LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ANGELA MUSUMECI

LA POLITICA, LA SCIENZA, LA CORTE E LA VITA UMANA.
SPUNTI RICOSTRUTTIVI INTORNO AL CASO CAPPATO

20 LUGLIO 2020

CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Angela Musumeci
La Politica, la Scienza, la Corte e la vita umana.
Spunti ricostruttivi intorno al caso Cappato.

SOMMARIO: 1. Il tormentato cammino dei diritti bioetici. Cenni introduttivi. – 2. Il caso Cappato alla Consulta. La via stretta dell'ordinanza del giudice *a quo*. – 3. *Segue*: la riscrittura del *thema decidendum* e la predisposizione della nuova tecnica processuale da parte della Corte. – 4. La supplenza concreta con la sentenza n. 242 del 2019. – 5. Breve nota conclusiva.

1. *Il tormentato cammino dei diritti bioetici. Cenni introduttivi.*

Le questioni legate all'inizio e alla fine della vita umana sono, con certezza, la nuova frontiera dei diritti fondamentali, in Italia come nel resto del mondo. Generate entrambe dal progresso scientifico, e biotecnologico in particolare, hanno fatto emergere, nel corso del tempo, dubbi e criticità con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali della persona. A segnare la differenza col passato, in specie con le previsioni dei diritti contenute nelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra, è la circostanza che l'ambito di riferimento, tanto per la nascita quanto per la morte, è segnato dall'evoluzione dei progressi scientifici e dalle conseguenti applicazioni tecniche che hanno introdotto l'elemento della scelta là dove prima regnavano il caso e la necessità. In altri termini, insieme alla pratica e alla diffusione delle biotecnologie è cresciuta la sfera dell'autodeterminazione della persona che chiede di rimettere al libero e insindacabile volere di ciascun individuo la realizzazione dei progetti di vita e di *non vita* che ognuno intende intraprendere per sé[1].

Altra peculiarità dei diritti in esame è il processo che sta portando al loro riconoscimento e tutela. Nella gran parte dei casi, infatti, la loro affermazione la si deve, prima ancora che all'intervento delle istituzioni rappresentative, all'attivismo giudiziario, in un dialogo quasi costante e continuo tra Corti, nazionali e sovranazionali, e giudici comuni che ha profondamento segnato lo sviluppo del costituzionalismo dei diritti negli ultimi anni[2]. Senza dubbio, lo sviluppo dei diritti per via giurisprudenziale deve essere salutato con favore in uno stato costituzionale, indice del fatto che la pratica della Costituzione da parte dei giudici è in grado di garantire ai cittadini la tutela dei loro diritti fondamentali anche in assenza di previsioni legislative puntuali. Così come va tenuto in conto che, da sempre, la duttilità della decisione giudiziaria, a fronte della rigidità dello strumento normativo, ha favorito l'emersione di nuove esigenze sociali che con l'andar del tempo si sono trasformate in conquiste di diritti civili, così come è accaduto con l'aborto, il divorzio, l'ambiente, ecc, nel corso degli anni '70 e '80 del secolo scorso.

---

[1] A questa convinzione perviene una nutrita schiera di studiosi tra i quali è doveroso citare per i suoi molti contributi al tema S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993. Sul pensiero di Rodotà riporto l'omaggio e il contributo affettuoso che gli ha dedicato P. COSTANZO, *Stefano Rodotà, costituzionalista*, in *Media Laws*, 3/2018 (24 ottobre 2018), il quale, ripercorrendo l'impegno del giurista calabrese sulla "rivoluzione dei diritti", scrive: "Vengono poi le rivoluzioni delle donne, degli ecologisti, della scienza e della tecnica. Il corpo è liberato da molti vincoli imposti dalla natura, e l'innovazione scientifica consegna l'intero ciclo vitale, dalla procreazione alla morte, alla libera volontà delle persone". Più in generale sul tema, si v. anche P. COSTANZO, *Biotecnologie, militanze e diritti fondamentali*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*, Genova, Genova University Press, 2016, 2.

[2] Sul tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali si rinvia ai chiari contributi di P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, 3 ed., Torino, Giappichelli, 2010, 359; ID., *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Accademia delle scienze dell'istituto di Bologna, Classe di Scienze morali. Rendiconti degli anni 2007-2008*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 343. Più di recente, in continuità con le argomentazioni del Maestro, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013, in part. 119 ss.

Ciononostante, non si può non concordare con chi, in dottrina, ha evidenziato da subito le aporie e i pericoli associati al ruolo di "supplenza" dei giudici nei confronti del legislatore e in ultima analisi della decisione politica[3]. Se è vero, infatti, che le lotte per il riconoscimento di quei diritti videro al fianco dei movimenti organizzati l'azione coraggiosa di alcuni pretori, e a seguire della Corte di cassazione come nel caso del diritto all'ambiente salubre, è altrettanto vero che le istituzioni rappresentative, tanto nazionale quanto regionale se di competenza, non tardarono a far sentire la loro voce, dando ai cittadini le risposte più adeguate al soddisfacimento dei nuovi bisogni.

Di contro, la nuova stagione dei diritti fondamentali è contraddistinta da un rapporto quasi esclusivo tra i soggetti, o meglio tra le persone fisiche con le loro storie individuali, e i giudici ai quali si rivolgono per avere tutela. Sono le persone comuni, infatti, con il loro vissuto e i loro diritti negati ad aver aperto nuovi spazi ai diritti di libertà; e sono sempre quelle storie di vita ad aver trovato istanza di accoglimento da principio presso un giudice comune e di seguito presso la Corte costituzionale. Così è accaduto nel caso della legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, quando una legge palesemente discriminatoria nei confronti dei soggetti che potevano fare ricorso alle tecniche, lontana dai bisogni dei cittadini e dal progresso scientifico, è caduta, prima, sotto i colpi dei giudici comuni e dopo sotto le pronunce ablative del giudice delle leggi[4].

