

Seminario *preventivo*

Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale

(Università di Bologna - 12 ottobre 2018)

A cura di ANDREA MORRONE

Il Seminario preventivo si è svolto presso l'Università di Bologna il 12 ottobre 2018. Dopo l'introduzione di Andrea Morrone, sono state svolte le relazioni di base da Giovanni Di Cosimo e da Stefano Canestrari e, a seguire, comunicazioni libere di Alberto Arcuri, Stefano Bissaro, Tomaso Francesco Giupponi, Andrea Guazzarotti, Maria Pia Iadicicco, Maria Mocchegiani, Irene Pellizzone, Andrea Pugiotta, Francesca Rescigno, Paolo Veronesi. Al termine i relatori hanno svolto brevi repliche.

L'intero seminario può essere visto su “radio Radicale” che ha registrato i lavori: <https://www.radioradicale.it/scheda/554071/il-caso-cappato-davanti-alla-corte-costituzionale>.

Gli atti qui raccolti sono il testo provvisorio delle relazioni svolte oralmente da alcuni partecipanti.

Indice

Introduzione

ANDREA MORRONE

Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista

Relazione di base

GIOVANNI DI COSIMO

Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale (scaletta)

Interventi

ALBERTO ARCURI

Alcuni interrogativi sul “caso Cappato”

MARIA MOCHEGANI

Intervento al Seminario preventivo “Il Caso Cappato davanti alla Corte costituzionale”

IRENE PELLIZZONE

L’aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza

ANDREA PUGIOTTO

Variazioni processuali sul “caso Cappato”

FRANCESCA RESCIGNO

Brevi riflessioni laiche a margine del caso Cappato

PAOLO VERONESI

Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla quaestio Cappato-DJFabio?

ANDREA MORRONE

(ordinario di Diritto costituzionale nell'*Alma Mater Studiorum*-Università- di
Bologna -andrea.morrone@unibo.it)

Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista

1. *Orizzonti. Nessun caso della vita è mai un'isola senza arcipelago*

In questo breve scritto mi limiterò a mettere in evidenza i punti salienti della questione e le sue possibili soluzioni. Comincio con quello che dovrebbe essere lo sfondo costituzionale della vicenda. **Nessun giudizio costituzionale si risolve in una decisione di un caso concreto isolato dall'ordinamento costituzionale** complessivamente considerato. La corte costituzionale ha a che fare con i problemi di una società, non di un singolo individuo: il “caso” è il **punto di vista monografico di un problema costituzionale di interesse generale o politico**, una vicenda nella quale ponderare i principi costituzionali, apprezzando i modi in cui la legislazione provvede a concretizzarli, con lo sguardo sempre rivolto alla società di riferimento, in cui, la stessa Corte costituzionale è collocata, come parte e come interprete (privilegiato). Anche questo è un “caso” della nostra esperienza costituzionale e all'interno di questa va affrontato e risolto.

Nel “caso Cappato” si discute di situazioni soggettive che ruotano intorno alla **questione del *fine vita***: sollecitati sono il rapporto tra diritto e scienza medica, tra diritto e bio-etica, tra politica e *bios*. Siamo di fronte a un tema cruciale: in tutte le questioni che riguardano la “vita umana” si scontrano due mondi: quello della “sovranità politica”, intesa come dispositivo di governo di una comunità di individui organizzata mediante il diritto, e quello della “sovranità del bios”, come strumento di “governo del sé”, autonomo da ogni vincolo politico-giuridico (ne ho discusso in *Sovranità*, relazione al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2017, pp. 1-108).

Il cuore della questione particolare è una domanda concernente il riconoscimento di un *nuovo* diritto fondamentale: il *diritto a morire* (nonostante le sfumature lessicali o le aggettivazioni). Qualunque domanda per nuovi diritti, tuttavia, impone di “separare il grano dal loglio”: il riconoscimento passa attraverso la distinzione tra mere pretese individuali, situazioni di liceità o di libertà e autentici diritti soggettivi. Convitato di pietra è la recente e tormentata legge sulle “DAT” (l.n. 219/2017) che porta a sviluppo il riconoscimento

costituzionale del diritto di rifiutare le cure previo valido consenso. Da questa legge sono escluse le condotte che ricadono nell'ambito di applicazione delle fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 (omicidio del consenziente, istigazione e aiuto al suicidio), che il legislatore non ha sentito il bisogno di modificare, ritenendole non incompatibili con le nuove norme, o comunque dirette a regolare situazioni ad esse estranee.

