

Luca Masera

Tutela della vita e obblighi di incriminazione. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale sull'inammissibilità del referendum in materia di omicidio del consenziente

Protection of Life and Positive Obligations of Criminal Prosecution

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La decisione della Corte e l'argomento della necessità di apprestare una soglia minima di tutela della vita umana – 3. La controversa questione della sussistenza di obblighi costituzionali di incriminazione – 3.1. La tesi tradizionale della mancanza di obblighi impliciti di incriminazione – 3.2. La lotta all'impunità in ambito sovranazionale e la tesi della sussistenza di obblighi convenzionali e costituzionali di incriminazione – 3.3. Il panorama attuale – 3.4. La peculiarità del giudizio di ammissibilità del referendum in cui si è posta la questione degli obblighi di incriminazione – 3.5. Dalla lotta all'impunità alla tutela dei beni giuridici: le complesse implicazioni della teoria degli obblighi costituzionali di incriminazione – 4. Conclusioni.

The work starts from the analysis of a sentence of the Italian Constitutional Court, with which the proposal for a referendum relating to the abrogation of the crime of killing of a consenting person was declared inadmissible, and analyzes the problems concerning the positive obligations of criminal protection of the right to life.

KEYWORDS: Rights to life; euthanasia; positive obligations of criminal prosecution

1. Premessa

La sentenza con cui la Corte costituzionale¹ ha dichiarato inammissibile il quesito referendario relativo alla (parziale) abrogazione del delitto di omicidio del consenziente è tra i provvedimenti recenti del giudice delle leggi

¹ Sentenza n. 50/2022, presidente Amato, redattore Modugno.

che ha suscitato maggiori reazioni (in larga misura critiche) da parte dei commentatori².

In effetti, i motivi di interesse della decisione sono molteplici. Anzitutto, è quanto mai controversa la *materia* su cui interviene la sentenza. I temi del fine-vita e dell'eutanasia sono tra i più sensibili nell'opinione pubblica, e tra quelli ove la politica si trova storicamente in maggiore difficoltà ad intervenire in via legislativa, e la decisione della Corte ha rappresentato una grave battuta d'arresto per l'ampio schieramento politico e della società civile che aveva promosso il quesito referendario, posto che si tratta di una sentenza che contiene in materia di scelte di fine-vita affermazioni significative, con cui nel futuro dovranno confrontarsi sia i giudici, chiamati a decidere ipotesi riconducibili all'art. 579 c.p., sia il legislatore in caso di eventuali interventi normativi.

L'altro aspetto che ha suscitato molte reazioni riguarda i *criteri di ammissibilità* del referendum utilizzati dalla Corte costituzionale. Come noto, la consolidata giurisprudenza della Corte al riguardo, andando ben al di là del tenore letterale della pertinente disposizione costituzionale (l'art. 75 co. 2, per cui «non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali»), attribuisce alla Corte stessa un incisivo potere di verifica dell'ammissibilità del referendum; al punto che, secondo molti commentatori la Corte (ed il caso in esame ne sarebbe un significativo esempio), condurrebbe surrettiziamente un vero e proprio scrutinio di costituzionalità della disciplina che risulterebbe applicabile all'esito del referendum, così introducendo un giudizio preventivo

² Tra i molti commenti alla sentenza, cfr. in particolare O. CARAMASCHI, *Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile? (A margine di Corte cost., sent. n. 50/2022)*, in *Consulta online*, fasc. II/2022, pp. 739-747; R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 1.4.2022; F. DIAMANTI, *Liberté chérie. Sull'inammissibilità del referendum in materia di omicidio del consenziente*, in *La Legislazione Penale*, n. 2/2022, pp. 29-53; M. DONINI, *L'inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti per persone vulnerabili, ma non per quelle vulnerate*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, p. 1189 ss.; G. LUCCIOLI, *Le ragioni di un'inammissibilità. Il grande equivoco dell'eutanasia*, in *Giustizia insieme*, 8.3.2022; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritti comparati*, 17.3.2022; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022, pp. 83-100; D. PULITANÒ, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sistema penale*, fasc. 7-8/2022, pp. 47-57; 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*, fasc. n. 1/2022, pp. 451-472 e segnatamente p. 464 e ss.; F.A. SANTULLI, *"Quando il mio ultimo giorno verrà": brevi riflessioni a margine di Corte cost. n. 50/2022 in materia di omicidio del consenziente*, in *Consulta online*, fasc. II/2022, pp. 478-483; 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*, fasc. n.1/2022, pp. 323-345.

di costituzionalità di difficile compatibilità con la natura incidentale dello stesso, propria del nostro ordinamento³.

Meno interesse ha invece suscitato un ulteriore profilo della decisione, che a nostro avviso merita al contrario di essere analizzato, e su cui precipuamente ci soffermeremo in questo articolo: il profilo della emersione nella decisione della Corte di *obblighi costituzionali di incriminazione*, che mai in passato erano affiorati in modo così nitido (per quanto, come vedremo, la Corte non vi faccia esplicito riferimento). Ci riferiamo alla questione, da lungo tempo discussa nella dottrina (specie penalistica), della sussistenza o meno nella nostra Costituzione di obblighi (impliciti) per il legislatore di sanzionare penalmente la violazione di certi beni giuridici, con il corollario di rendere incostituzionale l'eventuale abrogazione delle norme penali che tali beni presidiano. Se per lungo tempo, come vedremo, la risposta largamente condivisa nella nostra comunità scientifica è stata nel senso dell'insussistenza di un tale genere di obblighi, negli ultimi anni sono intervenuti importanti contributi nella opposta direzione, verso cui pare indirizzarsi con la sentenza in commento anche la giurisprudenza costituzionale.

Nelle pagine che seguono daremo allora brevemente conto del contenuto della decisione della Corte, soffermando più da vicino l'attenzione sui profili relativi appunto alla sussistenza di un obbligo di sanzionare penalmente le ipotesi di omicidio del consenziente, per poi abbozzare alcune considerazioni di portata più generale sul tema degli obblighi costituzionali di incriminazione.

