

Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*

di Marilisa D’Amico – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Milano

ABSTRACT: The paper is dedicated to the Constitutional Court’s Judgement No. 242 of 2019 on the constitutional illegitimacy of a provision of the Italian criminal code on assisted suicide, related to the so-called “Cappato case”. The Author highlights the procedural implications and the impact of the judgment on the constitutional principle of legality in criminal law. Several are the criticisms inherent in the conditions set out by the Constitutional Court in its judgement. In particular, it seems to emerge the urge that the constitutional process activates evidence-gathering process on its own motion especially in cases where science plays a central role.

SOMMARIO: 1. Una decisione “storica” per il controverso cammino dei diritti fondamentali in Italia. – 2. Una questione e un *thema decidendum* riscritti dalla Corte costituzionale. – 3. Tecnica dell’accertamento dell’incostituzionalità con rinvio: analisi. – 4. Dispositivo complesso e problematiche sul principio di legalità. – 5. Lo spazio concreto all’autodeterminazione del malato, alla luce dei “paletti” introdotti dalla Corte. – 6. Un diritto subordinato alle “coscienze”? – 7. Il “posto” della scienza nel processo costituzionale.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista. Il contributo si colloca nell’ambito del forum sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019 in merito al cosiddetto “caso Cappato”.

1. Una decisione “storica” per il controverso cammino dei diritti fondamentali in Italia

Una decisione “storica” si sente ripetere in tanti commenti e note alla pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha definito il c.d. “caso Cappato”, dichiarando l’incostituzionalità parziale dell’art. 580 c.p. con un complesso dispositivo che analizzeremo a breve.

Sono numerosi i profili che spingono a sottolineare l’importanza di questa sentenza e coinvolgono aspetti diversi: non solo e non tanto l’accoglimento della questione in sé, ma il procedimento con cui la Corte vi giunge, le sue ricadute sul principio di legalità penale e, soprattutto, le sue incertezze rispetto alla definizione della sfera di autonomia nella scelta finale del malato.

Cercherò di analizzarli tutti, partendo però da una considerazione più generale.

Il “Caso Cappato” è l’ultima tappa di una trama complessa, che caratterizza la situazione italiana, dove da tanti anni la politica e, in particolare, le istituzioni rappresentative sono indietro, facendo emergere, sulla spinta dei bisogni delle persone, un protagonismo dei giudici, comuni e costituzionali. Tutti aspetti naturali a uno Stato costituzionale, ma entro certi limiti. In Italia, spesso, si assiste non a un coordinamento fra i diversi poteri, ma a un latente conflitto, una insanabile distanza.

La possibilità che i diritti dei cittadini siano garantiti alla luce della Costituzione non solo dal Legislatore e quindi dalle scelte politiche, ma anche dai giudici, è sicuramente una conquista dello Stato costituzionale, ma l’assenza della politica o la sua distanza rispetto alle esigenze dei cittadini e delle persone, alla lunga, crea una situazione pericolosa per lo stesso Stato costituzionale, come abbiamo in altre sedi rilevato¹.

Occorre anche sottolineare che la storia dei diritti fondamentali in Italia si affolla di casi concreti e di persone fisiche: Mina e Piergiorgio Welby, Eluana e Beppino Englaro, Marco Cappato e DJ Fabo: persone, casi, che sfidano la politica. E questo è sicuramente una caratteristica che riguarda oggi qualsiasi analisi che possiamo fare sui diritti fondamentali: la necessità che ci siano persone coraggiose che si mettano in primo piano, che attivino i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali predisposti dal nostro ordinamento nelle aule di giustizia fino ad arrivare al Giudice

¹ Si vedano le più ampie riflessioni svolte in M. D’Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016.

costituzionale: pensiamo anche alla lunga vicenda giudiziaria della legge 40 del 2004, in materia di fecondazione assistita, dove le iniziative delle coppie infertili hanno consentito un cambiamento radicale di una legge così distante dai cittadini e dal progresso scientifico². Sotto questo profilo, la situazione è molto diversa da quella che ha condotto alle conquiste dei diritti civili avvenuta negli anni settanta e ottanta, dove certo erano state le persone e i cambiamenti sociali a premere e ad evidenziare i bisogni reali (pensiamo alla legge sul divorzio o a quella sull'aborto, oppure anche allo statuto dei lavoratori), ma si trattava di gruppi di cittadini, di movimenti popolari, più che di battaglie giudiziarie isolate, che hanno trovato un diretto (e forse anche più corretto) destinatario nel Parlamento.

Anche questo caso rientra in una di quelle “azioni strategiche” utilizzate sempre più spesso di fronte al silenzio e alla perdurante inerzia del Legislatore, e tale origine spiega alcune particolarità processuali. L'esito finale, non scontato, dal momento che la Corte costituzionale ha interrogato prima di tutto il Legislatore, costituisce un'ulteriore conferma, se mai ve ne fosse stato ancora bisogno, della necessità di strategie giudiziarie che accompagnino o sostituiscano battaglie politiche vere e proprie. Con tutti i rischi per l'equilibrio fra i poteri e per la possibile strumentalizzazione del “ricorso al giudice” che queste azioni portano inevitabilmente con sé³.