Analoghe considerazioni valgono per il fine vita. Anzi, in questa ipotesi la funzione di "cura" del giudice davanti al caso di vita è ancora più evidente stante la tragicità delle storie. Basta citare i nomi di Englaro e Welby per individuare subito almeno due delle più difficili e tristi vicende giudiziarie che hanno profondamente colpito la coscienza sociale. Nel primo caso, una giovane donna vissuta in stato di coma vegetativo per quasi diciotto anni, a seguito di un incidente subito nel 1992, morì solo dopo che il padre, al termine di una lunga battaglia giudiziaria, dai tratti a volte grotteschi se non assurdi, riuscì, con pronuncia della Corte di cassazione nel 2007, a far riconoscere la liceità dell'interruzione del trattamento vitale su un paziente incosciente[5]. Nel secondo, il Tribunale di Roma sempre nel 2007, disponeva il non luogo a procedere nei confronti del medico che aveva interrotto la respirazione artificiale del paziente, affetto da una patologia degenerativa irreversibile ma

---

[3] Mi riferisco in particolare alle calzanti osservazioni di M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Franco-Angeli, Milano, 2016, oggi riproposte in *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, 286

[4] L'esempio più calzante è quello dell'affermazione del diritto all'accesso alle tecniche di PMA delle coppie non sterili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, originariamente esclusi dall'art.1 della legge n. 40/2004, avvenuto invece grazie all'impiego dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici comuni. La serie di interventi pretori, che si sono succeduti nel tempo, ha comportato la completa riscrittura (da parte dei giudici) della legge, che molto appropriatamente è stata denominata *ex*: così A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost*., 4/2015, 997. Per una lettura globale degli interventi pretori che hanno provocato la demolizione della legge 40 sia consentito il rinvio a A. MUSUMECI, *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale: un dialogo difficile ma necessario*, in M. AZZOLINI (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzione e nuove sfide*, Aracne, Roma, 2015, 73. E' importante evidenziare che l'attività dei giudici, di certo più prossima alla storia delle coppie, condotta con continuità su tutto il territorio nazionale è valsa a produrre un mutamento di orientamento nella Corte costituzionale, la quale investita da subito della questione di legittimità della norma citata, ha adottato un'ordinanza di inammissibilità, la n. 369 del 2006, che per le sue discutibili motivazioni e la fuga dal merito della decisione fece levare più di una voce critica da parte della dottrina: sul punto si rinvia, tra gli altri, ad A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur cost*., 2006, 3849; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, 3850.

[5] Il riferimento è alla nota sentenza della Cassazione civ. n. 21748 del 16/10/2007, ripresa anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018. Con argomentare chiaro e lineare, la Cassazione ha affermato che, in base al «*principio personalistico*» che anima la nostra Costituzione, e che «*vieta ogni strumentalizzazione della stessa per qualunque fine eteronomo*», non può che «*escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio della vita*». Molti in dottrina hanno commentato, da angolature diverse, la folle successione degli accadimenti di quei giorni e tra le tante voci piace ricordare per la speciale sensibilità femminile, oltre che per la concordanza di vedute, quanto hanno scritto C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 febbraio 2009, e T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir*., 3/2009, 483.

perfettamente capace di intendere e volere e fermamente determinato nella sua volontà suicida. Vicende simbolo quindi che fanno pensare ad altrettante azioni strategiche.

Il Parlamento italiano, dal canto suo, è entrato nella materia del fine vita quasi in punta di piedi, dieci anni dopo la conclusione delle vicende, con una legge certamente importante che affronta però il solo profilo del lasciarsi morire, senza prendere in considerazione la delicata questione dell'aiuto a morire da parte di terzi[6]. Anzi, le cronache parlamentari narrano di una precisa volontà di una parte della maggioranza che approvò la legge di respingere tutti gli emendamenti finalizzati a regolare la fattispecie depenalizzandola[7]. Si tratta cioè della legge n. 219 del 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, che, per giudizio della stessa Corte costituzionale, ha sostanzialmente ripreso e sviluppato i principi posti dalla giurisprudenza dei casi Englaro e Welby, coordinandoli con le costanti indicazioni della giurisprudenza costituzionale in materia di consenso informato nella relazione medico-paziente. Il che equivale a dire che la gran parte del cammino sulla via del riconoscimento dei diritti l'hanno compiuta i giudici in solitudine!

Non si può affermare con certezza se dietro le tappe di questo complesso cammino vi siano o no delle precise "azioni strategiche"[8], messe in atto dai singoli per ottenere tutela. Quel che invece si può sostenere con tranquillità è che se strategia c'è stata, la stessa con i pronunciamenti della Corte costituzionale sul "caso Cappato"[9] è senz'altro salita di livello. Si ricorre al plurale perché le decisioni della Consulta sul caso Cappato, come noto, sono state ben due in un singolare *procedimento* costituzionale, che solo il Parlamento con una sua legge avrebbe potuto interrompere.

La sentenza n. 242 del 22 novembre del 2019chiude in modo definitivo, la questione di legittimità originata dal succitato caso; questione che la Corte aveva avuto modo di rilevare già nell'ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018, che per struttura e contenuti ricorda molto da vicino le decisioni conclusive che adotta comunemente il giudice delle leggi[10]. Nel momento in cui adotta l'ordinanza, infatti, la Consulta, ha già riscontrato un *vulnus* nel sistema di tutela derivante dal divieto assoluto di aiuto al suicidio, *ex* art. 580 c.p., ma sceglie di non dichiarare l'illegittimità della norma al fine di lasciare al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa»[11] e la possibilità di «assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità»[12].

Tra le tante questioni sollevate dalle due pronunce della Corte, non ultima quella del rapporto tra di esse, l'aspetto che preme evidenziare attiene alla dialettica col Parlamento, o meglio al profilo della discrezionalità politica del legislatore, che la Corte ha voluto, almeno inizialmente, rispettare massimamente adottando una ordinanza di "incostituzionalità prospettata"[13], finalizzata, da un lato, ad evitare che «una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non

---

[6] Per un commento della legge n. 219 del 2017 si vedano con impostazioni contrapposte A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *BioDiritto*, n. 1, 2018, 85; C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un "modus moriendi" che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 18 gennaio 2018.

[7] Si vedano sul punto i pareri negativi espressi dalla relatrice di maggioranza, Donata Lenzi, nella seduta dell'Assemblea della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017.