2. I tre problemi dell'ordinanza di rimessione. Il primo: un'interpretazione adeguatrice non fatta?

L'ordinanza di rimessione presenta essenzialmente **tre problemi** che dovranno essere sciolti nel giudizio della Corte costituzionale. Il **primo** riguarda la lettura dell'art. 580 c.p. e **la possibilità di un'interpretazione conforme** a Costituzione, che, se ammessa, potrebbe portare ad una decisione *in limine litis* di inammissibilità (o un'inammissibilità nel merito). Il giudice *a quo* afferma di essere stretto tra l'interpretazione larga, considerata come il "diritto vivente" formatosi sulla norma penale, e l'interpretazione stretta della disposizione (suffragata, *invero*, da un maggior numero di precedenti), che egli stesso pare preferire. Dalla decisione della Cassazione che sposa la **lettura ampia** della fattispecie incriminatrice (sent. n. 3147/1998, di annullamento della decisione della Corte d'Appello di Messina, che limitava l'art. 580 c.p. alla condotta diretta a "rafforzare" il proposito suicidario) deriverebbe un **duplice vincolo**: (1) v'è autonomia tra l'aiuto e l'istigazione al suicidio; (2) qualsiasi comportamento materiale è "aiuto", anche senza ricadute sul processo deliberativo del soggetto passivo. Se si seguisse, invece, **l'interpretazione restrittiva**, ad essere punibile sarebbe solo la "alterazione del processo deliberativo", non la "mera attuazione" libera e consapevole di una volontà altrui (pag. 13 e 14 dell'ordinanza, ove si richiama il "caso Tedde", deciso dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Venezia, che sembra avallare la tesi favorevole all'interpretazione stretta: punite sono solo le condotte "direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio", che "essenzialmente si pongano come condizione di facilitazione del momento esecutivo del suicidio stesso").

Una domanda sorge spontanea, anche al giudice *a quo*: **è possibile seguire questa seconda strada?** Il gip di Milano, che aveva disposto l'imputazione coatta, nell'assecondare la decisione della Cassazione, aveva con dovizia di argomenti sostenuto la risposta negativa: leggere restrittivamente l'art. 580 c.p. (con assoluzione di Marco Cappato) non sarebbe mera interpretazione, ma creazione giuridica, cioè legislazione, integrando un'abrogazione parziale della fattispecie penale vietata dall'art. 25.2 cost.

Il giudice *a quo*, tuttavia, non segue l'impostazione del Gip (che aveva respinto, insieme alla richiesta di assoluzione, la domanda diretta a sollevare l'incidente di costituzionalità): ritiene, infatti, di dover promuovere la questione incidentale proprio perché posto di fronte all'alternativa o di adeguarsi a

un'interpretazione che non condivide, o di decidere in contrasto con la Cassazione, ma a costo di una successiva riforma.

Non è una motivazione convincente: decidere di non accogliere il punto di vista del Gip, escludendo che l'art. 25.2 cost. sia un ostacolo alla lettura adeguata, avrebbe dovuto condurre a sposare quest'ultima strada, della quale si riconosce apertamente la plausibilità. L'unica decisione della Cassazione in materia, come detto, non è un vincolo giuridico, semplicemente perché non è "diritto vivente" nel senso proprio del termine (cfr. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè, 1994).

3. ***Il secondo problema: qual è il bene giuridico in gioco? Dubbi sulla "non manifesta infondatezza"***

Il **secondo problema** riguarda il **bene giuridico** sotteso alla questione di costituzionalità e la gerarchia di valori che ne deriverebbe. Il giudice *a quo* si serve di diversi dati giuridici, *letti ad arte*, per sostenere la sua tesi: l'esistenza di un bene costituzionale (**il diritto all'autodeterminazione e quindi il diritto a morire**) eguale e contrario a quello sorretto dall'art. 580 c.p. (il diritto alla vita), che ne giustifica la declaratoria di incostituzionalità. Dico subito che trovo questo modo di argomentare l'esatto contrario di un giudizio di ponderazione di beni costituzionali: nell'ordinanza c'è un solo bene, "tirannico" per dirla con la Corte cost. (sent. n. 85/2013), che giustificherebbe la soluzione della questione "a rime obbligate". Fatto si è che **è tutta da dimostrare l'esistenza del bene giuridico di cui parla il giudice a quo**, dato, invece, per *ius receptum* alla luce delle fonti richiamate dall'ordinanza.