2. La decisione della Corte e l'argomento della necessità di apprestare una soglia minima di tutela della vita umana

La prima questione che la sentenza si trova ad affrontare, e che riveste un ruolo centrale nella struttura della motivazione, riguarda la *portata del quesito*, cioè le effettive conseguenze che deriverebbero nell'ordinamento giuridico dall'esito positivo della consultazione popolare.

Il referendum perseguiva, secondo le intenzioni dei promotori, lo scopo di sviluppare i principi in materia di fine-vita affermati dalla Corte costituzionale nelle storiche decisioni del 2018 e del 2019 sull'aiuto al suicidio, relative alla vicenda della morte in Svizzera di Fabio Antoniani⁴. In tali occasioni, come noto, la Corte aveva affermato la liceità penale delle ipotesi di aiuto al suicidio, quando fossero rispettate quattro condizioni (la persona che era stata aiutata a procurarsi la morte era affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella riteneva intollerabili; la persona era tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; aveva autonomamente e liberamente assunto la decisione di porre fine alla

³ Cfr. in particolare in questo senso A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria*, cit., p. 91 s.

⁴ Ci riferiamo alla notissima sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, preceduta dall'ordinanza n. 207/2018.

propria vita; la validità del consenso e le modalità di esecuzione erano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale). Lo scopo dell’iniziativa referendaria era allora quello di estendere le condizioni di liceità dell’aiuto al suicidio alle ipotesi affini di omicidio del consenziente.

Se tali erano le intenzioni dei promotori, la sentenza ha modo di constatare come l’oggettiva formulazione del quesito avesse tuttavia esiti che andavano molto al di là dell’estensione dei principi affermati nel caso Antoniani alle ipotesi di omicidio del consenziente. Infatti, la natura meramente abrogativa prevista per il referendum nel nostro sistema costituzionale aveva ovviamente impedito la formulazione di un quesito che tenesse in considerazione i requisiti fissati dalla Corte costituzionale per l’aiuto al suicidio; mentre la proposta sottoposta agli elettori conduceva, mediante un’operazione di ritaglio del testo dell’art. 579 c.p., a ritenere punibili, con le pene previste per l’omicidio doloso, solo i casi di consenso invalidamente prestato previsti all’attuale terzo comma della norma, che sarebbe rimasto escluso dall’abrogazione referendaria⁵.

La Corte afferma allora che

«il risultato oggettivo del successo dell’iniziativa referendaria sarebbe, dunque, quello di rendere penalmente lecita l’uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l’incapacità dell’offeso o per un vizio della sua formazione. Eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l’applicabilità delle disposizioni sull’omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso dianzi indicate, il testo risultante dall’approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, *a contrario sensu*, la rilevanza penale dell’omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all’inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo»⁶.

Ricostruito correttamente, a nostro avviso, il reale *petitum* dell’iniziativa referendaria, che non dipende dalle finalità dei promotori, ma dalla concreta portata del quesito⁷, la Corte opera il passaggio concettuale che qui ci

⁵ «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».

⁶ § 3.2 del “considerato in diritto”.

⁷ *Ibidem*: «L’effetto di liceizzazione dell’omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili. (...) Come precisato, infatti, da questa Corte, sono irrilevanti in sede di giudizio di ammissibilità del referendum i propositi e gli intenti dei promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o

interessa più da vicino, quando riconduce la norma incriminatrice relativa all'omicidio del consenziente alla categoria della «*normativa costituzionalmente necessaria*»⁸. Si tratta, a nostro avviso, del passaggio più importante della motivazione, che merita di essere ricostruito in modo puntuale.

La Corte prende le mosse dal ricordare i diversi precedenti in cui, chiamata a giudicare dell'ammissibilità di un quesito referendario, la risposta era stata negativa, proprio in ragione dell'appartenenza della disciplina abroganda al novero delle leggi "costituzionalmente necessarie". Dopo la decisione del 1978, che aveva per prima introdotto tale categoria⁹, la sentenza ricorda come nel 1987 ne fosse stato precisato il contenuto, venendo enucleate

«due distinte ipotesi: innanzitutto, le leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, di modo che la loro abrogazione si tradurrebbe in lesione di quest'ultima; in secondo luogo, le leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del referendum, priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione»¹⁰.

Venendo poi a decisioni più recenti, la sentenza rammenta i principi affermati nel 2000, nella decisione che aveva negato l'ammissibilità del referendum volto ad abrogare la disciplina sul lavoro a domicilio, ove era stata precisata la differenza tra *leggi costituzionalmente necessarie* e *leggi a contenuto vincolato*¹¹, e conclude la rassegna dei propri precedenti con la decisione del 2005 che aveva negato l'ammissibilità del referendum volto ad abrogare *in toto* la legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, affermando che la natura di legge costituzionalmente necessaria può anche derivare dal fatto che la disciplina di cui è proposta l'abrogazione «coinvolg(a) una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro

dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata; né ad una richiesta referendaria abrogativa, quale è quella prevista dall'art. 75 della Costituzione, è possibile di per sé attribuire un significato ricostruttivo di una nuova e diversa disciplina. Ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti».

⁸ § 5 del "considerato in diritto".

⁹ C. cost. n. 16/1978, § 3 del "considerato in diritto": «vanno preclusi i referendum aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)».

¹⁰ C. cost. n. 27/1987, § 2 del "considerato in diritto".

¹¹ C. cost. n. 49/2000, § 3 del "considerato in diritto": «le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato. Esse, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, 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».

complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»¹².

Posta questa fondamentale premessa, relativa all'inammissibilità di quesiti volti ad abrogare leggi costituzionalmente necessarie, la Corte, richiamando le decisioni del 2018 e del 2019 già citate sopra, sottolinea il ruolo centrale che riveste nell'ordinamento il *diritto alla vita*, che rappresenta «il primo dei diritti inviolabili dell'uomo, in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri», ponendo altresì in evidenza come da esso discenda «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»¹³.