[8] Così pensa invece M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit, 288

[9] La vicenda è stata così ribattezzata dal nome dell'attivista dell'associazione Luca Coscioni, Marco Cappato, che ha originato il caso, accompagnando in una clinica svizzera Fabiano Antoniani, meglio noto come col nome d'arte di Dj Fabo, che intendeva porre fine alla sua vita dopo essere diventato tetraplegico e cieco a seguito di un incidente automobilistico. L'attivista Cappato, dopo aver esposto alla persona interessata e alla sua famiglia, le possibilità offerte dalla legge n. 219/2017, inclusa la possibilità della sedazione profonda, constata la volontà del soggetto, perfettamente in grado di intendere e volere, di porre fine il più velocemente possibile al suo stato di sofferenza, anche a causa della mancanza di autonomia nella respirazione e nell'alimentazione, decideva di assecondare la richiesta fornendo, preventivamente, le informazioni necessarie per la pratica del suicidio assistito in Svizzera, dove l'Antoniani si è poi sottoposto all'eutanasia attiva riconosciuta come legale in quell'ordinamento.

[10] Moltissimi i commenti che hanno accompagnato la pubblicazione dell'ordinanza, segno tangibile della novità processuale in atto oltre, naturalmente, al rilievo del merito. Per una loro analisi, almeno sotto il profilo costituzionale, si rinvia in testa alla decisione nella rivista *Consulta OnLine*.

[11] Corte cost. ord. n. 207/2018, pto. 11 del considerato in diritto.

[12] *Idem* , pto. 11 cons dir.

[13] Così la definita il Presidente G. Lattanzi, nella conferenza stampa di fine anno sull'attività della Corte nel 2018.

compatibili», dall'altro, a dare al legislatore il tempo per «scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»[14]. Trascorso inutilmente il tempo lasciato al Parlamento per colmare il vuoto legislativo causa del *vulnus*, alla Corte non è rimasto altro da fare che prendere atto del perdurante silenzio, costatare altresì che l'intervento del legislatore non era certo imminente e di conseguenza dichiarare, anche per non contraddire se stessa, nell'udienza del 24 settembre 2019, l'illegittimità costituzionale preannunciata, scegliendo di adottare una sentenza additiva dal forte contenuto normativo.

Al netto delle inevitabili e legittime critiche rivolte alla Corte per l'originale tecnica decisoria[15], e la conseguente decisione assunta, resta il fatto che la funzione para-legislativa assolta dal giudice delle leggi nel caso di specie è il portato della crisi della politica e delle istituzioni rappresentative in particolare[16]. La paralisi delle decisioni democratiche nell'ambito delle istituzioni rappresentative, la tendenza del legislatore a fuggire dai temi maggiormente sensibili nel dibattito sociale, per non essere punito dal consenso elettorale, hanno finito, infatti, col fare da volano all'opera di supplenza della Corte, ad occuparsi cioè di un singolo caso concreto al pari di quel che accade con i giudici comuni, con tutti i rischi che una simile condizione comporta sia per l'equilibrio fra i poteri sia per il ruolo che essa è chiamata a svolgere nell'ambito del sistema costituzionale.

2. *Il caso Cappato alla Consulta. La via stretta dell'ordinanza del giudice* a quo

Il caso Cappato arriva alla Corte costituzionale in forza di una ordinanza della Corte d'assise di Milano, del 14 febbraio 2018, con cui viene sollevata la questione di legittimità costituzione dell'art. 580 c.p. per contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1, e 117 Cost, dal momento che la norma penale punisce l'aiuto al suicidio senza tenere in alcun conto il contributo effettivo che i soggetti terzi possono rendere alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida[17]. Ricostruire brevemente i termini della richiesta contenuti nell'ordinanza del giudice milanese, è utile al fine di evidenziare la diversa interpretazione formulata dal giudice delle leggi, per poi poter arrivare a motivare la nuova metodologia processuale.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice a quo evidenzia l'irrazionalità interna della norma penale, che accomuna due situazioni molto diverse tra loro –rafforzare la volontà al suicidio fino all'istigazione e agevolare la condotta suicida di chi è già determinato al gesto-, facendo leva sui

---

[14] Entrambe le citazioni da Corte cost. ord. n. 207/2018, pto. 11 del considerato in diritto.

[15] Tra le voci più critiche nei riguardi della nuova tecnica decisoria A. RUGGERI, *Fondamenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, 2019/I, 92, 108, 110, a giudizio del quale sarebbe stato preferibile fare ricorso ad una tecnica decisoria già sperimentata come una pronuncia interpretativa di accoglimento o ad una additiva di principio, le quali hanno l'indiscutibile "vantaggio della strutturale duttilità ed adeguatezza ai casi della vita (…) grazie alla "delega" fatta al legislatore in ordine alla produzione delle regole idonee a dare svolgimento al principio somministrato dalla Consulta".

[16] Sulla crisi contestuale della rappresentanza e della responsabilità politica si rinvia ai contributi di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffré, 2001, 162; A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; i contributi raccolti in P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018.

[17] Può essere utile segnalare, come ricorda P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2017, 381; ID., *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, ivi, 7-8/2017, 256, che tra la Procura e il GIP di Milano si sono registrate delle diversità di vedute che hanno condizionato non poco la richiesta al giudice delle leggi. La Procura aspirava, infatti, ad un intervento manipolativo della norma incriminata mentre il GIP ha respinto la richiesta, basandosi su una interpretazione rigida della CEDU in materia di fine vita che non ammette limiti al bene indisponibile della vita. Fortemente critico sulla valutazione operata dal GIP, ritenendola preclusiva di una pronuncia della Corte, sul modello dell'additiva di principio, che possa poi sollecitare un intervento del legislatore, M. FORCONI, *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2018, 182.

principi di uguaglianza, ragionevolezza e offensività dell'azione. Irrazionalità che, sempre a giudizio del giudice ricorrente, sarebbe ancora più stridente oggi, da quando cioè il nostro legislatore ha approvato la l. n. 219/2017 dal momento che il rifiuto/interruzione del trattamento terapico salva vita non è punito mentre è perseguita ancora, dalla norma impugnata, la richiesta di aiuto al suicidio quando, in entrambi i casi, le persone versino in condizioni di insopprimibile sofferenza e siano ugualmente determinate e convinte di porre fine alla propria esistenza.