Basta seguirne il ragionamento. Il *pre-giudizio* è che l'art. 580 c.p. si spiega solo nella cornice del fascismo, in particolare con l'idea della "sacralità-indisponibilità della vita, in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo ritenuti preminenti nel corso del regime fascista". Quella concezione andrebbe invece superata: "allo stato", infatti, sarebbe necessaria una interpretazione conforme ai "nuovi principi introdotti dalla Costituzione che hanno comportato una diversa considerazione del diritto alla vita", ex art. 2 (principio personalistico) e art. 13 (inviolabilità della libertà individuale). Di *conseguenza*: (1) la vita "non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare" (primato della persona); (2) la libertà personale è libertà da "interferenze arbitrarie dello Stato", e da essa deriva: (a) il "potere della persona di disporre del proprio corpo" (si richiama Corte cost. sent. n. 471/1990) sicché la persona non può essere costretta a "subire un trattamento sanitario non voluto in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga"; (b) il diritto alla libertà e all'autodeterminazione (art. 32 cost.), che sarebbe riconosciuto nella giurisprudenza in materia di trattamenti terapeutici (si cita il "caso Welby", che tratta del diritto di rifiuto di cure non di un diritto al suicidio; il "caso Englaro", laddove riconosce che "il diritto all'autodeterminazione terapeutica [incontra] un limite allorché da esso consegue

il sacrificio del bene della vita”; nonché l’ambigua giurisprudenza della Cedu: nei casi *Pretty c. UK* del 2002; *Haas c. Svizzera* del 2011; *Gross v. Svizzera* del 2015); (3) tutto ciò troverebbe conforto nella legge sulle DAT (l.n. 219/2017), che avrebbe addirittura riconosciuto il “diritto a morire” rifiutando i trattamenti sanitari (sic!), ma non il diritto al suicidio assistito; ciò nonostante: (4) questa legge non negherebbe la “libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza” (in un passaggio si confonde questa situazione col diritto di scelta della cura senza conseguenze per il Servizio sanitario nazionale, citando il noto “caso Di Bella”, sent. n. 185/1998, che riguardava la pretesa all’estensione di un trattamento non sperimentato a tutti e, per questo, puntualmente *condizionato* nella decisione di merito della Corte costituzionale). Il risultato di questo incedere apodittico è il **riconoscimento dell’esistenza di una libertà o di un diritto di scegliere quando e come morire.**

Da questa rapida sintesi appare evidente il **carattere malfermo della prognosi sulla “non manifesta infondatezza”**: il dubbio sussiste perché il giudice *a quo* riconosce come diritto un bene che, tuttavia, nella Costituzione e nel diritto vivente giurisprudenziale semplicemente *non esiste*. Dirò poco oltre perché questa tesi non è costituzionalmente ammissibile (cfr. *infra* n. 5).

Parto da alcune **considerazioni generali**, per dimostrare la *singularità* della prospettiva del nostro giudice *a quo*. Se si guarda al diritto comparato emergono due dati costanti che indeboliscono gli assunti della Corte d’Appello di Milano. Tutti gli ordinamenti del mondo occidentale puniscono l’aiuto al suicidio (e, quindi, riconoscono il diritto alla vita, direttamente o indirettamente: per cui va relativizzato il discorso sull’anacronismo della *ratio* storica della norma del “codice Rocco”). La giurisprudenza sensibile alle questioni del “fine vita” e, soprattutto, il diritto positivo vigente non arrivano mai a riconoscere un diritto a decidere quando e come morire. L’unica eccezione degna di nota è un precedente della Corte Suprema della Colombia che, nel depenalizzare il reato di *homicidio por piedad*, parla di un diritto a morire dignitosamente. Nel “caso Carter” (2015), che pure viene citato dai cultori della materia, la Corte suprema del Canada ha annullato il divieto penale di ricorrere all’aiuto del medico per morire, perché in contrasto col diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona e dei soggetti che chiedevano aiuto: ma la decisione di annullamento è *stata sospesa* in attesa dell’intervento del legislatore che, guarda caso, ha tradotto quella domanda di libertà nella legge 16/7/2016 sull’*aide médicale à mourir*.

Proprio quest’ultima è, in genere, la soluzione perseguita dal diritto positivo: negli ordinamenti di Belgio (legge sull’eutanasia medica del 2012), Canada (la citata legge del 2016), Francia (legge del 1999 e del 2002), Germania (l. 2015), Lussemburgo (l. 1998 e l. 2009), Paesi Bassi (l. 2002), Regno Unito (linee guida del 2010), e negli stati membri dell’Australia (Vittoria) e degli Stati Uniti d’America (tra cui l’Oregon; ma la giurisprudenza della Corte Suprema esclude il diritto al suicidio assistito, specialmente nel caso Washington del 1997) si prevede, come **eccezione alla regola della protezione della vita**, una disciplina legale

dell'**aiuto medicalmente assistito a morire** (anche in forma di cd. eutanasia attiva) in casi estremi come causa di giustificazione dei corrispondenti reati incidenti sul bene della vita umana. Pure in Svizzera, che viene additata come caso esemplare, è punito l'aiuto a suicidio per motivi egoistici e non altruistici; e da qui che è emersa la *prassi* delle cliniche che lecitamente praticano forme di aiuto al suicidio per motivi non egoistici o altruistici, cui il medico non è tenuto ma è libero di prestarsi.