La sentenza afferma poi che la norma sull'omicidio del consenziente, come quella sull'aiuto al suicidio,

«assolve 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, o anche soltanto non sufficientemente meditate»¹⁴. Secondo la Corte, allora, «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»¹⁵.

La sentenza precisa, poi, che la norma del codice penale, pur essendo costituzionalmente necessaria, *non è però una “legge a contenuto costituzionalmente vincolato”*, in quanto ben potrebbe il legislatore prevedere una disciplina diversa, a condizione di «preservare il *livello minimo di tutela* richiesto dai referenti costituzionali»¹⁶ rilevanti nel caso di specie. I promotori del referendum, ricorda la Corte, avevano in effetti sostenuto che la disciplina che sarebbe risultata all'esito del quesito referendario (e che, come si ricorderà, corrispondeva all'attuale terzo comma dell'art. 579 c.p., per cui si applicano le pene per l'omicidio doloso se la persona che ha prestato il consenso era un minore, era infermo di mente o in condizioni di deficienza psichica, o se il consenso era stato estorto o carpito con inganno) avrebbe comunque fornito una tutela proprio in quei casi di particolare vulnerabilità, che secondo le decisioni del caso Antoniani necessitavano la predisposizione di una tutela penale. A tale argomento la sentenza tuttavia replica che

¹² C. cost., n. 45/2005, § 6 del “considerato in diritto”.

¹³ § 5.2 del “considerato in diritto”.

¹⁴ § 5.3 del “considerato in diritto”.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

«le situazioni di vulnerabilità e debolezza alle quali hanno fatto riferimento le richiamate pronunce di questa Corte non si esauriscono, in ogni caso, nella sola minore età, infermità di mente e deficienza psichica, potendo connettersi a fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici); senza considerare che l'esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione da parte di terzi a scelte autodistruttive del titolare del diritto, che possono risultare, comunque sia, non adeguatamente ponderate, va *oltre* la stessa categoria dei *soggetti vulnerabili*»¹⁷.

La conclusione a questo punto è raggiunta.

«L'approvazione della proposta referendaria – che, come rilevato, renderebbe indiscriminatamente lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito senza incorrere nei vizi indicati, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata – comporterebbe il venir meno di ogni tutela. Alla luce delle considerazioni svolte, deve quindi concludersi per la natura costituzionalmente necessaria della normativa oggetto del quesito, che, per tale motivo, è sottratta all'abrogazione referendaria, con conseguente inammissibilità del quesito stesso»¹⁸.

3. La controversa questione della sussistenza di obblighi costituzionali di incriminazione

Come abbiamo appena visto, nella decisione della Corte risulta decisiva la qualificazione della norma di cui all'art. 579 c.p. come legge costituzionalmente necessaria (anche se non vincolata), che preclude la possibilità che la sua abrogazione sia oggetto di referendum. Nessun cenno viene fatto, invece, ad un'altra categoria concettuale che rileva nel caso di specie, e che correttamente era stata invocata dai promotori del referendum, cioè la categoria degli *obblighi di incriminazione*. In effetti, la sentenza riporta come la difesa dei promotori avesse sostenuto che l'argomento della natura costituzionalmente necessaria della norma penale sull'omicidio del consenziente

«si scontrerebbe, sia con la giurisprudenza costituzionale (si citano le sentenze n. 447 del 1998, n. 411 del 1995, n. 49 del 1985 e n. 226 del 1983), sia con la più autorevole dottrina (costituzionalistica e penalistica) la quale, invece, avrebbe negato la possibilità di ricavare dal testo costituzionale degli obblighi positivi di incriminazione. Si ricorda, inoltre, come questa Corte, nella sentenza n. 447 del 1998, abbia affermato che le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, [...]; ché anzi

¹⁷ § 5.4 del “considerato in diritto”

¹⁸ § 6 del “considerato in diritto”

l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*. (...) In tale prospettiva, quindi, le riflessioni portate avanti, sia in Italia, sia in Germania, darebbero conferma dell'idea che la norma penale non possa essere strumentalmente piegata alla positiva realizzazione dei diritti fondamentali»¹⁹.

Si tratta di un argomento a nostro avviso di grande importanza, e che tuttavia la sentenza si limita a riportare senza realmente confrontarsici, posto che nel “considerato in diritto” tale argomento viene del tutto ignorato. E invece, la questione è complessa, e meritava senz'altro di essere affrontata dalla Corte. Quando invoca, per la soluzione del caso di specie, la propria giurisprudenza in tema di inammissibilità dei referendum aventi ad oggetto norme costituzionalmente necessarie, la Corte infatti non tiene conto della circostanza che la norma oggetto dell'iniziativa referendaria è una norma incriminatrice, e che dunque *affermarne la natura costituzionalmente necessaria significa inevitabilmente affermare che sussiste un obbligo costituzionale di punire* le condotte ivi previste. La sentenza semplicemente ignora tale questione, di cui invece riteniamo ora necessario delineare in estrema sintesi i contorni.

3.1. La tesi tradizionale della mancanza di obblighi impliciti di incriminazione

La nostra Costituzione contiene un solo *obbligo esplicito di incriminazione*, posto che soltanto in un'occasione i nostri Costituenti hanno specificato la necessità di “punire” determinati comportamenti. Facciamo ovviamente riferimento all'art. 13 co. 4 Cost., per cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Per lunghi decenni, in realtà, il legislatore non ha adempiuto a tale preciso dovere costituzionale, posto che il reato di tortura, che rappresenta oggi la norma (costituzionalmente necessaria) che si fa carico di adempiervi, è stato introdotto nel nostro codice penale solo nel 2017, dopo che la Corte EDU aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU (in relazione alle violenze perpetrate dalla polizia in occasione del G8 di Genova del 2001) in ragione della mancanza nel sistema interno di una norma penale che specificamente punisse le condotte accertate nel corso dei procedimenti celebrati a carico dei pubblici ufficiali responsabili delle violenze. La presenza di un testuale e preciso dovere costituzionale di incriminazione rende in questo caso pacifico che la norma di cui all'art. 613-bis c.p. sia una legge costituzionalmente necessaria, che non potrebbe essere oggetto di abrogazione, né legislativa né referendaria.

