234 il quale afferma come il giudizio della Consulta dovrebbe limitarsi a verificare che le leggi in questione non rientrino fra le categorie di leggi «vietate», escluse dall'abrogazione, e astenersi dal valutare «la qualità dell'operazione abrogativa», scelta che condurrebbe ad un sindacato sui « presupposti e degli «esiti normativi sostanziali» poiché i primi afferiscono alla libera scelta politica dei promotori i secondi spettano alla valutazione degli interpreti che successivamente dovranno identificare i contorni e il contenuto della normativa risultante. Quest'ultimo vincolo non deriverebbe tanto dalla natura successiva del controllo di legittimità quanto dall'impossibilità materiale di preconizzare la situazione scaturente dall'eventuale abrogazione. Si tratterebbe di una preclusione «pratica e giuridica». In primo luogo la Corte non avrebbe la possibilità di prefigurare la portata dei processi interpretativi che porterebbe ad un consolidamento del diritto vivente mentre, dall'altra, la Corte andrebbe a sostituire la sua interpretazione e a quella dei promotori e a quella dell'elettore stesso.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 17/2016; tale principio, affermando l'intrinseca differenziazione e impermeabilità fra le due sedi, ha trovato concreta e eclatante rappresentazione nella vicenda giurisprudenziale inerente il cosiddetto lodo Maccanico (sentt. 24-25 del 2006), nella quale la Corte ha prima dichiarato l'incostituzionalità della disciplina esaminata e successivamente ha deciso in favore dell'ammissibilità del referendum sulla normativa stessa, benchè risultasse ormai annullata, cfr. A. PUGIOTTO, *Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme*, 29

È vero, quindi, che nel caso di specie l'elevata sensibilità del tema potrebbe indurre il collegio a propendere per tale forzatura, purtuttavia, si reputa una soluzione di difficile prospettazione, data anche la particolarità dell'attuale fase della giustizia costituzionale italiana nella quale la Corte si confronta sempre più frequentemente con l'accusa di indulgere in eccessi di attivismo, anche su questioni eticamente controverse, un nuovo corso caratterizzato dal *self-empowerment* del giudice delle leggi che troverebbe primaria manifestazione proprio nell'applicazione elastica delle regole processuali⁴⁵. Ad ogni modo, tale ipotetica "ri-conformazione" andrebbe a concretare uno «sviamento funzionale»⁴⁶ del giudizio di ammissibilità, nonché uno snaturamento del controllo di legittimità stesso, il cui elemento caratterizzante - e principale punto di forza - risiede proprio nella compresenza di quell'elemento di concretezza⁴⁷, estraneo a un giudizio astratto e preventivo⁴⁸.

settembre 2021, §4. Questa linea è andata incontro, tuttavia, ad alcune oscillazioni nel corso del tempo, potendosi ravvisare alcuni tentativi di anticipare, in occasione della valutazione di ammissibilità, un sindacato sull'irragionevolezza della disciplina futura.

⁴⁵ Cfr., ex multis, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, p. 264 ss; RUGGERI A., *In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2018.

⁴⁶ A. PUGIOTTO, *Referendum per l'eutanasia legale*, cit., §4.

⁴⁷ Una concretezza che nella giurisprudenza più recente assume anche ulteriori connotati. È stato infatti osservata l'importanza, nell'attuale fase della giustizia costituzionale italiana, della spinta propulsiva esercitata dalla dimensione sostanziale sul rimodellamento delle forme del processo costituzionale e dei limiti all'intervento dell'organo giurisdizionale. Ad un'analisi più approfondita, il peso assunto da questo fattore nelle valutazioni del giudice delle leggi si presenta più articolato di quanto potrebbe apparire. Esso infatti non si riduce soltanto alla mera acquisizione di maggior rilevanza del generale dovere di offrire giustizia costituzionale ai diritti fondamentali ma assume una sfumatura «individualizzante», cioè appare orientato dalla volontà di non disperdere la specificità delle istanze di tutela così come manifestate nel caso concreto, cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, p. 5 ss.