I precedenti italiani che vengono invocati non mi paiono solidi appigli su cui ancorare il riconoscimento di un diritto di autodeterminazione sul fine vita. Nel notissimo "**caso Englaro**" (Cass. 21748/2007) si afferma che "il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita", e, al contempo si stabilisce la necessità che il rifiuto di cure sia informato, autentico e attuale: se c'è consenso "non può essere disatteso in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico"; "né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia"; quella scelta è nel senso che "la malattia segua il suo corso". Non mi pare, dunque, che si parli di un diritto a scegliere quando e come morire. Nell'altrettanto citatissimo "**caso Welby**" (che a differenza di Eluana poteva esprimere il proprio consenso) si dice che l'interruzione di una terapia (nel caso: il distacco del respiratore effettuata da un medico e non da un familiare), rientra nell'art. 32.2 cost., all'interno di un rapporto terapeutico: per cui il preteso diritto a lasciarsi morire si realizza per mezzo del rifiuto di un trattamento sanitario ex 13 e 32.2 cost. (Gup Roma 23/7/2007 imp. dr. Riccio).

La stessa giurisprudenza della Corte Edu mi sembra piuttosto *interpolata* nell'ordinanza, facendo parlare i giudici di Strasburgo una lingua di cui non c'è traccia nelle decisioni più rilevanti. Nel "**caso Pretty c. UK** (2002), si trae che dal diritto alla vita (la cui sacralità è proclamata) non deriva il diritto alla morte con assistenza di un terzo o per mano della pubblica autorità. La decisione contiene, invece, un importante monito contro i rischi manifesti di abuso contro soggetti deboli che potrebbero disporre in maniera avventata. In **Haas c. Svizzera** (2011), il diritto di decidere quando e come porre fine alla propria vita (previsto in quell'ordinamento nei termini di cui si è detto) viene collocato nell'art. 8 Cedu: ciò nonostante i giudici di Strasburgo prendono atto che gli stati del Consiglio d'Europa in maggioranza tutelano la vita, riconoscono che il rapporto tra le due situazioni è coperto dalla riserva di un ampio margine di apprezzamento, e si riafferma l'esigenza di provvedere con attenzione contro i rischi manifesti di abuso del diritto qualora fosse riconosciuto. Infine, in **Gross c. Svizzera** (2013) il giudizio verte sull'inadeguatezza delle linee guida circa l'ottenimento di un farmaco esiziale, ritenute perciò in contrasto con l'art 8 della Cedu, laddove questa norma prevede un atto normativo (e non uno strumento di *soft law*). È significativo, piuttosto, che nel contesto della Convenzione europea, il Consiglio d'Europa abbia adottato una Risoluzione (n. 1859 del 2571/2012), in cui si dice apertamente che l' "eutanasia deve essere sempre proibita".

Facendo un'attenta ponderazione dei dati giuridici disponibili, allora, **l'incidente di costituzionalità avrebbe potuto essere orientato diversamente** da come fatto dal giudice *a quo*: limitando la richiesta di introdurre per via giurisprudenziale una causa di giustificazione al solo caso di malati terminali e alle condotte di aiuto *pietatis causa*, come avevano ritenuto il Pubblico ministero e, soprattutto, la difesa di Marco Cappato allorché, in subordine all'assoluzione, avevano richiesto si sollevare la questione di costituzionalità proprio su questo profilo. Perché non è stata seguita questa soluzione? Per non incorrere nell'obiezione, insormontabile per il Gip che ha ordinato l'imputazione, di un'inammissibile invasione della sfera legislativa?

Non sono questi gli obiettivi dell'ordinanza di rimessione. Vero è, invece, che **la volontà del giudice *a quo* è diretta proprio a porre al centro la questione circa il riconoscimento di questo diritto all'autodeterminazione sul fine vita**. L'interpretazione stretta del 580 c.p. è il precipitato di quel presupposto, e il giudice *a quo* non ritiene di poterla portare ad effetto, se non dopo che la Corte costituzionale abbia riconosciuto quel diritto fondamentale: se liberamente si decide di morire (senza coazione: altrimenti scatterebbe l'art. 580 c.p. che, invece, va limitato ad atti di manipolazione della volontà del soggetto passivo, perché questa condotta lede il bene della vita), non ha senso punire chi aiuta solo in via materiale. Quest'ultima condotta è un mero strumento, sicché l'agente diventa una sorta di proiezione del soggetto passivo impedito fisicamente (anzi: il soggetto passivo diventa soggetto attivo, è lui stesso che uccide se stesso).