Se quello della tortura è dunque un caso facile, considerato l'esplicito tenore letterale della disposizione costituzionale, oggi assai più controversa è la

¹⁹ § 4.5 del “ritenuto in fatto”.

soluzione da adottare in relazione alla presenza di obblighi costituzionali *impliciti* di incriminazione.

Il tema emerge nel panorama nazionale con un noto articolo del 1983 di Pulitanò²⁰, che prende le mosse dall'ampio dibattito suscitato nella letteratura tedesca da una decisione in materia di aborto del 1975 della Corte costituzionale tedesca²¹, che aveva dichiarato illegittima la disciplina che consentiva a determinate condizioni l'interruzione della gravidanza, ritenendola in contrasto con l'obbligo costituzionale di tutelare penalmente la vita umana.

Il problema era d'attualità in quegli anni nel nostro Paese non solo in relazione all'aborto, ma anche rispetto alla legittimità di una recente riforma della disciplina relativa all'inquinamento idrico, che aveva largamente depenalizzato le violazioni materia, ed era stata ritenuta da una parte della giurisprudenza in contrasto con l'obbligo costituzionale di tutelare in modo adeguato la salute umana e l'ambiente²². La Corte costituzionale aveva ritenuto inammissibili o infondate le questioni miranti a fare dichiarare incostituzionale la riforma, con l'effetto di fare rivivere le sanzioni penali previste in precedenza, affermando che il rispetto del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost. le precludeva di emettere pronunce estensive dell'area della rilevanza penale, rimanendo in capo alla discrezionalità legislativa la scelta se tutelare o meno con la sanzione penale beni pure ritenuti di rilevanza costituzionale²³.

Pulitanò riconosce come la tesi della presenza di obblighi costituzionali di tutela penale miri a rendere più solido il dovere dello Stato (sociale) di preservare con azioni positive l'integrità dei beni giuridici più rilevanti, ma si mostra perplesso sulla necessità di ricavare da tale dovere di tutela un obbligo per il legislatore di ricorrere alla sanzione penale, e dunque ad uno strumento in cui si sostanzia l'essenza del potere coercitivo dell'autorità statale sull'individuo. L'autore condivide così l'argine posto dalla nostra Corte costituzionale all'adozione di pronunce *in malam partem*, che estendono cioè l'area della rilevanza penale rispetto alle decisioni assunte dal legislatore, e ritiene che il riconoscimento di obblighi costituzionali di incriminazione possa al più valere in casi limite, di "delitti dolosi di danno, lesivi di diritti fondamentali", come nel caso dell'aborto, ma sicuramente non possa essere applicato in contesti come quello della tutela dell'ambiente, in cui il ricorso

²⁰ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

²¹ Bundesverfassungsgericht, 25.2.1975. È importante ricordare che, quasi vent'anni più tardi, la Corte tedesca muterà opinione, ritenendo costituzionalmente legittima la scelta legislativa di consentire a determinate condizioni l'interruzione di gravidanza: cfr. BVerfGE, 28.6.1993.

²² Per una ricostruzione di tali vicende, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 507 ss.

²³ C. cost. n. 226/1983; 316/1983; 317/1983.

al diritto penale rientra tra le opzioni di tutela azionabili discrezionalmente dal legislatore.

Sino ai primi anni Duemila, non si registrano sviluppi significativi rispetto alle posizioni emerse tra la fine degli anni Settanta e i primi anni Ottanta del secolo scorso. Non mancano voci a favore della sussistenza di obblighi impliciti di incriminazione, specie in casi come l'aborto, ove è il bene giuridico da tutelare è la vita umana; ma la posizione assolutamente dominante in dottrina, come nella nostra giurisprudenza costituzionale, è che il rilievo costituzionale di un bene giuridico può imporre al legislatore di predisporre qualche forma di tutela, ma i limiti di tale tutela e soprattutto la scelta se ricorrere alla sanzione penale rimangono nella disponibilità del decisore politico²⁴.

3.2. La lotta all'impunità in ambito sovranazionale e la tesi della sussistenza di obblighi convenzionali e costituzionali di incriminazione

Lo scenario muta in modo significativo verso la fine dei primi anni Duemila, su impulso della giurisprudenza della Corte EDU. Sono gli anni in cui si sviluppa e si consolida l'orientamento dei giudici di Strasburgo, secondo cui il dovere per gli Stati di tutelare la vita e la dignità umana, *ex art. 2 e 3 CEDU*, si sostanzia per gli stessi in un'*obbligazione positiva* di perseguire in modo efficace in *sede penale* i responsabili delle più gravi violazioni di tali diritti fondamentali. Il percorso argomentativo che conduce a tale conclusione si è ormai stabilizzato nella giurisprudenza della Corte. Lo Stato non ha solo il dovere di astenersi da condotte direttamente lesive dei diritti fondamentali (*obblighi negativi*), ma ha anche il dovere di proteggere l'individuo da aggressioni ai propri diritti che possano provenire da terzi (*obblighi positivi*); quando poi l'aggressione concerne diritti di particolare rilievo, come la vita o la dignità della persona, questo dovere di protezione si traduce anche in un *dovere di sanzionare penalmente* gli autori della violazione, in quanto solo lo strumento penale è idoneo a garantire una tutela effettiva delle vittime, e a esercitare per il futuro una deterrenza efficace²⁵.