Per poter arrivare a formulare la richiesta, la Corte d'assise è partita dalla considerazione che il bene giuridico tutelato dalla norma oggetto di scrutinio debba essere valutato alla luce dei principi costituzionali. Più precisamente, secondo i giudici, il paternalismo del legislatore del codice Rocco, figlio di una visione illiberale in cui il bene della vita era funzionale ad interessi eteronomi della collettività, non può più avere cittadinanza nell'ordinamento proprio in virtù dei principi costituzionali. Alla luce della nuova cornice valoriale, ed in forza del principio personalistico che iscrive l'autonomia individuale al centro delle scelte di inizio e fine vita, il giudice a quo identifica nella libertà di autodeterminazione del singolo il nuovo bene giuridico protetto dalla norma, che deve essere valorizzato anche nelle situazioni di fine vita. Nell'ordinanza di rimessione viene anche citata a supporto l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU che nel corso del tempo, a partire dalla sentenza Pretty v. Regno Unito, ha allargato le maglie dei limiti all'indisponibilità della vita umana allorquando ricorrano condizioni di insostenibile sofferenza del malato.

Nell'economia del lavoro è importante evidenziare che il giudice a quo ha scelto di non includere fra i parametri costituzionali di riferimento per la definizione della questione di legittimità l'art. 32, comma 2, Cost., e ciò nonostante i molti rinvii allo stesso articolo nel corso della motivazione dell'ordinanza. L'esclusione di un simile parametro, e quindi l'assenza di qualunque riferimento alla condizione clinica della persona che ha deciso di suicidarsi, lascia intendere, come ha osservato parte della dottrina[18], che la Corte d'assise abbia inteso perseguire una linea strategica ben precisa, che se pur impervia, appare allo stesso tempo necessitata. La Corte d'assise punta, infatti, ad ottenere una dichiarazione ablativa secca, seppur parziale, della norma nella parte in cui sanziona l'agevolazione al suicidio, attraverso la formulazione di un *petitum* basato tutto sulla autodeterminazione del soggetto, svincolato dalla considerazione della specifica condizione di salute in cui versa il soggetto che abbia autonomamente deciso di suicidarsi[19]. Nell'ordinanza, infatti, non c'è riferimento alcuno all'impossibilità pratica del gesto, né alle motivazioni di tipo umanitario che dovrebbero spingere un terzo ad agevolare la realizzazione dell'intento suicida; c'è solo il richiamo all'ingiusta parificazione di condotte diverse sul piano della determinazione altrui.

La scelta per un percorso così arduo al giudizio incidentale deve essere sembrata, però, alla Corte d'assise di Milano necessitata, rinunciando da subito a perseguire l'obiettivo di un pronunciamento additivo. Difficile, anche se forse più corretta, deve essere parsa al giudice a quo la possibilità di formulare un *petitum* attraverso il quale la Corte avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non prevede la non punibilità di chi agevola il suicidio alla presenza di determinate circostanze di fatto (come ad es. l'assoluta sofferenza del malato, l'impossibilità di procedere da sé, la certificazione di un medico terzo che attesti, unitamente al medico curante l'irreversibilità della patologia, ecc.). Con ogni probabilità l'impossibilità di "scegliere", nel testo della disposizione, il verso certo dell'addizione, ha fatto pensare al giudice milanese che non avrebbe superato il vaglio della Corte costituzionale, la quale per sua costante giurisprudenza limita

[18] Così la pensa ad es. M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 2017/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018; segnatamente sul punto con argomentazione più articolata, S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato"*, in *Diritti Comparati*, 26 febbraio 2018,

[19] Sul punto, si v. le acute e condivisibili critiche di S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio costituzionale*, cit., secondo il quale "la richiesta tout court di ablazione della norma nella parte in cui sanziona l'agevolazione al suicidio, in assenza di limiti e ragioni concrete idonee a giustificarne l'accoglimento sul lato delle condizioni di salute divenute insostenibili per il malato può difficilmente dirsi figlia di un imperativo di ordine costituzionale".

fortemente l'uso di simili pronunce quando il *petitum* esclude l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, le c.d. rime obbligate, a causa dell'elevato tasso di manipolatività della soluzione evocata.

3. Segue: *la riscrittura del* thema decidendum *e la predisposizione della nuova tecnica processuale da parte della Corte*

La Corte costituzionale ha ritenuto, però, di non poter condividere l'interpretazione sottopostale nella sua interezza, affermando che non «è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale»[20], come prospettato invece dal giudice a quo che aveva seguito da vicino l'impostazione della Cassazione nella sentenza Englaro.

L'argomentazione della Corte, troppo articolata per essere ricostruita nella sua interezza in questa sede, oltre a "distaccarsi" dalla lettura della norma prospettatele dal giudice a quo, e dalla pregressa giurisprudenza ordinaria, apre uno scenario completamente diverso che punta ad individuare la soluzione del caso come lo svolgimento di scelte già fatte sul piano legislativo, con il riferimento esplicito alla l. n. 219/2017. Per poter utilizzare la medesima logica dell'impianto legislativo, il giudice delle leggi decide di introdurre il nuovo parametro costituzionale dell'art. 32 Cost, non evocato nell'ordinanza di rimessione, che è per esso funzionale a circoscrivere il raggio d'azione dell'autodeterminazione del soggetto per ricondurla nella più tradizionale area della libertà di scelta terapeutica. Dopo aver saldato insieme i pronunciamenti dei giudici di legittimità e merito (Englaro e Welby), le sue indicazioni sul valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente sottoposto a trattamento sanitario, con la l. n. 219/2017, la Corte può finalmente arrivare a configurare il caso del malato che, in piena libertà e consapevolmente, vuol porre termine rapidamente alla sua esistenza, reputando contrario al proprio senso di dignità il protrarsi delle sofferenze fisiche o morali, il quale però necessita dell'assistenza di terzi per intraprendere un simile