2. Una questione e un *thema decidendum* riscritti dalla Corte costituzionale

Il primo profilo che occorre sottolineare, nella complessa vicenda, è quello processuale, che tocca, innanzitutto, l'oggetto del giudizio, come impostato nell'ordinanza di rimessione, e i parametri invocati dal giudice *a quo*.

² In argomento, si veda B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.

³ Sulle azioni strategiche, cfr.: M. Caielli, *Il public interest law movement italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri*, in (a cura di A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, FrancoAngeli, Milano, 2017, 108-117, la quale tratta dell'attività lobbistica dinanzi alle corti e dell'attivismo forense cui deve essere imputata la responsabilità dello squilibrio nel rapporto tra politica e giurisdizione; nella letteratura internazionale, particolarmente interessante è il saggio di S. B. Goldberg, *Multidimensional Advocacy as Applied: Marriage Equality and Reproductive Rights*, 29 Colum. J. Gender & L. 1 (2015).

Nell'ordinanza n. 207, il Giudice costituzionale riscrive completamente l'ordinanza di rimessione, modifica in modo radicale la richiesta del giudice *a quo* e la sua valutazione dei principi costituzionali coinvolti⁴.

La richiesta della Corte di Assise di Milano era quella di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte che riguardava l'aiuto al suicidio, in tutti quei casi, come quello oggetto del giudizio *a quo*, nei quali la persona stesse esercitando il proprio diritto costituzionale di autodeterminazione, tutelato dall'art. 2 Cost. e, al tempo stesso, di valutare la sproporzione della pena rispetto alla fattispecie dell'aiuto al suicidio. Nell'ord. n. 207 del 2018, la Corte reimposta completamente la questione, rivitalizza l'art. 580 c.p. ritenendo che sia in ogni caso necessaria una tutela penale a garanzia delle persone fragili, depresse, anziane, anche malate, e invece costruisce l'incostituzionalità come una esimente della norma penale in limitatissimi casi, nei quali si accertino le quattro condizioni presenti nel caso concreto. In particolare, occorre che la persona che chiede l'aiuto al suicidio sia "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".

Al tempo stesso la Corte introduce il parametro che più di tutti si adatta ai profili di incostituzionalità rilevati, e cioè l'art. 32 Cost., che il giudice *a quo* aveva ommesso di indicare nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione e che era rinvenibile da un'interpretazione complessiva della stessa. Beninteso, la Corte ha fatto anche in altre occasioni operazioni di questo tipo, risistemando il senso della richiesta e della valutazione oggetto del proprio giudizio, soprattutto quando si tratta di decisioni su temi importanti per la vita dei cittadini. Tuttavia in casi simili, è stato sottolineato il grado di libertà che il Giudice costituzionale assume rispetto al proprio processo e in generale al sistema incidentale⁵.

⁴ Cfr. M. D'Amico, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2019, 2-4.

⁵ Cfr. E. Catelani, *L'ordinanza di rimessione del giudice a quo nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Foro it.*, 1997, 202 ss. e ID, *Il ruolo del giudice a quo e dell'ordinanza di rimessione nella determinazione del contraddittorio nel giudizio incidentale*, in V. Angiolini (a cura di) *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998, 115 ss. Sul problema collegato anche all'utilizzazione degli atti contenuti nel fascicolo del giudizio *a quo* da parte della Corte costituzionale si veda B. Liberali, *"Lettura non consentita" o "mera conferma": quale ruolo per il fascicolo del giudizio a quo davanti alla Corte costituzionale?* in www.gruppodipisa.it, 2018, I.

La nuova prospettazione della questione viene ad essere confermata in modo lampante nella sent. n. 242 del 2019, dove la Corte costituzionale dichiara parzialmente incostituzionale l'art. 580 c.p. per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., ritenendo assorbito il profilo di cui all'art. 117, comma 1, Cost.

Da aggiungere poi che la motivazione della pronuncia è basata soprattutto sul diritto costituzionale alla salute e sulla libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, sancita dalla Costituzione circa la possibilità di rifiutare o meno le cure.

3. Tecnica dell'accertamento dell'incostituzionalità con rinvio: analisi

La vera novità processuale, sottolineata dalla dottrina, è però costituita dalla scelta del Giudice costituzionale di non dichiarare immediatamente, con una pronuncia manipolativa, l'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p., bensì di rinviare, con ordinanza, utilizzando i poteri interni al processo, la dichiarazione dell'incostituzionalità in ogni caso accertata, chiedendo al Legislatore, in prima battuta, di intervenire nella complessa materia, largamente discrezionale. Tale tecnica, che la Corte sperimenta nell'ord. n. 207 del 2018 e porta a completamento con la pronuncia n. 242 del 2019, risulta non solo “nuova”⁶, ma particolarmente importante per un Giudice costituzionale come il nostro, che spesso ha dovuto rinunciare a decidere, a causa della discrezionalità legislativa, ma i cui moniti al Legislatore sono stati quasi sempre disattesi, tanto che spesso la Corte è tornata una seconda volta sulla stessa questione, dichiarando infine l'incostituzionalità.