Nel dibattito nazionale, gli stimoli provenienti da Strasburgo hanno trovato un autorevole momento di sintesi e di sviluppo in un lavoro di Francesco Viganò del 2011²⁶. La tesi è molto chiara, e viene declinata in termini sin dal

²⁴ Per un'ampia ricognizione dei contributi in argomento, cfr. ancora G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 510 ss., e C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale – La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, cui rinviamo per ogni ulteriore riferimento bibliografico.

²⁵ Per una rassegna dell'ormai imponente numero di decisioni relative agli obblighi di tutela penale in materia soprattutto di art. 2 e art. 3 CEDU, cfr. per tutti S. ZIRULIA, *Art. 2. Diritto alla vita*, pp. 46-76 e F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, pp. 77-127 in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (curr.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

²⁶ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2645-2704.

titolo volutamente provocatori rispetto alla tradizionale ritrosia della dottrina italiana al riconoscimento di obblighi di incriminazione di natura costituzionale. L'autore prende appunto le mosse dalla giurisprudenza delle Corti internazionali dei diritti fondamentali: non solo quella della Corte EDU, citata appena sopra, ma anche quella della Corte interamericana dei diritti, che in relazione alle vicende delle vittime delle dittature degli anni Settanta e Ottanta ha provveduto direttamente ad invalidare la disciplina interna (in materia, in particolare, di amnistia) o le decisioni di assoluzione passate in giudicato, quando queste fossero espressione della volontà degli apparati statali di garantire l'impunità degli autori di atroci delitti. Constatato quindi come possa ritenersi consolidata, nella giurisprudenza internazionale in materia di diritti fondamentali, la necessità che, di fronte alle violazioni più gravi, lo Stato intervenga con *lo strumento penale* per sanzionare i responsabili, e verificato altresì come tale dovere di tutela possa avere un impatto significativo sull'operato del giudice penale (che potrebbe ad esempio eccepire l'incostituzionalità di una disciplina sulla prescrizione che conduca a mandare impuniti gravi fatti di violenza o di tortura), l'autore si confronta con gli argomenti che la dottrina del secolo scorso aveva opposto al riconoscimento di obblighi di tutela penale, e si sforza di confutarli proprio facendo ricorso ai passaggi argomentativi sviluppati dalla decisioni delle Corti dei diritti dell'uomo. Più ancora che considerazioni inerenti alla insostituibile capacità deterrente della sanzione penale, che pure non mancano nelle motivazioni delle sentenze, l'autore insiste in particolare sulla funzione *riparatoria* che può esercitare il processo e la sanzione penale, nel senso di «restituzione alla vittima – tramite il processo e la condanna dei responsabili – di quella dignità di soggetto di diritto che gli autori del crimine avevano cancellato. (...) Una riparazione di carattere *morale*, se vogliamo; ma alla quale le vittime degli attentati più brutali ai propri diritti fondamentali tengono in genere moltissimo»²⁷. La prospettiva della tutela dei diritti fondamentali delle vittime del reato risulta, insomma, la chiave di volta del ragionamento che mira a scardinare il tradizionale adagio dell'inesistenza di obblighi di incriminazione, senza che secondo Viganò tale superamento metta in discussione il principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., posto che l'intervento della Corte costituzionale sarebbe limitato solo ai casi della «manifesta irragionevolezza della scelta legislativa, che segna il punto in cui la discrezionalità giustamente riservata al potere legislativo sconfinava nell'arbitrio»²⁸.

3.3. Il panorama attuale

Non sono mancati negli ultimi anni altri importanti lavori ove è stato posto in discussione l'orientamento tradizionale dell'insussistenza di obblighi di

²⁷ F. VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2695.

²⁸ F. VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2699.

incriminazione²⁹, che rimane tuttavia ancora oggi prevalente³⁰. Le pronunce della Corte EDU hanno ormai reso indiscutibile che sussistano in capo allo Stato obblighi positivi di tutela che necessitano l'attivazione della giustizia penale, ma rimane grande diffidenza nel ricavare da tali obblighi la possibilità per la Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità di disposizioni che in qualche modo ne ostacolano l'adempimento, sulla base del convincimento, ancora quanto mai diffuso, che la scelta di ricorrere allo strumento penale debba rimanere affidata in via esclusiva alla discrezionalità politica del legislatore³¹.

Quanto poi alla giurisprudenza costituzionale, l'orientamento sulla sindacabilità delle cd. *norme penali di favore* ha in realtà chiarito come non sia da escludere che le sentenze della Corte possano produrre effetti *in malam partem*, ma i limiti entro cui tali sentenze sono ammissibili sono stati tracciati in modo estremamente ristretto dalla Corte stessa, che in nessuna occasione ha mai sinora affermato in modo esplicito la sussistenza in capo al legislatore di veri e propri obblighi di incriminazione³². In una recente decisione relativa alla disciplina delle REMS (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza) la Corte ha in verità fornito alcuni spunti in questa direzione³³, ma è proprio la sentenza in materia di omicidio del consenziente la prima in cui la tesi degli obblighi di incriminazione emerge come decisiva³⁴, benché, come visto sopra, non venga espressamente richiamata nelle motivazioni della sentenza.

²⁹ Cfr. in particolare i lavori di O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1474-1513 e S. MANACORDA, "Dovere di punire?" *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1364-1401.

³⁰ In un lavoro recentissimo, in cui ritorna sulle tematiche affrontate nel 2011, Viganò ribadisce come «la dottrina italiana ampiamente maggioritaria nega l'esistenza di obblighi di incriminazione rispetto ai beni giuridici tutelati dalla Costituzione»: F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13.3.2023.

³¹ Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Diritto penale*, cit. p. 10: «La dottrina italiana si è espressa, sinora, in termini assai cauti nei confronti di simili prospettive, nel timore che possano assecondare una spinta al generale inasprimento delle sanzioni e ad una incontrollata espansione dell'area del penalmente rilevante, sottraendo la valutazione sull'*an* e sul *quantum* della pena al legislatore, al quale spetterebbe invece il monopolio esclusivo delle scelte di incriminazione».