[20] Cfr. p.to 6 cons. dir. In particolare, la Corte evidenzia che il fine perseguito dal legislatore penale con la norma in esame è di proteggere le persone più deboli e vulnerabili da decisioni in suo danno e pertanto «gli crea intorno una "cintura protettiva", inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui» (p.to 4 cons. dir.). Una simile ricostruzione, secondo la Corte, è assolutamente in linea tanto con i valori ricavabili dall'art. 2 Cost, in forza dei quali non è possibile riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire, quanto con l'art. 2 CEDU, da cui non è possibile derivare il diritto a morire, secondo quanto confermato dalla Corte EDU (p.to 5 cons. dir.). Pertanto, il bene tutelato dall'art. 580 c.p, è sempre il bene della vita riguardato però non più in funzione della collettività, come accadeva in passato, ma come valore in sé. In questa prospettiva, l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio è funzionale alla tutela del diritto alla vita, in specie delle persone più deboli e vulnerabili, e non si può inibire al legislatore penale di punire le «condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite». Al contrario, prosegue la Corte, è precipuo «compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità rimovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)» (p.to 6 cons. dir.). Inoltre, la Corte avvalendosi della giurisprudenza della corte EDU, spiega anche perché la norma non debba considerarsi in contrasto con l'art. 8 della CEDU. Senza dubbio, il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento porre fine alla propria esistenza è uno dei profili in cui si sostanzia il diritto di ciascuno di noi al rispetto della propria vita privata. Tuttavia, in base al secondo par. dell'art. 8 CEDU, una interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è possibile solo se prevista dalla legge ed appaia come necessaria in una società democratica. La Corte EDU, dal canto suo, ha riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, tanto che incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio sono presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa, proprio a protezione delle persone deboli e vulnerabili (p.to 7 cons. dir.). In dottrina, per una ricostruzione puntuale della giurisprudenza della Corte EDU, in merito al mancato riconoscimento di un diritto a morire nella CEDU, si v. da ultimo P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018, 32. Più in generale sul diritto a morire G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del* best interest, *sull'aiuto al suicidio di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in *Archivio Penale*, 3/2018, 30 ottobre 2018; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?, Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *Biodiritto*, 3/2018, 139.

percorso[21]. Sulla base della ricostruzione, la Corte arriva ad illustrare i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. In primo luogo, ravvisa un elemento d'irragionevolezza tra l'autodeterminazione del soggetto nel caso in esame e il fondamentale valore della vita. Se quest'ultimo non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari anche attraverso una condotta attiva, «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo dal decorso più lento –apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa- conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»[22].

Una ulteriore contraddizione è data dal fatto che se la priorità è quella di proteggere le persone più vulnerabili come i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze, nel momento in cui l'ordinamento ha riconosciuto loro, a certe condizioni, la possibilità di decidere di interrompere i trattamenti terapeutici non si vede perché il medesimo soggetto debba ricevere una protezione assoluta, contro la propria volontà «quando si discuta di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri», quale alternativa reputata dal malato maggiormente dignitosa rispetto all'interruzione della terapia.

Il margine d'incompatibilità dell'art. 580 c.p. col sistema è così ricostruito: «Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese, quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»[23].

Giunta a questo punto la Corte è pronta a spiegare perché il riscontrato *vulnus* ai principi citati non la inducano, almeno nell'immediato, a pronunciarsi per «la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto sia prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte»[24]. Una simile opzione, infatti, avrebbe come sua necessaria conseguenza di lasciare priva di disciplina la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, rispetto ai quali occorre precludere possibili abusi e impedire che vengano messi a rischio altri valori costituzionali. D'altro canto, la Corte si dimostra ampiamente consapevole del fatto che la regolazione di una simile materia si connota per dover affrontare molteplici profili, ciascuno caratterizzato da un'ampia discrezionalità, e si sofferma, con scrupolo, a elencarne alcuni[25]. Non

---

[21] La Corte afferma che bisogna considerare anche vicende come quella oggetto del giudizio a quo e cioè situazioni inimmaginabili quando la norma incriminatrice fu introdotta e, però, riconducibili nella sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e dalla tecnologia, che riescono oggi ad evitare la morte di pazienti in condizioni gravemente compromesse senza però riuscire a restituire loro una sufficienza di funzioni vitali poiché la persona rimane affetta da patologie irreversibili, caratterizzate da sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, e bisognosa di trattamenti di sostegno vitale, conservando però la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli (cfr. p.to 8 cons. dir.). A giudizio di A. RUGGERI, *Venuto alla luce l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato*, in *Consulta OnLine*, 2018/III, 571, 572, la Corte dopo avere posto l'accento al rilievo da assegnare agli sviluppi scientifici e tecnologici, non porta alle conseguenti applicazioni le premesse del suo ragionamento "specie per ciò che attiene al rilievo che dovrebbe assegnarsi in modo non incondizionato all'autodeterminazione del soggetto in alcune delle sue più spinose e sofferte esperienze di vita".

[22] Cfr. p.to 9 cons. dir.

[23] Cons. dir. p.to 9. Si tratta di un passaggio argomentativo capitale nell'economia della decisione, come ha fatto osservare C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 dicembre 2018, secondo il quale per tale via, la Corte ha inteso "valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana (…)" riconoscendo "non tanto un *diritto a morire con dignità*, quanto piuttosto un diritto alla *piena dignità* anche *nella* morte". Valutazioni del tutto opposte sono formulate sul punto da C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019.

[24] Cfr. p.to 10 cons. dir.

[25] Come, ad esempio, «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di

pago, però, il giudice delle leggi si spinge fino a suggerire al legislatore di valutare, nell'esercizio della sua discrezionalità, la possibilità di intervenire, anziché mediante una mera modifica della disposizione dell'art. 580 c.p., sulla l. n. 219/2017 riconducendo la nuova opzione nell'ambito e nello spirito della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

Tuttavia, i delicati bilanciamenti da compiere restano affidati alla discrezionalità politica del Parlamento e di conseguenza la Corte non può far altro che chiarire le ragioni che l'hanno indotta nel convincimento di non pronunciarsi, come solitamente accade, per l'inammissibilità della questione sollevata rivolgendo al contempo un *monito* al legislatore perché si adoperi nel rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato, prospettando, nel perdurare dell'inerzia, la possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale quando se ne presenti l'occasione in seguito a una nuova rimessione della questione di costituzionalità.

La consueta tecnica decisoria, che a ben vedere va sempre ascritta tra le forme di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, presenta però l'inconveniente non superabile per cui la norma non conforme a Costituzione continua a produrre effetti per un tempo non prevedibile, almeno fino a quando il giudice delle leggi non sia nuovamente investito della questione.

Ecco allora la necessità che un simile effetto non si produca, tenuto conto delle peculiari caratteristiche del caso di specie e della rilevanza dei valori in esso coinvolti. Ciò non toglie però che la Corte debba, nell'immediato, conseguire due obiettivi: da un lato, evitare che la norma possa trovare ancora compiuta applicazione in vicende analoghe e, dall'altro, lasciare al Parlamento un congruo tempo per assumere le sue decisioni in linea col suo potere discrezionale. Non potendo però attingere a nessuna delle tecniche decisorie abitualmente utilizzate, alla Corte non resta altro che affermare «di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»[26], dando al legislatore appuntamento tra un anno, a decorrere dal momento del deposito dell'ordinanza (24 settembre 2019), e rivolgendo ai singoli giudici l'invito a valutare, in circostanze analoghe, la rilevanza e la non manifesta infondatezza di una eventuale questione alla luce di quanto indicato nell'ordinanza, così da evitare l'applicazione in parte qua della norma oggetto di scrutinio. Un inciso anche per il giudizio a quo che nel frattempo, come regola vuole, rimarrà sospeso.