In molti casi, infatti, il Giudice costituzionale, di fronte all'inerzia legislativa, e nonostante i suoi numerosi appelli, è stato costretto a dichiarare l'illegittimità costituzionale. Si tratta però di vicende

⁶ Cfr. N. Fiano, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, I, 577 ss. La tecnica decisionale rappresentata dall'ord. n. 207 del 2018 è stata oggetto di riflessioni in occasione del Seminario di Quaderni costituzionali 2019: si veda, tra gli altri, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2019; ancora, si veda P. Carnevale, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2019. Sul tema si rinvia anche alle relazioni di P. Carnevale, F. Biondi, M. Cecchetti, B. Pezzini e O. Chessa, svolte in occasione del Convegno organizzato dall'Associazione Luca Coscioni “Libertà fondamentali alla fine della vita” tenutosi il 17 luglio 2019 presso la Camera dei Deputati.

che durano anni perché, come è noto, a causa delle strettoie del giudizio costituzionale incidentale, le questioni necessitano di tempi lunghi e di nuovi giudizi dove vengano sollevate⁷.

In casi analoghi, dagli anni cinquanta, il Tribunale costituzionale tedesco adotta le *Unvereinbarkeitserklärungen*, che presentano molte varianti, come ho altrove analizzato⁸. Si tratta di decisioni in cui il BVerfG accerta l'incostituzionalità, ma non la dichiara, oppure la dichiara ma ne sospende gli effetti, dando un termine al Legislatore, con indicazioni sul modo in cui intervenire. Questa tecnica ha creato un collegamento virtuoso fra Legislatore e Giudice costituzionale, in uno Stato costituzionale dove quel che preme è che i diritti costituzionali siano garantiti al massimo e che le situazioni di incostituzionalità vengano rilevate e ad esse si ponga rimedio al più presto⁹.

Così la Corte costituzionale decide con l'ord. n. 207 del 2018 di accertare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p., rinviando l'udienza di quasi un anno e nel frattempo chiedendo al Legislatore di intervenire, riconoscendo la discrezionalità insita nella complessa materia portata alla sua attenzione e dando precise indicazioni di principio e di metodo.

All'indomani della prima decisione, in dottrina, tuttavia, non tutti erano convinti che la tecnica fosse davvero nuova e che, nel caso di mancato intervento del Legislatore, la Corte fosse tenuta a dichiarare l'incostituzionalità nei termini già accertati, ma non definitivamente dichiarati nella prima pronuncia. Si ipotizzavano infatti le soluzioni più disparate sulla conclusione del caso, soluzioni che affollavano convegni e riflessioni scritte man mano che si avvicinava l'udienza del 24 settembre 2019 nel silenzio assordante del Parlamento¹⁰.

⁷ Si prenda, ad esempio, la lunga vicenda del cognome materno, ove la sent. n. 286 del 2016 è intervenuta a seguito dell'adozione da parte della Corte costituzionale di una primissima pronuncia in tema di automatica attribuzione del cognome paterno, ossia l'ord. n. 176 del 1988, seguita dall'ord. n. 586 del 1988 e dalla sent. n. 61 del 2006. Con la sent. n. 286 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che non consentivano ai coniugi di comune accordo di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

⁸ Cfr. M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'Amico - F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 39 e ss.

⁹ Sulla *ratio* della tipologia decisionale in questione si veda K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2018, 320-322; cfr. anche S. Kreuzberger, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Peter Lang, 2007; H. Bethge, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in DVBl, 2007, 917-925; ancora, sulla finalità dell'invenzione delle *Unvereinbarkeitserklärungen* si veda H. Heußner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitserklärung*, NJW, 1982, 258, e, *amplius*, M. Kleuker, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, 30-31.

¹⁰ Hanno indagato le problematicità dell'ordinanza in questione, fra gli altri, A. Ruggeri, *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; R. Romboli, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; G. Brunelli, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; F. Dal Canto,

La decisione n. 242, quindi, ha finalmente sciolto i dubbi, dal momento che la Corte accoglie la questione e l'accoglie in base al perimetro già tracciato nell'ord. n. 207 alla quale si richiama puntigliosamente. Tuttavia, in Germania, la tecnica si fonda sulla certezza di una risposta del Legislatore, che c'è sempre stata e nei tempi previsti, tranne rarissimi casi, giustamente stigmatizzati dalla dottrina; nel nostro giudizio costituzionale, invece, l'accertamento della prima pronuncia "interlocutoria", la successiva mancata reazione del Legislatore e la dovuta e definitiva dichiarazione di incostituzionalità sollevano vari interrogativi.