4. Il terzo problema: un *petitum* ancipite e indeterminato?

L'ordinanza ha un **terzo problema** che riguarda la domanda: il ***petitum* è incerto. Qual è il verso della domanda? E, quindi, quale il verso della risposta?** Nell'ordinanza si chiede la declaratoria di illegittimità dell'art. 580 c.p. sotto due concorrenti profili: 1) nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, I comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; 2) nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, II comma e 27, III comma della Costituzione.

Le due domande contengono in realtà **una pluralità di possibili alternative**: il primo punto condiziona l'esito del secondo punto, ma le combinazioni sono molteplici. L'esito della prima domanda potrebbe essere tanto un accoglimento secco, quanto un accoglimento manipolativo: (1) caducazione

integrale dell'aiuto perché quello penalmente rilevante (oggetto di interpretazione stretta) sarebbe ricompreso nell'istigazione (ma tra le due fattispecie resterebbe una differenza che non troverebbe spazio nella pronuncia sull'integrale *abolitio criminis*: un conto determinare, altro agevolare-manipolare la volontà altrui); (2) caducazione manipolativa dell'aiuto al suicidio: ma in che senso? Limitatamente alla tesi restrittiva? A quest'ultimo riguardo, forse, sarebbe sufficiente un'interpretativa di rigetto, come detto. La postulata irragionevolezza del trattamento sanzionatorio - lasciando sullo sfondo la questione relativa al fatto se i margini, tra il minimo e il massimo edittali, lascino al giudice la possibilità di graduare in concreto le pene in relazione alle differenti fattispecie di istigazione e di aiuto - l'irragionevolezza dicevo non può prescindere dalla risoluzione della prima questione. Se cade il reato cade la sanzione, ma se il reato non cade o se viene manipolata la relativa fattispecie, anche la sanzione deve risentirne. Il fatto è che il giudice postula un differente trattamento sanzionatorio tra condotte, a prescindere dalla loro legittimità costituzionale. La domanda che fa può essere interpretata nel senso che la norma penale tratta in modo eguale due o più condotte tutte penalmente rilevanti. La seconda domanda entra in contraddizione con la prima: da un lato si postula l'illegittimità della condotta di aiuto (salvo stabilirne il verso), dall'altro si rileva l'irragionevolezza *quoad peonam* per due o più condotte vietate penalmente.

Siamo quindi in presenza di un classico caso di **questione ancipite** il cui verso è ambiguo, incerto, suscettibile di plurime soluzioni, nessuna delle quali "a rime obbligate". L'art. 25.2 Cost., che il giudice a quo vorrebbe ignorare, per il modo come è stato costruito il *petitum*, diventa un limite davvero insormontabile.

5. Il punto chiave: la falsa teoria della libertà scambiata per diritto soggettivo

Per dimostrare il carattere malfermo dell'ordinanza in punto di non manifesta infondatezza, però, si deve focalizzare l'attenzione sulla **teoria dei diritti**. L'ordinanza dà voce ad alcune correnti di pensiero che tendono a svalutare il discorso sui diritti fondamentali, facendone il contenuto di quel "costituzionalismo dei bisogni" di cui parlava Stefano Rodotà, quando, per finalità di *politica del diritto*, proponeva di trasformare ogni domanda individuale in un diritto esigibile e azionabile. Una cultura intrisa di **semplificazioni teoriche**, come quando si contrappongono, nel discorso intorno alle pretese individuali, paternalismo e laicità, statalismo e individualismo. Il più grave fraintendimento, però, riguarda la **confusione tra la sfera della libertà individuale e il concetto di diritto soggettivo presupposto dei diritti fondamentali, vecchi e nuovi**. È sempre attuale - ma, forse, non è più retorica - la domanda posta da Giuliano Amato qualche anno fa: la libertà è involucro del tornaconto egoistico o della responsabilità individuale? (cfr. G. Amato, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, ora in Id., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2014, 169 ss.).