³² Per quanto riguarda gli stretti confini delle norme penali di favore, cfr. C. cost., n. 394/2006; per una ricognizione delle ipotesi di efficacia *in malam partem* delle sentenze della Corte costituzionale, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2022, p. 72 ss.

³³ C. Cost. 22/2022 (estensore F. VIGANÒ): «il diffuso e significativo ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti comporta un *difetto di tutela effettiva dei diritti fondamentali* delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche, e già autore spesso di gravi o gravissimi fatti di reato, potrebbe nuovamente realizzare, e che l'ordinamento ha il *dovere di prevenire*» (§ 5.4 del *Considerato in diritto*).

³⁴ In F. VIGANÒ, *Diritto penale*, nota 29, l'autore cita proprio tali recenti decisioni come le prime in cui la Corte ha «affermato l'esistenza di un dovere in capo all'ordinamento di tutelare i diritti inviolabili della persona anche nei rapporti interprivati, (...) dovere che in taluni casi specifici, potrebbe ritenersi richiedere necessariamente l'adozione di strumenti di natura penale, onde garantire un'efficace protezione del bene medesimo».

3.4. La peculiarità del giudizio di ammissibilità del referendum in cui si è posta la questione degli obblighi di incriminazione

Il quadro appena descritto mostra come la sentenza sull'ammissibilità del referendum sulla parziale abolizione dell'omicidio del consenziente ponga all'attenzione dell'interprete una questione davvero di grande importanza nel delineare il volto del giudizio di costituzionalità in materia penale, e che invece è rimasta sotto-traccia nel dibattito in ordine a tale decisione: è il tema, cui questo articolo è dedicato, se esistano per il legislatore *obblighi di tutela penale* (ulteriori rispetto quello esplicitato in tema di tortura dall'art. 13 co. 4 Cost.), la cui violazione può legittimare l'intervento *in malam partem* della Corte costituzionale a tutela dei beni giuridici coinvolti.

Si tratta di una questione che, benché assolutamente centrale per la decisione della questione, la motivazione della sentenza ha deciso di non affrontare, nonostante il chiaro richiamo operato dai legali del comitato referendario. La circostanza che il giudizio avesse ad oggetto non la legittimità di una legge di parziale abrogazione dell'omicidio del consenziente, ma l'ammissibilità di un referendum che avrebbe ottenuto tale risultato, ha consentito alla Corte di risolvere la questione facendo riferimento alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie, che non possono essere oggetto di abrogazione referendaria. Il giudizio di inammissibilità è stato però pronunciato senza prendere in considerazione che la norma di legge, di cui veniva così preclusa la possibile abrogazione, era una *norma incriminatrice*, e quindi la decisione di impedirne la sottoposizione a referendum aveva l'oggettivo significato di individuare un preciso *obbligo di incriminazione*, costituzionalmente rilevante al punto da impedire che la questione venisse rimessa alla volontà popolare.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale (cui la sentenza espressamente si richiama) è univoca nel dichiarare che il giudizio di ammissibilità del referendum non equivale ad un giudizio sulla costituzionalità della disciplina che risulterebbe applicabile in caso di successo dell'iniziativa referendaria (cd. disciplina di risulta). In teoria, si tratta di un giudizio a maglie più larghe del giudizio incidentale di costituzionalità. La Corte dovrebbe limitarsi a valutare che non sussista un requisito di inammissibilità del referendum (come, nel caso di specie, quello della natura costituzionalmente necessaria della disciplina di cui si chiede l'abrogazione), senza scrutinare la legittimità costituzionale della disciplina di risulta, che potrà eventualmente venire sottoposta al suo vaglio con eccezione di costituzionalità dal giudice chiamato a darne applicazione. Nel nostro ordinamento costituzionale, non esiste l'istituto del vaglio preventivo di costituzionalità ad opera dei giudici delle leggi; e il giudizio sull'ammissibilità del referendum non può costituire l'occasione per introdurlo in modo surrettizio, snaturando la natura

strutturalmente incidentale del vaglio di costituzionalità delineato nel nostro modello costituzionale³⁵.

Ma lasciamo ora da parte ogni valutazione in ordine alla natura del giudizio di legittimità sul referendum, e torniamo al tema che ci interessa, provando a “sganciare” la tematica degli obblighi di incriminazione dalla problematica relativa alle peculiarità della procedura referendaria. Ipotizziamo allora che in futuro sia il legislatore ad approvare una norma come quella che sarebbe derivata dall’esito positivo della consultazione popolare. Se già in sede di ammissibilità del referendum la Corte ha affermato che la normativa di risulta non avrebbe garantito una tutela sufficiente della vita umana, allo stesso esito dovrebbe giungere anche qualora un giudice le sottoponesse il quesito relativo alla legittimità costituzionale di una (ipotetica) riforma legislativa che avesse delineato l’omicidio del consenziente nei termini della normativa di risulta referendaria.

Certo, come abbiamo appena visto la giurisprudenza della Corte nega che il giudizio sull’ammissibilità del referendum contenga un giudizio sulla costituzionalità della normativa di risulta, e dunque la Corte potrebbe in futuro ritenere legittima l’eventuale abrogazione parziale dell’omicidio del consenziente anche negli stessi termini del quesito referendario, senza per questo entrare almeno formalmente in contrasto con la decisione qui in commento. Sarebbe tuttavia curioso che in sede di ammissibilità referendaria si affermi che la tutela della vita si oppone all’abrogazione parziale dell’omicidio del consenziente, e in un giudizio incidentale di costituzionalità si giungesse a conclusioni opposte, quando la struttura dei due giudizi (meno stringente il primo, più penetrante il secondo) imporrebbe *a fortiori* di pervenire alla conclusione raggiunta in relazione al quesito referendario.