In particolare, ci si chiede che relazione ci sia fra la prima e la seconda pronuncia: esse non sembrano infatti del tutto sovrapponibili. Al contrario, vi sono numerose distinzioni fra le due soluzioni, sia nel dispositivo che nella motivazione.

Rimane identica la struttura di tutte le condizioni accertate ed evidenziate nell'ord. n. 207, che ritroviamo sia nella motivazione che nel dispositivo, ma la Corte è costretta a fare direttamente ciò che aveva chiesto al Legislatore, introducendo vari elementi procedurali, che se da un lato completano, dall'altro complicano il quadro accertato: ci si riferisce in particolare al richiamo alla procedura di cui alla legge n. 219 del 2017, a quella di cui alla legge n. 38 del 2010, alla necessità dell'accertamento delle condizioni del paziente da parte di una struttura del servizio pubblico nazionale, e, soprattutto, alla necessità che intervengano preventivamente i comitati etici territoriali.

Nella seconda decisione scompare il riferimento alla dignità del malato, laddove nella prima si trattava di un elemento importante e ripetuto per costruire il perimetro della libertà di scelta del malato che versasse nelle condizioni di DJ Fabo.

Nella seconda decisione, inoltre, viene introdotto anche un riferimento alla libertà di coscienza del medico, che potrebbe rifiutarsi, quando vuole, di eseguire la volontà del malato, riconoscimento, questo, che si comprende soltanto in un'ottica parzialmente diversa da quella riconosciuta nell'ord. n. 207.

Alcuni allora ipotizzano che la seconda decisione debba comunque fare corpo con la prima e che ciò che non è più contenuto nella seconda dovrebbe ricavarsi in via interpretativa¹¹.

Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale, in www.forumcostituzionale.it, 2019; J. Luther, *Corte "incappata"?* in www.forumcostituzionale.it, 2019 e E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, III, 531 ss.

¹¹ Così I. Pellizzone, *Relazione tenuta al Seminario permanente di Diritto costituzionale e Filosofia del Diritto, Il fine vita*, Università degli Studi di Milano, 4 dicembre 2019, in corso di pubblicazione. *Contra*, ma in senso aderente

Nonostante l'apprezzabile tentativo di leggere in modo più aderente alla richiesta iniziale del giudice *a quo* in ordine al principio costituzionale di autodeterminazione, io non credo che sia ipotizzabile questa linea interpretativa per la semplice ragione che la decisione finale, dove dispositivo e motivazione fanno corpo è la seconda e solo nella seconda la Corte si rivolge a tutto l'ordinamento con una pronuncia ad efficacia generale, mentre nella prima la motivazione era rivolta unicamente al Legislatore.

Introdurre l'idea che la prima e la seconda pronuncia siano un tutt'uno servirebbe sicuramente ad ammorbidire le scelte della seconda, ma, a mio parere, potrebbe costituire un ulteriore elemento di confusione rispetto a una decisione che, manipolando un precetto penale, appare già altamente problematica nel rispetto del principio di determinatezza o di precisione, come vedremo ora.

4. Dispositivo complesso e problematiche sul principio di legalità

La pronuncia della Corte si presenta molto complessa, sia nel dispositivo, sia nella parte motivazionale, e questa caratteristica deve farci riflettere per il suo impatto, sul principio di legalità in materia penale, in particolare per ciò che attiene al principio di determinatezza o, come alcuni autori preferiscono, di precisione del precetto penale.

È noto come la Corte costituzionale sia sempre stata restia a emanare decisioni manipolative in materia penale, alla luce del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost., che sottintende la convinzione che non esistano, in linea di principio "obblighi costituzionali di tutela penale"¹² e che le scelte di penalizzazione debbano essere sempre rimesse alla sfera discrezionale del Legislatore, quale potere rappresentativo, il solo in grado di essere legittimato a incidere sulla sfera più profonda dei diritti della persona¹³.

alla tesi sostenuta oltre nel testo, pare porsi C. Tripodina, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2019, II, 7 ss.

¹² Sul punto cfr. D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, II, 484 ss.; sul problema, si veda la completa analisi contenuta in V. Manes - V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹³ Cfr. I. Pellizzone, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, Milano, 2015, 47 ss., e, volendo, M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, IV. Nota come la specialità del sindacato di costituzionalità in materia penale abbia ceduto ancora il passo dinanzi al principio di effettività della tutela costituzionale in modo progressivo, sino al