L'autodeterminazione individuale, invero, attiene alla **sfera generale di libertà dell'individuo**: nella dimensione pre-giuridica (o, con Hobbes, nello *stato di natura*) essa vale come libertà di tutti a tutto (l'individuo è giudice per sé e giudice di sé); nella dimensione giuridica e costituzionale (cioè, nella società organizzata mediante il diritto), l'autodeterminazione vale come libertà di fare e di poter fare *tutto ciò che non è vietato dalla legge*. Il principio di legalità domina sulla sfera della liceità (i cui contorni spettano alla politica legislativa). **L'autodeterminazione non costituisce (non può costituire) un "generale diritto alla libertà"**, il cui contenuto coincide con le preferenze personali di ciascun individuo. **Lo stato di diritto costituzionale non ammette poteri totalitari, neppure se questi poteri siano espressione di pretese individuali. Ciò che è lecito o espressione di mera libertà non è perciò diritto soggettivo da difendere e promuovere costituzionalmente.** La depenalizzazione dell'uso delle droghe non trasforma la generale libertà di drogarsi in un diritto soggettivo che lo stato deve garantire e promuovere ex artt. 2 e 3 cost. Così, pure, prostituirsi, mutilarsi fisicamente, abortire, procurarsi la morte, ecc. (su ciò, per tutti, A. Barbera, *La costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2016).

Nella costituzione repubblicana il principio cardine è la **persona umana**, la sua difesa, la sua promozione e il suo sviluppo. "Persona umana", e non la generica "dignità" *bon a tout faire*, che da noi è menzionata nel testo della Carta, non a caso anzi *pour cause*, come "pari dignità sociale" nell'art. 3.1 cost.; e come "dignità umana" limite all'intrapresa economica e, quindi, sempre in senso sociale, nell'art. 41.2 cost. Ciò perché **la dignità umana si realizza e ha senso nella vita di relazione sociale e non nella sfera privata** (cfr. Corte cost. sent. 78/1958 sull'imponibile di manodopera che precisa il concetto in questi termini: "attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini o che importino *umiliazione o sfruttamento dei lavoratori*").

Il referente della persona umana non è l'individuo egoisticamente inteso (il presupposto della mera libertà), ma *l'homme situé, l'uomo sociale, politico, parte attiva di una società*. **Il volto della persona umana è tratteggiato dal reciproco riconoscimento.** Il concetto di autonomia individuale rimanda a quello di **libertà sociale o istituzionale**: implica collaborazione reciproca, incontro e confronto, dialettica tra pretese e tra queste e doveri di solidarietà; e, dal punto di vista dell'organizzazione dei poteri, necessità di *istituzioni delle libertà* che mirino alla difesa e allo sviluppo della personalità. I diritti soggettivi, e solo i diritti soggettivi, vanno tutelati e promossi in quanto attributi della persona umana: servono per realizzare la persona umana, per perseguire i suoi fini (ricercare la felicità e l'indipendenza individuale), avendo la possibilità di scegliere tra alternative (alcune lecite altre vietate dalla legge).

Dal combinato disposto degli artt. 2 e 3.2 cost. discende la sagoma dell'intervento pubblico in materia di persona e diritti. La Repubblica "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni

sociali ove si svolge la sua personalità...”. Compito della Repubblica è la rimozione degli ostacoli che impediscono “il pieno sviluppo della persona umana”. In una parola: la promozione della personalità. **Protezione individuale e sviluppo della persona sono l’obiettivo fondamentale della Repubblica** (limitata non solo ai soggetti deboli, per i quali sono previste speciali forme di garanzia). Ne consegue che in base alla nostra Costituzione **non sono protetti comportamenti (liberi in quanto leciti) contro la vita umana**: guidare senza cintura o senza casco, drogarsi, suicidarsi sono espressioni di libertà individuale che non assurgono allo *status* di un diritto soggettivo fondamentale, che implicherebbe esigibilità e corrispondenti garanzie. Sono libertà, in genere, regolamentate dallo stato: disciplina e limiti sono posti a tutela di valori concorrenti ritenuti meritevoli di maggiore protezione (diritti veri e propri o altri beni costituzionali).

Il **diritto alla salute**, come diritto di libertà, implica il diritto di curarsi, non curarsi, di rifiutare le cure (con esito anche letale). L’art. 32 cost. rende eccezionale i trattamenti sanitari obbligatori in nome di un bene superiore (la salute come bene collettivo o comune). I “limiti imposti dal rispetto della persona umana” riguardano le cure mediche, legittimano il **diritto al rifiuto di accanimento terapeutico e delle cure, non legittimano atti dispositivi della vita** (la cd. eutanasia attiva, o, dopo la legge sulle DAT, forme di eutanasia passiva non medicalmente assistita). L’interesse della collettività è per la *salute* individuale (la legge dello Stato australiano di Vittoria del 2017 ammette la morte assistita quando la sofferenza non può essere alleviata in modo ritenuto accettabile dal paziente secondo un procedimento sanitario complesso; la legge 219/2017 riconosce il diritto al consenso informato in ambito medico sanitario come presupposto delle DAT che possono comportare il rifiuto di *qualsiasi* trattamento sanitario). Il **diritto al consenso informato, presupposto dell’autodeterminazione in ambito sanitario, rappresenta esso stesso un limite per la persona e le sue decisioni**: implica una scelta qualificata, relazionale, condivisa (la cd. alleanza terapeutica). Peraltro, oggi, proprio la legge sulle DAT rende del tutto marginale la pretesa libertà di morire, non ammessa per legge neppure in ambito medico-sanitario, ove è riconosciuto solo il diritto a disporre di trattamenti sanitari in caso di impossibilità di esprimere il proprio consenso, e nelle forme e coi limiti stabiliti dalla legge. Al di fuori di questa situazione, c’è solo la volontà della legge penale a protezione della vita umana.