4. *La supplenza concreta con la sentenza n. 242 del 2019.*

Come era prevedibile, il legislatore non è stato in grado di rispettare la scadenza temporale impostagli dalla Consulta, complice anche la grave crisi di governo maturata nell'agosto del 2019 risolta con un significativo rimpasto della compagine governativa e il cambio della maggioranza parlamentare. Le circostanze hanno quindi indotto la Corte a rompere definitivamente gli indugi e a dichiarare, con la sentenza n. 242 del 2019, l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte

somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto»: cons. dir. p.to 10; opportune cautele affinché l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda e continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza.

[26] P.to 11 cons. dir. La Corte per supportare la sua scelta, volta a preservare le prerogative del Parlamento senza uscire al contempo dal proprio ambito di competenza, richiama le analoghe e recenti esperienze della Corte Suprema del Canada (2015) e del Regno Unito (2014), le quali hanno cercato di giungere alla conclusione dei rispettivi casi in un contesto, definito dalla nostra Corte, «collaborativo» e «dialogico» col Parlamento. La nostra Corte costituzionale, però, non poteva seguire di presso nessuno dei due esempi citati. Nel primo caso, infatti, la Corte Suprema canadese ha disposto la *sospensione* per dodici mesi dell'efficacia di una decisione già assunta, per consentire al Parlamento di adottare una legislazione compiuta sull'argomento. Nell'altro, dove la Corte suprema inglese ha ritenuto di non poter dichiarare il contrasto della disposizione scrutinata con l'art. 8 CEDU senza il previo coinvolgimento del Parlamento, in realtà non viene prospettata alcuna soluzione, ad esclusione del grave monito rivolto al legislatore, a conferma della netta separazione dei ruoli dei due organi (cfr. sulla vicenda inglese A. MULLOCK, *Legal Comment on Nicklinson, Lamb and AM Appeals*, in *Blog/Journal of Medical Ethics*, 27 giugno 2014).

in cui non esclude la punibilità di chi con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219»[27] aiuta altri nella determinazione di concludere la propria vita, e sempre che ricorrano le condizioni così puntigliosamente descritte nell'ordinanza che precede l'attuale decisione (ma forse qualcosa di più!). La Corte si pone dunque nel solco dell'ordinanza del 2018 confermandone sostanzialmente gli approdi e i principi fissati in precedenza, con buona pace del principio della leale collaborazione col legislatore e della sua discrezionalità[28].

La formulazione del dispositivo è valsa inoltre a chiarire i molti dubbi sollevati dalla dottrina[29], sulla vincolatività o meno dell'ordinanza nei confronti della sentenza. Conformemente a quanto sostenuto nell'ordinanza n. 207/2018, la Corte ha ribadito, ancora una volta, l'impossibilità di intervenire con una decisione ablativa vera e propria, stante la circostanza che la creazione di un vuoto legislativo lascerebbe prive di regolamentazione situazioni estremamente delicate e per scongiurare altresì la possibilità di veri e propri abusi. La sentenza quindi fa proprie le acquisizioni culturali e giuridiche contenute nel provvedimento interlocutorio, cristallizzando quindi un nuovo canone procedurale, ma conservando al tempo stesso tutta la sua autonomia. La sentenza, infatti, si distingue dall'ordinanza anche in aspetti rilevanti della motivazione[30], e ciò al fine di portare a compimento il processo di supplenza nei riguardi del legislatore, solo prospettato in precedenza.

Se è vero, infatti, che la Corte nel corso dell'ordinanza ha speso molta parte delle sue argomentazioni nel cercare di impostare una fruttuosa dialettica col potere legislativo, affermando, a più riprese, che quando l'esito del quesito di legittimità costituzionale «coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere»[31], non ci si può esimere dal chiedersi se il pronunciamento attuale del giudice delle leggi vada effettivamente nella direzione auspicata.

Si badi: la Corte è ancora fermamente convinta di tale necessità al punto da inserire nelle motivazioni della sentenza la presa d'atto che il legislatore è rimasto inerte per tutto il considerevole lasso di tempo da essa concesso, quasi a voler precostituire la giustificazione del suo successivo intervento. In altri termini, l'inerzia del legislatore, a fronte della "messa in mora" decisa nell'ordinanza, assurge a condizione giustificatrice per un intervento che travalica i limiti che essa normalmente si impone, valendo a conferirle una sorta di potere che di fatto finisce per essere "quasi-normativo". Certo, nella vicenda attuale ci sono in gioco beni di cruciale rilievo, come quello della vita e l'autodeterminazione del soggetto a decidere in merito ad essa, e tanto basta alla Consulta per decidere di assumersi l'onore assai gravoso di "scrivere" una disciplina, passando così dalla teoria delle *rime obbligate* a quella dei *criteri di riempimento costituzionalmente necessari* da individuarsi nel complesso del sistema vigente.

---

[27] Così il dispositivo della sentenza n. 242 che già a prima lettura si annuncia alquanto complesso in quanto si distingue tra i fatti anteriori alla pubblicazione della decisione in Gazzetta ufficiale e quelli successivi, col chiaro intento ovviamente di non travolgere col suo giudicato proprio il caso Cappato, dal momento che la Corte inserisce sia nel dispositivo sia in motivazione condizioni procedurali non prodottesi nel caso concreto da essa esaminato.

[28] Netto e chiaro il disappunto per la decisione di A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2019, a giudizio del quale anche un eventuale, ed auspicato, intervento futuro del legislatore sarebbe costretto a restare nei canoni della sentenza, avendo ormai la Corte acquisito la "*Kompetenz-Kompetenz*" sulla materia. Sul suicidio assistito (cvo di A. Ruggeri)

[29] La questione principale sottesa alla singolare sequenza delle due pronunce riguardava la vincolatività dell'ordinanza nei confronti della nuova decisione. Ci si chiedeva cioè se la Corte, stante il silenzio del legislatore, fosse tenuta a dichiarare l'incostituzionalità nei termini già accertati ma non effettivamente dichiarati con l'ordinanza. Hanno analizzato questo aspetto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 23.06.2019; 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*, *ivi*, 2019; J. LUTHER, *Corte "incappata"?*, ivi, 2019 e E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. costituzionali*, 2019, III, 531.