È noto anche che le decisioni manipolative ammesse dalla Corte, molto rare all'inizio della sua giurisprudenza, anche alla luce delle reazioni dei giudici *a quibus*, e successivamente più numerose, siano sempre e comunque in “bonam partem” ed è anche noto che in dottrina numerosi sono stati gli interventi critici rispetto a decisioni dove il Giudice costituzionale interviene su fattispecie penali, anche in relazione alla determinazione della pena¹⁴. Tuttavia, la mancata riforma del codice Rocco, che costringe il nostro ordinamento ad adattare norme di un codice nato nel 1930 e fondato su valori opposti a quelli della nostra Costituzione e la conseguente schizofrenia dell'ordinamento penale complessivamente inteso, fatto di leggi che stanno fuori dal codice, di norme penali sparse anche in altri settori dell'ordinamento senza alcuna organicità, ha condotto sempre più spesso il Giudice costituzionale a occuparsi di necessità di norme penali, dovendo, all'occorrenza manipolarle. Avendo rinunciato il Legislatore a una riforma organica dell'ordinamento penale, è chiaro che le scelte di penalizzazione sempre di più ricadono anche sul Giudice costituzionale, sollecitato, come nel caso che ci occupa, da esigenze concrete dell'ordinamento, esigenze nelle quali lo spazio penale non può rimanere vuoto dinanzi a valori fondamentali.

È quello che è successo in questo giudizio, nel quale, a partire dall'ord. n. 207 del 2018, la Corte si trova a fare i conti con una richiesta del giudice *a quo* di totale depenalizzazione riguardo al contesto in cui si effettuano le scelte delle persone sul c.d. “fine vita”: rispetto a tale impostazione la Corte riafferma invece la centralità del presidio penale, rivitalizzando l'art. 580, comma 2, c.p. a tutela delle situazioni di fragilità. Riconosce infatti il Giudice costituzionale, riportando nella sent. n. 242 del 2019 gli aspetti significativi dell'ord. n. 207 del 2018, di avere in quest'ultima “escluso che – contrariamente a quanto sostenuto in via principale dal rimettente – l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima sia, di per sé, incompatibile con la Costituzione: essa si giustifica, infatti, in un'ottica di tutela del diritto alla vita,

dirompente caso Cappato, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza a incostituzionalità differita*, in F. S. Marini - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, 20.

¹⁴ Sul punto si consideri il caso emblematico della sent. n. 236 del 2016, in occasione della quale il giudice costituzionale ha modificato la cornice edittale in tema di delitto di alterazione di stato del neonato. Per un commento alla sentenza si rinvia, fra gli altri, a F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, e S. Leone, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, 23-32, oltre che a B. Liberali, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, II, 381 ss.

specie delle «persone più deboli e vulnerabili» (così testualmente nel Ritenuto in fatto, par. 5, lett c).

Da tale scelta di principio, discrezionale, che di fatto impatta con il principio di legalità penale che vorrebbe che le scelte di penalizzazione fossero rimesse soltanto al Legislatore, discende anche la tecnica utilizzata dalla Corte che è quella di riconoscere il diritto reclamato nel caso in questione soltanto come un ritaglio dell'area di punibilità dell'art. 580 c.p., ossia come una “esimente” nei casi in cui ricorrano le quattro condizioni poco sopra già illustrate.

Chi scrive ha teorizzato da tempo che il Giudice costituzionale, a partire dalle prime pronunce interpretative sul codice Rocco, di fatto abbia violato il principio di legalità penale, rigorosamente inteso, che affida al Legislatore, innanzitutto, la scelta sull'*an* della punibilità¹⁵.

Il vero problema, però, delle pronunce manipolative in materia penale, che tocca in particolare una pronuncia così complessa come quella che stiamo esaminando, riguarda l'altro risvolto del principio, quello che attiene al principio di determinatezza e precisione¹⁶. La norma penale deve essere chiara e precisa, in modo da limitare al massimo la sfera di discrezionalità del giudice, che non deve mai diventare l'arbitro fra ciò che è lecito e ciò che è illecito. Come diceva Cesare Beccaria, le leggi non devono essere “oscuri”, perché “quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il sacro codice delle leggi, tanto meno frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni”¹⁷.

Nel nostro caso il dispositivo si presenta particolarmente complesso. Innanzitutto esso è diviso in due parti. Una prima parte attinente ai fatti successivi alla pronuncia, per i quali si rinvia a tre elementi che obbligheranno il giudice, caso per caso, a determinare l'area dei fatti penalmente punibili: l'aver rispettato le modalità di cui agli artt. 1 e 2 della legge 219 del 2017 (che attengono al consenso informato, alla prospettazione delle cure palliative e alla verifica delle possibilità del malato di prendere scelte autonome), la verifica da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale e il parere preventivo dei comitati etici territoriali. Non vi è chi non veda come soprattutto quest'ultimo requisito, che impone di condizionare il perimetro della norma penale al

¹⁵ In generale, si veda la rigorosa posizione di G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, Giuffrè, Milano, 2001, 163 e ss.

¹⁶ Sia consentito il rinvio alle più distese considerazioni svolte in M. D'Amico, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, I, 315 ss.

¹⁷ Così C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, nella recente edizione pubblicata da Einaudi, Torino, 2018, 18.

parere di soggetti estranei, e peraltro di incerta esistenza¹⁸, pare vanificare completamente quelle esigenze di determinatezza e di precisione della fattispecie penale che l'art. 25 comma 2 Cost. esprime.