La scienza in genere (e quella medica in particolare), dal punto di vista della Costituzione, **è in funzione della salute e della vita dell’individuo**. Certo: il “caso Di Bella” (Corte cost. sent. n. 185/1998) dimostra che anche di fronte a un “farmaco” non validato dalla comunità scientifica è possibile riconoscere un’aspettativa che rientra nel “contenuto minimo” del diritto alla salute: ma, ciò, solo nel senso di corrispondere al desiderio umano di **preservare una vita** destinata a sicura morte. La **legge sulle DAT conferma questo principio**: prevede che il consenso informato e la libera scelta dell’individuo possa essere disatteso dal medico d’accordo col fiduciario (non solo se appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente) ma

quando “sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita” (art. 4.5), e in caso di conflitto tra medico e fiduciario interviene il giudice (art. 3.5). Ciò finisce per relativizzare la vincolatività delle dichiarazioni, di fronte, non a caso, a situazioni potenzialmente migliorative per la vita del paziente.

Escludere un diritto all’autodeterminazione e quindi un diritto di morire, non equivale a negare la rilevanza giuridico-penale, come possibile cause di giustificazione, di condotte *pietatis causa*. Per le situazioni estreme di gravi patologie, che riducono l’esistenza a una parvenza di vita, non c’è una disciplina costituzionalmente obbligatoria. Le scelte spettano al legislatore e, in sua assenza, ai giudici, nei limiti di interventi che facciano sempre salva la posizione privilegiata spettante al processo democratico di decisione politica. La legge sulle DAT costituisce il passo più avanzato nella direzione di riconoscere e garantire il diritto al rifiuto delle cure (non solo) nei casi estremi. Tuttavia, questa legge, nel garantire un tale spazio di libertà come diritto soggettivo, ha chiuso l’area del lecito, perché tra ciò che essa consente e ciò che vieta il codice penale, *tertium non datur*. Qualunque intervento in qualche modo depenalizzante delle condotte di aiuto al suicidio (se non specificate, altrimenti si ri-espanderebbe la norma generale sull’omicidio) finirebbe per avere ripercussioni sulla legge n. 219/2017, delegittimandola, nella parte in cui limita l’autodeterminazione individuale ad atti dispositivi dei trattamenti sanitari con l’assistenza del personale medico e non anche all’intervento di soggetti privati, come Marco Cappato.

6. ***Sui possibili esiti (e una proposta)***

In sintesi, sulle **possibile soluzioni del “caso Cappato”**: i rilevati limiti formali e sostanziali dell’ordinanza di rimessione e, soprattutto, la debolezza dell’impianto teorico che la sorregge (scambiando “libertà” per “diritto soggettivo”), spingono la vicenda Cappato verso un esito lineare nel senso di una decisione di rigetto (o processuale o nel merito).

L’unico margine sarebbe quello di *aggirare* il cuore della domanda del giudice *a quo* (volto, lo ripeto, a riconoscere un diritto alla morte, con tutti gli aggettivi che si vogliono) e tentare la **strada strettissima di un’interpretativa** (di rigetto o di accoglimento) dell’art. 580 c.p. per trarne, in rapporto alle condotte oggi disciplinate dalla legge sulle DAT, alcune conseguenze sulle condotte di aiuto al suicidio. Se si assume come *tertium comparationis* la nuova disciplina dell’assistenza medica alla rinuncia di cure, l’art. 580 c.p. appare come una fattispecie troppo ampia perché non fa salve proprio quelle condotte che, ora, la legge n. 219/2017 rende esercizio pienamente legittimo di un diritto soggettivo. La Corte potrebbe, in definitiva, espungere (interpretativamente o con intervento chirurgico) l’inciso “in qualunque modo” dalla previsione dell’aiuto al suicidio. La conseguenza pratica, relativizzando la fattispecie penale, sarebbe lasciare al

giudice di merito (e *in primis* al giudice *a quo*) di trarne le conseguenze caso per caso.