[30] In senso adesivo al testo le osservazioni di M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale,* cit., 292 ss.; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio,* cit., 7 ss.

[31] Ord. n. 207/2018, p.to 11 cons. dir.

Di certo c'è che con l'ordinanza n. 207/2018 la Corte ha dato un altro segnale della crescente condizione di insofferenza verso i canoni che presiedono allo svolgimento dei suoi giudizi, accentuando, con l'ausilio di decisioni sempre più "innovative", quella tendenza, denunciata con preoccupazione da una certa parte della dottrina[32], ad essere un soggetto "politicamente" attivo a discapito della funzione di garanzia che è chiamata a svolgere nel sistema costituzionale. Ciononostante non si può non concordare con chi ha fatto notare[33]che la lettura e l'interpretazione della più recente giurisprudenza costituzionale fa registrare la messa in discussione di alcuni capisaldi acquisiti della suddetta giurisprudenza, tra i quali non può non annoverarsi quello del rapporto con la discrezionalità del legislatore, da sempre in vario modo presente nell'attività della Corte e per certi aspetti caratterizzante il sistema di controllo sulle leggi[34], a partire dal dibattito in Assemblea costituente sui poteri e il ruolo della nostra Corte costituzionale.

In particolare, l'orientamento della Corte a "smarcarsi" per così dire dal limite della discrezionalità politica ha riguardato in prevalenza la materia penale spingendola a teorizzare un vincolo assai più flessibile che in passato alla sua dottrina delle "rime obbligate" specie allorquando nella stessa materia la Corte si era ritrovata a lanciare dei moniti, affidati il più delle volte a pronunce di inammissibilità, rimasti tuttavia inascoltati dal legislatore[35]. Così come, ancora di recente, sempre di fronte a suoi appelli rimasti inascoltati, la Corte ha ulteriormente puntellato il suo ruolo di supplenza sostenendo che a giustificare il suo intervento, in caso di riscontrato vulnus ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima (…) idonea ad essere assunta come *tertium comparationis*»: essenziale e sufficiente è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» si da sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima e consentire alla Corte «di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia»[36].

Nel caso di specie il punto di riferimento certo nel sistema, come già prospettato nell'ordinanza, è costituito dalla legge n. 219 del 2017 dal quale la Corte muove, per poter successivamente procedere,

---

[32] Si v. al riguardo, tra gli altri, i contributi di R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffré, Milano, 2017; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna, 2017; AA. VV. *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 2017.

[33] Per una sintesi di questo nuovo orientamento si rinvia all'ampia analisi di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 653.

[34] Ha saputo riassumere con formula felice il rilievo della discrezionalità nei rapporti tra Corte e Parlamento, P. COSTANZO affermando che "in nessun altro settore come in questo, la Corte è stata costretta a riflettere su se stessa, sulla latitudine dei suoi poteri, sulla sua collocazione istituzionale e… sul suo rapporto con il parlamento legislatore": cfr. *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, Relazione tenuta nell'ambito delle "*IV Jornadas italo-espanolas de justicia constitucional: 50 aniversario del la Corte constitucional italiana, 25 aniversario del Tribunal constitucional espanol",* 22 y 23 septiembre 2005 – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, oggi in *Consulta OnLine*, 2006, 9.

[35] Cfr. al riguardo sentt. nn. 134/2012, 236/2016, 222/2018; in dottrina da ultimo, con continuità sul tema, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive,* in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 3.

[36] Cosi Corte cost. sent. n. 222 del 2018, p.to 8.1 cons. dir che cita a sostegno sent. n. 236/2016. Ripercorre lo schema argomentativo utilizzato dalla Corte, nella prospettiva indicata nel testo, G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e razionalità delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità,* in *Giur. cost*, 2018, 2570, che ne dimostra l'applicazione anche nella circostanza dell'ordinanza n. 207/2018. L'unica differenza con la pregressa giurisprudenza, secondo l'A. come altri in dottrina, è stato l'utilizzo dello strumento interlocutorio dal quale però era già facilmente rinvenibile la volontà della Corte a smarcarsi dal vincolo della discrezionalità politica, vissuta come un ostacolo al suo pieno sindacato.

con straordinaria capacità individualizzante della fattispecie oggetto del giudizio[37], all'individuazione del contenuto additivo sempre «ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessarie, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»[38]. Gli specifici criteri di riempimento sono individuati negli artt. 1 e 2 della citata legge che già pongono le modalità di accertamento «della capacità di autodeterminazione del paziente e del carattere libero e informato della scelta espressa»[39]. Fin qui dunque la sentenza è in continuità con l'ordinanza che la precede.

Proseguendo, però, il livello di discrezionalità della decisione cresce anche in rapporto agli stessi criteri procedimentali che la Corte si è data, finendo per impattare sensibilmente sul principio di legalità penale. È richiesta, infatti, la verifica delle sussistenza della condizioni da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale e il parere preventivo dei comitati etici territoriali. Quest'ultima condizione, in particolare, rischia di sortire un'eccesiva discrezionalità nella sua applicazione e che, soprattutto, trasformi la procedura in qualcosa di troppo lungo e complesso per malati che stanno soffrendo e che si trovano in condizioni irreversibili. Sebbene nella motivazione della sentenza, la Corte spieghi che il ricorso ai comitati etici sia dovuto alla complessità dei valori in gioco e illustri quelli che, a suo giudizio, sarebbero gli «esistenti comitati etici», resta da capire se effettivamente esistano su tutto il territorio nazionale e soprattutto da chi siano composti. Il timore è che ci si possa trovare di fronte ad organismi, formati da professionisti anche non medici, che rispondano a precisi indirizzi politici delle singole regioni prima ancora di valutare le richieste.