⁴⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria)*, in *Amicus curiae*, Seminari preventivi ferraresi, anticipazione della relazione al webinar del 26 novembre 2021, § 3 afferma come, benchè possa evidenziarsi una giurisprudenza non sempre ortodossa con riferimento a tale limite, ad uno sguardo più approfondito appare evidente come la Corte si sia in realtà spinta a giudicare l'esito dell'abrogazione solo per verificare indirettamente che non venissero superati altri limiti all'ammissibilità, quale quello della chiarezza o

Al di là di tali pronostici, che si legano anche alla specificità del momento storico, è possibile ipotizzare una decisione che ostacoli la consultazione referendaria partendo proprio da quella solida giurisprudenza del giudice delle leggi che ha progressivamente dilatato l'oggetto di valutazione della Consulta in sede di ammissibilità, andando oltre i limiti espliciti posti dall'articolo 75 della Costituzione⁴⁹. Difatti, dopo un esordio all'insegna del *self-restraint*⁵⁰, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978 la Corte asserisce l'eccessiva restrittività di un giudizio fondato sulle limitazioni espresse indicate dal dettato costituzionale, affermando come quest'ultimo presupponga anche una serie di «cause inesprese» evincibili dal sistema nella sua totalità: la Corte si riferisce dunque alla sussistenza di motivazioni «costituzionalmente rilevanti» che possano giustificare lo sbarramento all'espressione di volontà del Corpo elettorale. Con questo importante *renvirement*, il giudice delle leggi ha dunque immediatamente reso palese come anche l'esercizio della "nuova" azione di controllo non potesse che riflettere la peculiare natura dell'organo di garanzia e la sua ampia capacità di auto-normazione, eliminando quella prematura convinzione della sussistenza di una mera «discrezionalità tecnica» in tale ambito⁵¹.

È proprio all'interno di questo percorso espansivo che la Corte, com'è noto, ha individuato l'ulteriore limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, cioè quegli atti che costituiscono diretta e necessaria attuazione di precetti della Carta repubblicana⁵². Se il nucleo normativo essenziale delle stesse venisse alterato per via referendaria ciò ridonderebbe in una lesione della corrispondente previsione costituzionale a cui esse si riferiscono⁵³. La fumosità della categoria in questione ha spinto la Corte a introdurre nel tempo ulteriori specificazioni e a chiarire come non siano soggette a tale preclusione tutte le leggi a contenuto costituzionalmente obbligatorie, cioè quelle leggi che danno attuazione a un principio, istituto o regolano il funzionamento di un organo previsto dalla Costituzione⁵⁴.

quello della auto-applicatività della disciplina rimanente nell'ipotesi in cui la normativa oggetto di referendum fosse costituzionalmente necessaria.

⁴⁹ Cfr. G. SALERNO, *Il referendum*, Padova, CEDAM, 1992 p. 150 ss.

⁵⁰ Cfr. sentt. n. 10 del 1972 e 251 del 1975.

⁵¹ A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 131 ss.

⁵² Cfr. G. SALERNO, *Il referendum*, cit., p. 171 parla di un limite che opera ai fini di evitare lo svolgimento di un referendum «in frode alla Costituzione»; V., altresì, G.L. CONTI, *Referendum, Corte costituzionale e forma di governo in transizione*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 4191 ss.