Ancora più incerta è la seconda parte del dispositivo, quella che riguarda i fatti anteriori alla pronuncia, dove la Corte abdica totalmente alla *ratio* del principio di determinatezza o di precisione, demandando al giudice *a quo* di ritrovare “modalità equivalenti” nella fattispecie e rinviando in ogni caso, per rendere la fattispecie ancora più complicata, alla propria motivazione. Questo dispositivo richiama quello della famosa decisione n. 27 del 1975 in tema di aborto di donna consenziente, dove la Corte costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p. “nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre”, che viene in effetti ricordata nella motivazione della decisione in commento. Occorre ricordare però che proprio quella decisione manipolativa aveva provocato una ribellione dei giudici penali che, in ossequio al principio di legalità penale, avevano ritenuto nei casi pendenti che la decisione fosse di incostituzionalità totale, non essendo consentito al Giudice costituzionale di integrare fattispecie penali, peraltro rendendole di incerta applicazione¹⁹.

Per concludere sul punto: io credo che la mancata riforma del codice Rocco, la schizofrenia del nostro ordinamento penale e al tempo stesso le esigenze di tutelare valori che cambiano anche con norme penali costringeranno sempre di più il Giudice costituzionale a fare i conti con decisioni di questo tipo. Proprio per questo, trovo particolarmente adatta nella materia penale una pronuncia di

¹⁸ Rilevano a questo proposito il Decreto Ministeriale del 18 marzo 1998 relativo alle Linee guida di riferimento per l'istituzione e il funzionamento dei Comitati etici (pubblicato sulla G.U. n. 122 del 28 maggio 1998); la legge delega n. 3 del 2018 (*Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute*), con la quale si intende fornire il necessario coordinamento con il regolamento dell'Unione Europea n. 536 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano; la legge n. 189 del 2012 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*), in cui si stabilisce che la competenza di ciascun comitato possa riguardare oltre alle sperimentazioni cliniche dei medicinali anche ogni altra questione sull'uso dei medicinali e dei dispositivi medici; nonché il decreto del Ministero della Salute dell'8 febbraio 2013 (*Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici*).

¹⁹ Si permetta ancora di rinviare a M. D'Amico, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, cit., ove si richiama, sul punto F. C. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, II, 327 ss.

accertamento dell'incostituzionalità con rinvio al Legislatore. Non è un caso che proprio in Germania il meccanismo dell'accertamento dell'incostituzionalità con rinvio al Legislatore venga utilizzato spesso nella materia penale²⁰.

Tuttavia, nell'ordinamento tedesco il Legislatore segue le indicazioni del *Bundesverfassungsgericht* e quindi si riappropria del suo spazio di discrezionalità ritagliando fattispecie che sono anche precise: nel caso in commento, invece, essendo stata la Corte costretta a tornare sui suoi passi e a decidere da sola, inevitabilmente ha dovuto fare da Legislatore, con tutti i limiti di pronunce siffatte che sono stati già evidenziati.

Volendo insistere su questo punto potremmo però chiederci come mai il Giudice costituzionale abbia deciso di introdurre nel dispositivo un riferimento anche al passato, quando è noto che spetta ai giudici comuni interpretare le decisioni costituzionali in relazione ai propri giudizi. Così facendo, la pronuncia rischia di entrare in contraddizione con il principio della riserva di giurisdizione, principio che lo stesso Giudice costituzionale applica con rigore nei confronti del Legislatore tutte le volte che, con leggi provvedimento o retroattive, intenda incidere, o di fatto incida, su giudizi pendenti²¹.

5. Lo spazio concreto all'autodeterminazione del malato, alla luce dei “paletti” introdotti dalla Corte

Come si è osservato, la pronuncia in commento subordina la liceità della condotta dell'aiuto al suicidio del malato irreversibile che si trovi nelle condizioni ipotizzate dalla Corte alla circostanza che le “condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale”. Nella motivazione la Corte chiarisce tale procedura, affermando che, per quanto attiene alle modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto al suicidio, aspetto su cui l'ord. n. 207 del 2018 aveva chiesto in modo esplicito l'intervento del legislatore, già la legge n. 219 del 2017 consente di

²⁰ Cfr. sul punto la sentenza del 25 febbraio 1975 e quella del 28 maggio 1993, le quali rilevano rispetto al rapporto di collaborazione tra Legislatore e *BVerfG*. Per un'indagine intorno alla sentenza del 28 maggio 1993 si permetta di rinviare a M. D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

²¹ Sul punto si veda G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, Giuffrè, Milano, 232-247.

“accertare la capacità di autodeterminazione del paziente e il carattere libero e informato della scelta”, secondo quanto prevede l’art. 1, comma 5, ricordando anche che tale accertamento debba avvenire “nelle forme previste dal precedente comma 4 per il consenso informato” (nei modi più consoni al paziente e alle sue condizioni e con la possibilità anche di cambiare opinione).

Continua la Corte precisando che “lo stesso art. 1, comma 5, prevede che il medico debba prospettare al paziente «le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative»” (specificando che in questo ambito si potrà tenere conto del carattere irreversibile della patologia).