Da ultimo, la questione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario non previsto nella legge 219/2017[40]. Afferma, infatti, la Corte che «Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente 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»[41]. Dal tenore letterale della pronuncia ne consegue che la "coscienza" del medico prevale in assoluto sulla volontà del paziente, subordinando così il diritto di una persona che versa in gravi condizioni di sofferenza e fragilità alla coscienza del personale sanitario. Inoltre, la deludente storia dell'obiezione di coscienza nel caso dell'aborto terapeutico, previsto dalla legge n. 194 del 1978, avrebbe dovuto far riflettere. L'elevato numero dei medici obiettori nelle strutture sanitarie pubbliche non è servito a ridurre il numero degli aborti ma soltanto a rendere difficile la sua pratica nel settore sanitario pubblico e ad incrementarla nelle strutture private

In conclusione, a leggere quest'ultima parte della sentenza viene da pensare che la Corte abbia tirato il freno a mano al momento sbagliato. Entrambe le condizioni erano già riportate nell'ordinanza ma solo nella forma di linee-guida, ossia come suggerimenti rivolti futuro legislatore. La loro

---

[37] E' doveroso evidenziare come ha fatto E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018.*, cit., 542, che la Corte compie l'operazione di ricostruzione in totale autonomia senza cioè ricavare nulla dall'ordinanza di rimessione del giudice a quo, indice del fatto che ciò "che si presentava alla decisione della Corte, insomma, era uno dei paradigmatici «casi critici», la cui specificità e individualità preme irresistibilmente sul diritto affinché emerga una soluzione *in concreto* realmente *adeguata* al compito di *rendere giustizia* rispetto a *quello specifico fatto*". Nella sentenza n. 242 del 2019 la Corte si richiama ad «una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa» individuata dalla stessa «all'interno del *petitum* principale del remittente» e coincidente con i casi già "ritagliati" dall'ord. n. 207 del 2018, in cui «l'aspirante suicida si identifichi –come nella vicenda oggetto del giudizio a quo- in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» p.to 2.3 cons. dir.

[38] Corte cost. sent. n. 242 del 2019, p.to 4 cons. dir.

[39] Sent. n. 242 del 2019, p.to 2.3 cons. dir.

[40] Ha osservato acutamente M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale,* cit., 300, che il passaggio sull'obiezione di coscienza del personale sanitario è stato introdotto nella pronuncia, con molta probabilità, a seguito degli interventi pubblici dell'Ordine dei medici. Sul punto si vedano i comunicati stampa del 23/11/2019 e del 25/11/2019 pubblicati sul sito ufficiale della Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

[41] Pto 6 cons. dir.

previsione però in una pronuncia additiva di illegittimità cambia tutto sia per l'autodeterminazione del soggetto, ben circoscritta da paletti procedimentali poco rassicuranti, e di fatto sparita nella motivazione della sentenza, sia per il Parlamento, la cui scelta, se mai ci sarà, è già stata fortemente ipotecata dalla Corte costituzionale.

5. *Breve nota conclusiva.*

La vicenda Cappato ha fatto fibrillare molto il sistema costituzionale. I soggetti coinvolti, Parlamento, Corte costituzionale e giudici, si son mossi come i noti personaggi pirandelliani in cerca di un autore che ricostruisca la trama dei loro interventi. Di certo, il principio della separazione dei poteri previsto in Costituzione non è degradato a mero orientamento ora, e solo perché la Corte ha dimostrato particolare sensibilità nei riguardi di un tema che colpisce profondamento la pubblica opinione. Lo si è detto in apertura: è la forza della vita, dei fatti che la connotano a travalicare il diritto. Fin quando è il singolo giudice a dover decidere su una questione scientifica controversa, e quindi eticamente combattuta, la soluzione, giusta o sbagliata che sia, sarà pur sempre confinata a quell'esclusivo caso sottoposto al suo esame. Tutto diverso invece, quando, quel giudice è la Corte costituzionale non solo, e non tanto, perché mette in atto tecniche procedurali innovative per giungere all'obiettivo della tutela di un diritto ma perché la sua giustizia non potrà che essere la giustizia del caso concreto, come accaduto per D. J. Fabo. È quì il vero punto debole di una supplenza realizzata superando la discrezionalità del legislatore.

Cosa accadrà a tutti quei casi simili, ma non identici, alla vicenda risolta con la sentenza in esame? Se nuovamente chiamata in causa da un giudice a quo, timoroso di sbagliare per gli incerti riferimenti normativi e giurisprudenziali, la Corte sarà altrettanto risoluta a superare la discrezionalità delle scelte politiche? Nel caso della procreazione medicalmente assistita, la Consulta ha lavorato di sponda con i giudici comuni, che per primi, hanno evidenziato le gravi carenze della legge 40, consentendo alle sentenze ablative di illegittimità costituzionale di estendere alla generalità dei consociati i benefici di pochi. Nel fine vita, invece, la prospettiva è ribaltata e il silenzio del legislatore, rischia seriamente di compromettere il dialogo tra Corte e giurisdizione. La Consulta, infatti, non ha gli stessi poteri istruttori di cui godono le istituzioni rappresentative e la scelta di farsi carico della soluzione delle questioni scientifiche, eticamente controverse, seppur lodevole nei riguardi della tutela dei diritti fondamentali, rischia di farla precipitare nell'agone della conflittualità politica, come accaduto nel caso Cappato.

Nel bene o nel male la Corte ha compiuto i suoi passi e fatto le sue scelte. A preoccupare invece è più di tutto il silenzio assordante delle Assemblee parlamentari, dei luoghi in cui la decisione politica si salda con la rappresentanza parlamentare. Di fronte all'incalzare dello sviluppo scientifico e il silenzio dei decisori politici, torna a presentarsi puntuale un tema ben noto a Max Weber ossia chi comanda tra il sapere scientifico e il potere politico. Certo Weber ragionava sulla loro contrapposizione tra il 1917 e il 1919, mentre si profilava il destino della Germania e dell'Europa intera alla fine della Prima guerra mondiale. Ciononostante, la portata di quegli insegnamenti, oggi rilanciati da Massimo Cacciari in occasione degli avvenimenti pandemici dell'inizio del 2020[42], resta valido ancora oggi e si traduce in una esortazione alla democrazia dei moderni a non rinunciare mai allo status e al ruolo che compete alla decisione politica. Dietro quella rinuncia, si muovono e agitano altri poteri per occuparne lo spazio, come nel caso della nostra Corte costituzionale, e questo alla lunga può far davvero male ad uno stato costituzionale di diritto.

[42] M. CACCIARI, *Il lavoro dello spirito. Saggio su Max Weber*, Adelphi ed., Milano, 2020.