⁵³ Cfr. sentenza n. 16 del 1978, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁴ Cfr. L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e

Nell'evoluzione giurisprudenziale successiva la definizione di "legge a contenuto costituzionalmente vincolato" si è tuttavia arricchita ed integrata⁵⁵ e il confine con gli atti costituzionalmente necessari è divenuto nuovamente labile⁵⁶. In questo processo di ampliamento la Consulta ha, infatti, chiarito come possano qualificarsi come "protette" anche quelle discipline che riproducono il contenuto della Carta nell'unico modo costituzionalmente consentito, anche nel senso di accordare quel "minimo di tutela" che la Costituzione impone in relazione a peculiari situazioni. Proprio in forza di tale motivazione la Corte ha dichiarato inammissibile il referendum avente ad oggetto l'aborto con la decisione n. 35 del 1997, affermando come la legge n. 194 del 1978 contenesse quei «criteri di tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione»⁵⁷. Ma, è in occasione della dichiarazione di inammissibilità della richiesta referendaria avente ad oggetto la legge n. 40 del 2004 nella sua totalità che il giudice delle leggi ha definito con maggior chiarezza tale preclusione⁵⁸, asserendo l'impossibilità di avallare una eventuale cancellazione di tale normativa, trattandosi «della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che (...) indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»⁵⁹.

6 luglio 1996, Milano, Giuffrè, 1998, p. 18 ss. Tale precisazione, emersa in particolare in occasione dell'ammissibilità dei referendum elettorali, è infatti apparsa doverosa, altrimenti ciò avrebbe determinato un'eccessiva espansione del limite nei confronti di atti che realizzano una previsione costituzionale mediante una fra le tante opzioni costituzionalmente possibili, v. T. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 6-7.

⁵⁵ Per una ricostruzione di tale evoluzione cfr. P. CARROZZA, *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993, p. 318; A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 222 ss.

⁵⁶ Cfr. sentt. 18, 19 e 20 del 1997.

⁵⁷ Nel dar svolgimento al suo ragionamento, incentrato sull'articolo 2, la Corte ha dichiarato come il diritto alla vita «inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili» i quali si legano «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (sent. 35/1997)

⁵⁸ V. A. RUGGERI, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)*, in M. FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 320.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 45 del 2005.

Al di là delle problematiche teoriche che tale sovrapposizione fra le due categorie porta alla luce⁶⁰, e che richiederebbe un supplemento di approfondimento che trascende tale trattazione, si può ipotizzare che proprio in tali criteri enucleati all'interno di questa discussa giurisprudenza la Corte possa trovare il fondamento per serrare la strada della consultazione sull'eutanasia.

Appare probabile, infatti, che, facendo affidamento al sopradescritto supporto giurisprudenziale, la Consulta giudichi l'intervento abrogativo suscettibile di incidere su quella garanzia minima che la Costituzione accorda al diritto alla vita e pone a tutela dei soggetti vulnerabili, enucleata all'interno della giurisprudenza Cappato. È nelle motivazioni di quest'ultima, dunque, che sembra potersi già individuare la chiave di volta per prospettare l'esito del sindacato di ammissibilità, ragioni che non emergono solo dal ragionamento squisitamente sostanziale ma trovano conferma nell'*iter* argomentativo posto a giustificazione della tecnica decisoria adottata. Nell'ordinanza n. 207 del 2018, infatti, una volta accertata l'incostituzionalità della norma, la Corte aveva di fronte a sé le due consuete opzioni: adottare una pronuncia di accoglimento o una decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa. La prima (la parziale illegittimità dell'art. 580) avrebbe causato, a dire della Corte, la produzione di un vuoto normativo suscettibile di aggravare ulteriormente l'accertato *vulnus* alla legalità costituzionale. Un intervento ablativo avrebbe lasciato la prestazione di aiuto al suicidio sornita di alcuna cornice legislativa, in un ambito «ad alta sensibilità etico sociale» nel quale il *law enforcement* appare indispensabile per scongiurare eventuali abusi⁶¹.

La chiusura allo svolgimento del referendum sembra essere, in conclusione, il risultato più atteso, considerando che non si porrebbe in tal caso neanche il delicato problema di interrogarsi sui confini della "tutela essenziale", dato che la cornice normativa elaborata dalla Consulta nel giudizio di legittimità sembra aver già puntualmente definito i contenuti degli standard garantistici,

⁶⁰ Si è parlato, infatti, di un'occasione "persa" per la Corte per chiarire e differenziare le due categorie, cfr. S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005, p.1.