La Corte aggiunge anche che l’art. 2 della legge n. 219 prevede che all’interessato sia sempre garantita un’adeguata terapia del dolore.

In questo ambito, nel quale il Giudice costituzionale deve ricavare dall’ordinamento una procedura adattabile al caso concreto, non sembra senza significato che venga anche sottolineato che “Il riferimento a tale disciplina implica, d’altro canto, l’inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente”.

Rispetto a tale prospettazione, il Giudice costituzionale ricava dall’ordinamento norme di riferimento che esistono già e che aveva anche indicato nella precedente ordinanza come linea di intervento al Legislatore. Come abbiamo appena evidenziato, la problematica attiene semmai alla circostanza che tale meccanismo procedurale determina l’area di punibilità di una norma penale: in generale, però, appare molto opportuno il tentativo della Corte di non fare tutto da sola, ma di agganciarsi, come ha fatto anche in altri casi, a norme esistenti²².

Vi è però un ulteriore paletto, contenuto sia nel dispositivo che nella motivazione, e cioè il necessario “previo parere del comitato etico territorialmente competente”.

Nella motivazione la Corte spiega che ciò è dovuto alla complessità dei valori in gioco e illustra quelli che, a suo parere, sarebbero gli “esistenti” comitati etici, “organismi di consultazione e di riferimento per i problemi di natura etica che possano presentarsi nella pratica sanitaria”, costituiti ai sensi del d.l. n. 158 del 2012 (art. 12, comma 10, lett. c) e dell’art. 1 del decreto del Ministro della salute dell’8 febbraio 2013 (“Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati

²² Si pensi in particolare alla sent. n. 162 del 2014 dove il Giudice costituzionale, nel dichiarare l’incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa si preoccupa di rintracciare nell’ordinamento tutte le norme già esistenti e applicabili per rendere la decisione immediatamente applicativa. Ciò non ha impedito, comunque, una lunga e difficile concretizzazione del diritto, come bene evidenzia B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 114 ss., rispetto al problematico seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

etici”), e che si estendono anche all’uso compassionevole di medicinali sottoposti a sperimentazione clinica (artt. 1 e 4 del decreto del Ministro della salute 7 settembre 2017)²³.

Rispetto a tale secondo requisito, occorre capire se effettivamente esistano, con riferimento a tutto il territorio italiano, comitati etici territoriali e, soprattutto, da chi sono composti: si tratta sempre di medici? Oppure, a seconda anche degli indirizzi politici delle singole regioni, troviamo comitati etici orientati, con professionisti non medici, che dunque potrebbero negare o avallare in linea di principio qualsiasi richiesta?

Ho l’impressione che questo secondo requisito possa trasformarsi in una pietra tombale per il riconoscimento del diritto al “suicidio” nelle condizioni riconosciute dalla Corte (o meglio per l’effettiva possibilità che le condotte che danno seguito alle volontà del paziente vengano realmente poste in essere e, di conseguenza, considerate non punibili) e che, soprattutto, trasformi la procedura in qualcosa di troppo lungo e complesso per malati che stanno soffrendo e che si trovano in condizioni irreversibili²⁴. È noto anche che in altri casi i requisiti posti dal Giudice costituzionale, pur giusti in linea di principio, hanno per anni impedito l’esercizio di diritti costituzionali appena garantiti: pensiamo alla lunga storia della fecondazione eterologa o del diritto alla diagnosi preimpianto affermato nella sent. n. 96 del 2015, dove si rinviava a strutture pubbliche che ancora non la prevedevano e si richiedeva la predisposizione di un elenco di malattie geneticamente trasmissibili²⁵. Ma pensiamo anche ad altri casi nei quali, volutamente, si inserivano aggravati procedurali proprio allo scopo di impedire di fatto l’esercizio del diritto costituzionale: rimane famoso il provvedimento della Regione Lombardia che in via regolamentare inseriva meccanismi procedurali nella disciplina di cui alla legge n. 194 del 1978, in materia di interruzione volontaria di gravidanza, tali da renderla quasi inapplicabile. Fortunatamente il giudice amministrativo dichiarò

²³ Si vedano anche gli ulteriori riferimenti normativi cui si è già fatto cenno.

²⁴ Ritiene che non si possa parlare del riconoscimento di un vero e proprio diritto al suicidio B. Liberali, *L’aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti comparati*, 9 dicembre 2019.

²⁵ A commento della sent. n. 96 del 2015 si rinvia alle considerazioni di F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, I. Pellizzone, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015, e G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *www.diritticomparati.it*, 2015, oltre che ancora a B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 169 ss., rispetto alla generale possibilità di conoscere lo stato di salute degli embrioni.

illegittime quelle norme, non avendo la regione competenza su materie che toccassero i diritti fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett m), Cost.²⁶.