In realtà, proprio la peculiarità del giudizio referendario in cui il problema si è collocato ha permesso alla Corte, come visto sopra, di evitare il confronto con la propria giurisprudenza in materia di obblighi di incriminazione, ed ha anche impedito che venisse avvertita dagli interpreti la portata innovativa della decisione. Se immaginiamo però la situazione della dichiarazione di incostituzionalità di una legge che riproponga il contenuto della disciplina di risulta (situazione che sarebbe identica dal punto di vista valoriale della tutela della vita, e diversa solo per il giudizio in cui si colloca), il carattere di novità della decisione apparire evidente. La Corte costituzionale afferma che la tutela del valore costituzionalmente rilevante della vita umana impone di mantenere un presidio penale più ampio di quello che sarebbe derivato dalla parziale abrogazione dell’art. 579 c.p.: in modo indiretto, però anche in sostanza in modo molto chiaro, la Corte afferma che esistono degli *obblighi*

³⁵ Per una critica alla sentenza su questo specifico punto, cfr. A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria*, cit., p. 94: «Il problema di fondo sta nello sconfinamento del controllo di ammissibilità nel sindacato di costituzionalità della normativa di risulta: sia pure nelle forme di una valutazione liminare e non di uno scrutinio pieno e approfondito, si tratterebbe di un esito inevitabile mascherato a fatica nella giurisprudenza referendaria»; nello stesso senso anche A. RUGGERI, *Autodeterminazione*, cit., p. 476.

positivi di incriminazione costituzionalmente rilevanti, che limitano la possibilità per il legislatore (ordinario o referendario: la distinzione non dovrebbe essere decisiva) di rinunciare alla sanzione penale rispetto a determinate condotte.

3.5. Dalla lotta all'impunità alla tutela dei beni giuridici: le complesse implicazioni della teoria degli obblighi costituzionali di incriminazione

Lo scenario che si delinea – qualora tale conclusione si consolidasse nella giurisprudenza costituzionale, anche al di fuori del ristretto ambito del giudizio referendario – merita un'attenta riflessione, che in questa sede non abbiamo lo spazio per svolgere, e di cui ci limiteremo a schizzare solo le linee essenziali.

La prima constatazione è che il tradizionale adagio dell'assenza di obblighi di incriminazione non è più ormai così solido: non lo è nel dibattito dottrinale, ove ha lasciato un segno il *seminal article* di Viganò del 2011; e non lo è più nemmeno nella giurisprudenza costituzionale, che dopo le decise prese di posizione della fine del secolo scorso *contro* la sussistenza di un tale genere di obblighi oggi appare decisamente più aperta alla possibilità di un loro riconoscimento.

Una fortissima spinta in questa direzione viene dalla giurisprudenza della Corte EDU (oltre che dalla giurisprudenza della Corte interamericana, vera apripista in materia): una tutela effettiva dei diritti fondamentali passa anche dal riconoscimento di un obbligo per lo Stato di accertare in sede penale le responsabilità degli autori delle violazioni più gravi. L'argomento della lotta all'impunità degli autori di fatti gravissimi è inscindibilmente legato a quello della tutela dei diritti fondamentali della persona, che caratterizza la giurisdizione internazionale. Il tema degli obblighi positivi di incriminazione è sorto in procedimenti ove la vittima di un grave delitto lamentava la violazione del dovere dello Stato di tutelare il diritto leso dal reato, anche mediante l'individuazione e la punizione dei responsabili; e la presenza di vittime in carne ed ossa, che chiedono giustizia e verità, ha un impatto emotivo e valoriale che risulta decisivo nel giustificare l'obbligo per lo Stato di usare lo strumento penale.

La spinta all'affermazione di obblighi di incriminazione nasce quindi dalla necessità etica e giuridica di non lasciare prive di tutela le vittime dei reati più gravi, ma proprio la decisione sull'omicidio del consenziente mostra come il tema degli obblighi di incriminazione rilevi anche in contesti, come quello del fine-vita, che nulla hanno a che vedere con le ipotesi ove la Corte EDU ha affermato la presenza per lo Stato di obblighi di incriminazione. La materia evoca piuttosto la storica decisione della Corte costituzionale tedesca degli anni Settanta del secolo scorso in materia di aborto, cui già si è fatto cenno sopra, dove l'affermazione di un obbligo costituzionale per il legislatore di tutelare la vita del feto aveva condotto a dichiarare illegittima la legge con cui erano state depenalizzate alcune ipotesi di interruzione di gravidanza. Nel

caso degli anni Settanta eravamo in materia di aborto, la decisione qui in commento si occupa di fine-vita: due tematiche eticamente controverse, rispetto alle quali l'invocare l'obbligo di incriminazione serve in entrambe le situazioni alla Corte costituzionale per contrastare una scelta normativa che andava nel senso della valorizzazione del diritto all'autodeterminazione, attraverso la depenalizzazione di condotte poste a tutela del bene-vita.

Ci pare evidente la differenza tra tali situazioni e quelle decise dalle Corti internazionali, e richiamate dalla dottrina per sostenere la necessità di obblighi di incriminazione. Mentre nei casi decisi dalla Corte EDU ci troviamo di fronte a vittime di crimini atroci che chiedono giustizia, nei casi dell'aborto o dell'omicidio del consenziente la finalità delle Corti è piuttosto quella di tutelare il bene giuridico della vita, anche contro la volontà del titolare di tale bene. Non si tratta, qui, di lottare contro l'impunità, o di garantire alle vittime la dignità del riconoscerle come tali, ma si tratta invece di sostenere la necessità di tutelare con la sanzione penale un certo bene giuridico, anche se non vi è alcuna vittima che invoca tutela. È ovvio poi che anche in tali situazioni vi siano sullo sfondo della decisione delle potenziali vittime da tutelare (i feti non nati, o i soggetti vulnerabili cui si riferisce la Corte nella decisione sull'omicidio del consenziente), ma si tratta appunto di vittime soltanto potenziali, e che in molti casi neppure si riconoscerebbero come tali, e che servono alle Corti per evitare di riconoscere in modo esplicito che ciò che si vuole tutelare è una certa visione etica delle tematiche del fine-vita, più che il diritto fondamentale di un soggetto in carne ed ossa.