⁶¹ Così la Corte: «In assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti» (punto 10 del *Considerato in diritto*).

anche sotto il profilo procedurale, nonché circoscritto il nucleo duro del diritto alla vita in relazione all'autodeterminazione individuale⁶².

Risulterebbe dunque recessiva l'ipotesi alternativa, prospettata da autorevole dottrina⁶³, secondo la quale la tutela minima, costituzionalmente prescritta, sarebbe già posta al di fuori dalla consultazione poiché preservata nelle tre fattispecie della minore età, dell'incapacità e dell'invalidità del consenso, espressamente escluse dall'abrogazione. Questa lettura procede dall'idea che, pur potendosi individuare delle disarmonie normative fra le limitazioni enucleate dalla Corte in sede di legittimità costituzionale e la disciplina meno restrittiva individuata dal legislatore popolare, esse non causerebbero un insanabile contrasto. Tale intersezione trascenderebbe, quindi, la sfera delle leggi costituzionalmente vincolate, potendosi concretare, semmai, in una frizione fra normative da rilevare successivamente in via interpretativa, un dubbio che i giudici potranno/dovranno portare all'attenzione della Corte attraverso l'ordinaria via di accesso al giudizio di legittimità, senza anomale anticipazioni al sindacato sull'ammissibilità del referendum.

4. Conclusioni

Alla luce di tale ricostruzione, appare dunque potersi concludere che fra le due vie di normazione, mediante le quali si è tentato meritoriamente di porre rimedio alla passività del Parlamento in materia di "fine vita", sussista un conflitto che difficilmente potrà essere superato in sede di ammissibilità.

Con le decisioni nn. 207 del 2018 e 242 del 2019 la Corte costituzionale ha proceduto a un sofisticato intervento in cui *pars costruens* e *pars destruens* risultano profondamente interconnesse. Data la primaria esigenza di tutela di soggetti vulnerabili, l'addizione del giudice delle leggi si presenta, a tutta evidenza, più dettagliata di una mera indicazione di principio⁶⁴.

⁶² V. F. PARUZZO, *Referendum abrogativo sull'eutanasia legale. Tra (in)ammissibilità del quesito e opportunità dello strumento referendario*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2021, p. 119 ss.

⁶³ A. PUGIOTTO, *Referendum per l'eutanasia legale*, cit., § 1 ss.

⁶⁴ Si ricorda, infatti, l'importanza delle più "larghe maglie" del punto di riferimento normativo, logica che, a partire dalla sentenza 236 del 2016, ha contribuito ad estendere il margine di manovra dell'organo di garanzia. Si allude a quel filone giurisprudenziale, inaugurato con la decisione n. 236 del 2016 e sviluppato successivamente nelle decisioni nn. 222 del 2018 e 40 del 2019, in cui la Corte, invertendo il consolidato indirizzo di *self-restraint* in materia penale, analogamente a quanto previsto nella "Cappato bis", asserisce che per porre in essere un suo «intervento correttivo» - e, dunque, nei casi di specie, una pronuncia sostitutiva - è sufficiente che l'ordinamento offra una previsione sanzionatoria che possa fungere da modello. Più chiaramente, in circostanze in cui «è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali» quali, ad esempio, quelle in cui viene in gioco la libertà personale del singolo, la presenza di

Dall'altra parte, il Corpo elettorale verrebbe chiamato oggi ad esprimersi sul quesito avente ad oggetto la disposizione individuata dal comitato promotore, aspirante, mediante la restrizione della punibilità dell'omicidio del consenziente a ottenere per via referendaria quell'apertura verso il pieno riconoscimento del diritto al suicidio assistito che, nonostante le indicazioni della Consulta in materia, si misura con un imperdonabile problema di effettività della garanzia. Si tratta di una strada impervia che deve necessariamente fare i conti con la linearità e la rigidità dei vincoli propri dell'istituto di democrazia diretta, configurazione che potrebbe rivelarsi fatale in sede di giudizio di ammissibilità, come descritto.