6. Un diritto subordinato alle “coscienze”?

Le considerazioni appena svolte si collegano strettamente a un ulteriore aspetto introdotto nella pronuncia, forse a seguito degli interventi pubblici dell'Ordine dei medici rispetto a un possibile intervento in materia, sia del Legislatore che della Corte²⁷.

Afferma infatti la Corte che: “Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presenta declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici”, specificando che “Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato”.

Dal tenore letterale della pronuncia, che ovviamente crea un vincolo per il giudice penale, dal momento che subordina l'area di punibilità dei fatti di aiuto al suicidio a meccanismi dove la “coscienza” del medico prevale in assoluto sulla volontà del paziente, possiamo chiederci allora che tipo di bilanciamento abbia fatto la Corte e che cosa possa di conseguenza fare l'interprete.

In questa parte della decisione emerge infatti, a prenderla alla lettera, un'affermazione molto netta: la “coscienza” del medico è più forte della libertà di autodeterminazione e della richiesta di aiuto al suicidio collegata alla “dignità” del malato. Non a caso, il termine “dignità”, inteso anche in senso soggettivo, come diceva l'ord. n. 207 del 2018, non compare più. E se anche queste affermazioni potevano creare incertezze e dubbi, non vi è chi non veda come la pronuncia n. 242 del 2019, intesa in senso serio, ci rimanda a uno scenario molto diverso, uno scenario dove quelle condizioni estreme, descritte con precisione dal Giudice costituzionale e riportate nella stessa sent. n. 242, non garantiscono di per sé la possibilità che al malato sia assicurata la scelta di “aiuto”.

²⁶ Sulle problematiche sottese alla vicenda si vedano le riflessioni di F. Biondi, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria di gravidanza*, in *www.forumcostituzionale*, 4 febbraio 2011, oltre che di B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 687 ss.

²⁷ Sul punto si vedano i comunicati stampa pubblicati (uno del 23/11/2019 e l'altro del 25/11/2019) sul sito ufficiale della Federazione Nazionale degli Ordini Medici Chirurghi e degli Odontoiatri: <https://portale.fnomceo.it>.

Affermare che non vi sia “alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici” e che, pertanto, resta “affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato” trasforma, infatti, profondamente il diritto accertato (o più precisamente compromette profondamente la stessa possibilità che al proposito di suicidio del paziente in determinate condizioni possa essere dato seguito con condotte di ausilio).

Si tratta, quindi, di riflesso di un diritto fondamentale subordinato alla “coscienza” del medico: ed è quindi una coscienza che avrà potere sul diritto di una persona, che, oltretutto, si trova in una condizione di estrema fragilità. Vi è di certo sproporzione fra chi è malato irreversibile e chiede aiuto, da un lato, e una procedura che fino a un certo punto, nell’ambito della relazione medico – paziente cerca di mantenere un equilibrio, ma infine rimane ancorata alla decisione di “comitati etici” e alle “coscienze” dei medici²⁸.

Non vi è chi non veda come queste poche righe rischino di gettare all’aria il paradigma oggi indiscusso nell’ambito sanitario della “relazione di cura” medico - paziente, su cui si fonda anche la legge n. 219 del 2017 e che viene richiamata nella stessa pronuncia in commento.

7. Il “posto” della scienza nel processo costituzionale

Una decisione così complessa, dove la Corte è stata costretta ad assumersi un ruolo di supplenza non voluta, alla luce del silenzio del Legislatore, mostra in modo ancora più evidente un problema del processo costituzionale che è chiaro da anni, almeno a parte della dottrina²⁹.

Sarebbe molto utile e contribuirebbe a chiarire meglio decisioni e relative motivazioni rispetto a temi etici, che toccano la vita delle persone e dove lo sviluppo scientifico ha enfatizzato dilemmi e contraddizioni, attivare istruttorie formali e coinvolgere direttamente gli scienziati nel processo. Se si fosse fatto in questo caso avremmo avuto la possibilità di farci chiarire quali sono le modalità con cui organizzare eventualmente l’aiuto al suicidio, quali sarebbero i farmaci utilizzabili, quali le

²⁸ In tema cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Cortina, Milano, 2018.

²⁹ Cfr. da ultimo M. D’Amico, *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, presentazione degli atti del convegno svoltosi a Modanella nei giorni 24 e 25 maggio 2019, in corso di pubblicazione in *Diritto e Società*, oltre che T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997. Si veda inoltre V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, II, 393 ss.

conseguenze, quali gli effetti di alternative cure palliative, in casi di estrema sofferenza, quali sono i comitati etici territoriali e la loro effettiva idoneità a dare un parere, quale infine l'idoneità di un "diritto" subordinato alle coscienze in ambiti così difficili da disciplinare.

Tutti interrogativi che rimangono aperti e che, inevitabilmente, ingenereranno confusione e conflitti, lasciando in sospeso una risposta chiara di fronte alle tante domande di persone che chiedono, come ha chiesto DJ Fabo un "aiuto" per l'affermazione estrema della propria idea di vita, e quindi anche di come morire.