Con la sentenza sull'omicidio del consenziente, la tematica degli obblighi di incriminazione ha insomma fatto ritorno al contesto delle scelte eticamente sensibili e della tutela dei beni giuridici, da cui la questione aveva preso le mosse quasi mezzo secolo fa. Affermare la sussistenza di tali obblighi non significa, allora, soltanto lottare contro l'impunità e a tutela delle vittime dei crimini più odiosi, ma può significare altresì attribuire alle Corti (costituzionali) il potere di sindacare le scelte legislative di depenalizzazione su questioni controverse, ben diverse da quelle in cui la tematica degli obblighi di incriminazione è sorta in ambito internazionale. Il gioco dei ricorsi storici ci riporta alle discussioni passate, quando la tematica degli obblighi di incriminazione era guardata con grande diffidenza, proprio in ragione dell'uso che la Corte costituzionale tedesca ne aveva fatto nel caso dell'aborto; ora la sentenza sull'omicidio del consenziente giunge a ricordarci che non si tratta di problemi del passato, ma di questioni che in ogni momento possono tornare d'attualità, e sulle quali è quanto mai necessaria una rinnovata e approfondita riflessione della dottrina, che sia in grado di affrontare la questione in tutta la sua complessità.

Proprio il richiamo al dibattito di cinquant'anni fa, infatti, consente di fare riemergere all'attenzione una serie di problemi, che erano invece stati messi in ombra dalla collocazione della questione degli obblighi di incriminazione solo nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali delle vittime. Una

volta che si riconosca la sussistenza di obblighi di incriminazione, questi sono relativi solo al bene-vita, o riguardano anche altri beni giuridici di rilievo costituzionale? Negli anni Settanta, come visto sopra, il problema si era posto in tema di inquinamento idrico e di tutela penale dell'ambiente, ed oggi potrebbe porsi con ancora più forza, dato che l'ambiente ha trovato espresso riconoscimento costituzionale: se il legislatore decidesse di abrogare alcune delle fattispecie in materia di diritto penale ambientale, potrebbe essergli opposto il dovere di intervenire penalmente a tutela di tale interesse? E oltre all'ambiente, quali sono i beni giuridici per la cui tutela sarebbe costituzionalmente obbligatorio l'intervento penalistico? Tutti i beni giuridici costituzionalmente rilevanti? O solo alcuni? E scelti sulla base di quali criteri?

L'altra, delicatissima questione da affrontare, una volta si sia risposto positivamente alla domanda in ordine alla sussistenza di tali obblighi, riguarda la fissazione del livello minimo di tutela penale che il legislatore deve garantire al bene giuridico in questione. Il caso dell'omicidio del consenziente al riguardo è esemplare. La proposta referendaria non mirava ad abrogare *tout court* tale figura di reato, ma a limitarla alle ipotesi di consenso invalido di cui all'attuale art. 579 co.3: non si proponeva quindi di lasciare priva di tutela la vita nelle ipotesi di consenso alla causazione della morte, ma di predisporre una tutela meno ampia di quella attuale. La Corte costituzionale ha ritenuto che il livello di tutela della vita, che sarebbe stato garantito in caso di successo dell'iniziativa referendaria, si sarebbe posto al di sotto di quella soglia minima di tutela, che il legislatore è costituzionalmente tenuto a garantire. Ma come si stabilisce questa soglia? Se la sua determinazione è integralmente rimessa alla valutazione della Corte costituzionale, non si perviene a limitare in modo eccessivo la discrezionalità legislativa, impedendo di fatto la scelta di non fare ricorso allo strumento penale in situazioni ove la sua necessità è quanto mai controversa e discutibile alla luce delle premesse etiche e valoriali che si intendano adottare?

Insomma, una volta inserita in contesti diversi da quelli oggetto di interesse da parte delle corti sovranazionali, la questione degli obblighi di incriminazione riappare in tutta la problematicità che ne aveva caratterizzato l'emergere cinquant'anni fa, riproponendo all'attenzione dell'interprete una serie di difficili domande, che la giurisprudenza internazionale e la dottrina che da questa ha tratto ispirazione non hanno avuto modo di affrontare in modo risolutivo.

4. Conclusioni

La decisione della Corte costituzionale di dichiarare inammissibile il referendum che proponeva la parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., in quanto la cd. normativa di risulta non avrebbe garantito un sufficiente livello di tutela del bene giuridico della vita umana, pone all'attenzione dell'interprete il tema della sussistenza per il legislatore di obblighi costituzionali di incriminazione.

La sentenza della Corte, in verità, non affronta espressamente tale problematica, posto che le peculiarità del giudizio referendario le consentono di adottare una diversa strategia argomentativa, ma la logica della decisione è chiaramente quella di ritenere sussistente un livello costituzionalmente necessario di tutela penale della vita umana, che preclude al legislatore di restringere oltre una certa soglia la punibilità dell'omicidio del consenziente.

Se dunque negli ultimi anni la sussistenza di obblighi di tutela penale era stata argomentata sulla spinta degli impulsi provenienti dalla Corte EDU, in situazioni dove lo strumento penale si rivelava necessario per tutelare in modo effettivo le ipotesi più gravi ed odiose di violazione dei diritti fondamentali della vittima, ora essa viene posta a fondamento di una decisione che pone dei limiti alla discrezionalità legislativa in una materia eticamente sensibile come quella del fine-vita.

Si tratta solo di una decisione in tema di ammissibilità di un referendum, che non affronta il tema con l'approfondimento proprio delle pronunce rese in giudizi incidentali di costituzionalità, e vedremo in futuro se la tesi della sussistenza di obblighi di incriminazione avrà modo di essere affrontata *ex professo* dalla Corte. Certamente, la questione merita di essere oggetto di riflessione da parte della dottrina, nella prospettiva di una rinnovata attenzione al tema anche al di fuori dei contesti in cui esso è stato affrontato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.