Una riformulazione così ardita dell'omicidio del consenziente, seppur estranea alla volontà del comitato promotore, come sottolineato, farebbe emergere un vuoto di garanzia, una gravosa lacuna «immanente» alla normativa di risulta, a causa della probabile assenza di una imminente disciplina legislativa⁶⁵. L'*horror vacui*, che in sede di ammissibilità non potrebbe esser compensato dalla individuazione di una regolazione additiva integrativa, potrebbe spingere la Corte a dare priorità alla certezza del diritto, principio che si impone in modo quanto mai cogente in una sfera in cui dignità umana e autodeterminazione individuale si confrontano e si scontrano.

Si tratta di una soluzione che, seppur comprensibile e condivisibile alla luce delle considerazioni svolte, non può esimere dall'osservare come, da questo "corto circuito" fra vie di normazione, a risultar ancora una volta sconfitta sarebbe proprio la battaglia per i diritti. Non è da escludersi, tuttavia, che la pregnanza della domanda di tutela sostanziale che in tale contesto viene in rilievo possa spingere la Corte a valutare anche l'ipotesi alternativa la quale,

una soluzione a rime obbligate non costituirebbe più la *conditio sine qua non* della soluzione additiva. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, p. 66; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, p. 264 ss; A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, par. 6.2. R. CABAZZI, *Sulle "rime obbligate" in materia penale. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 40/2019*, in *federalismi.it*, 6/2020, p. 51 ss. R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, p. 151 ss. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, p. 3 ss.

⁶⁵ M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, p. 2.

facendo leva su quel «nesso oggettivo» fra l'articolo 580 e il modificato articolo 579⁶⁶, consentirebbe di pervenire all'ammissibilità del referendum. A ben vedere, d'altronde, questa soluzione si porrebbe in linea di continuità con la specificità dell'attuale fase della giustizia costituzionale. Invero, nell'epoca della «rinnovata sensibilità»⁶⁷ - che, appunto, «impone» e non invita alla predisposizione di «meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione» - la Corte sembra aver ricordato come sia lo scopo di "render giustizia" a costituire «la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»⁶⁸. Non è da escludere *a priori* che tale rinnovato *trend*, che si fonda, appunto, su una "riscoperta" di un'attitudine e di finalità già radicate nella funzione dell'organo di garanzia trascenda i confini del giudizio di legittimità ed eserciti la sua influenza anche in sede di ammissibilità.

⁶⁶ M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, p. 3.

⁶⁷ G. LATTANZI, *Corte costituzionale-Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, p. 13 ss.; In questa "dichiarazione di intenti" è possibile scorgere dei parallelismi con le considerazioni espresse da Gaetano Silvestri in tempi meno recenti e in relazione a questioni diverse. Nel commentare, dopo un anno di distanza, i "costi" della soluzione di inammissibilità prescelta della Corte nella nota sentenza n. 279 del 2013 sul sovraffollamento carcerario - generalmente considerata, non a caso, fra le ultime sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata - l'ex Presidente della Corte così si esprimeva: «Quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*», in G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2/2014, p. 5.

⁶⁸ Non può non evidenziarsi come, a "monte" di tale qualificazione, emerga, in primis, che una concezione eccessivamente formalista del processo costituzionale, per quanto basata su un affascinante rigore, rischi di perdere di vista l'intrinseca essenza della funzione di garanzia esercitata dalla giustizia costituzionale che da sempre risulta più permeabile all'azione performativa dei "fatti" e alla domanda di giustizia sostanziale proveniente dal caso concreto ed esige, di conseguenza, un approccio più flessibile alle regole procedurali, cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 298 ss.; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, p. 2569 ss.