Una soluzione di questo tipo potrebbe **attenuare il rischio di un impatto sul principio di riserva assoluta di legge in materia penale** (art. 25.2 cost.) che pende sull'intera questione come una spada di Damocle. La manipolazione della Corte costituzionale sarebbe limitata e, nei "sensi di cui in motivazione", riferibile per comparazione alle condotte riconducibili alla legge sulle DAT. Si lascerebbe, così, ai giudici la scelta di valutare penalmente le singole condotte concrete, senza pregiudicare la possibilità per il legislatore di intervenire in materia mediante una legge che segua le vie rituali del processo democratico.

Forum di Quaderni Costituzionali

GIOVANNI DI COSIMO
(ordinario di Diritto costituzione nell'Università di Macerata -
giovanni.dicosimo@unimc.it)

Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale
(Scaletta della Relazione di base)

1. *Questione eticamente sensibile*

L'ordinanza della Corte d'Assise di Milano solleva due questioni relative all'art. 580 del codice penale. La prima riguarda la fattispecie: l'incriminazione della condotta di agevolazione al suicidio; la seconda riguarda la pena edittale. Mi soffermo sulla prima questione, che non investe le ipotesi di istigazione e rafforzamento pure punite dalla disposizione, e che è logicamente prioritaria rispetto all'altra.

- Prima di approfondire la tesi del giudice *a quo*, va ricordato che la questione si trova al crocevia di dilemmi etici, concezioni filosofiche, visioni religiose. È un tema che tocca le più profonde convinzioni interiori della persona in merito alla vita e alla morte, in merito a quali siano le condizioni che consentono di vivere degnamente, in merito alla malattia ecc. Come noto, le due principali visioni sono quella liberale e quella religiosa:

- Secondo la visione liberale la persona ha la facoltà di porre fine alla propria vita e lo Stato non può impedirlo per mezzo della sanzione penale (Gemma, *Libertà costituzionale di porre fine alla propria vita*, 286 che si richiama ai principi del costituzionalismo liberaldemocratico del XX sec.). Questa tesi viene critica perché implica uno slittamento progressivo verso ipotesi ancor più controverse: è l'argomento del “piano inclinato” (*slippery slope*)¹. La replica è che l'argomento «non riconosce che costringere a vivere persone che vogliono realmente morire causa loro un grave danno» (Dworkin, *Il dominio della vita*, 272)

- Non si può negare che nell'ambito della concezione liberale esista il rischio di “assolutizzare l'autodeterminazione” (Zanichelli, *L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati?*, 428). Un esempio mi pare si trovi nella sentenza sul caso Englaro relativo a una persona in stato vegetativo permanente: la Cassazione usa

¹ «aperta la breccia nell'intangibilità della vita umana, sul presupposto del «motivo pietoso» e della «vita non degna», si apre (...) la scivolosa china dei «passi successivi»: dalla eutanasia passiva all'eutanasia attiva, anche non consensuale, del malato terminale, del malato incurabile ma non terminale: e perché non anche del vecchio, del portatore di handicap, del demente, del malato di mente? Col rischio di trasformare l'eutanasia individuale pietosa in eutanasia collettiva, di massa, e la difficoltà di distinguere l'eutanasia dal comune omicidio» (Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, 72).

un metodo indiretto² di deduzione della precedente - alla perdita della coscienza - volontà di rifiutare determinate terapie mediche, e accetta che tale volontà venga dedotta da dichiarazioni orali piuttosto che scritte

- In alcuni casi la concezione liberale ammette eccezioni alla regola dell'autodeterminazione in nome di un'impostazione in senso lato paternalistica (Casonato, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza*, 19): si tratta di vedere se l'eccezione è configurabile (ed eventualmente in quali termini e misura) in relazione al comportamento di chi aiuta un'altra persona a suicidarsi

- La visione religiosa (segnatamente quella cattolica) sottolinea l'irrinunciabilità e intangibilità della vita umana (Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, 71). Sostiene una concezione sacrale della vita. I critici di questa visione mettono in evidenza che esprime una concezione paternalistica (Feinberg), ossia l'idea che lo Stato debba limitare la libertà dell'individuo, per mezzo della sanzione penale, per tutelare il suo bene (ciò che si ritiene sia il suo bene), allo scopo di impedire che cagioni un danno a sé stesso, anche se la sua azione non danneggia terzi (Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, XI)

- La visione religiosa pare meno distante di quella liberale dall'ideologia del regime fascista che circa 90 anni approvava il codice penale e concepiva la vita umana come un bene collettivo, appartenente allo Stato e quindi indisponibile all'individuo. Dico meglio: sono chiaramente ispirate a valori assai diversi (trascendenti, in un caso, molto terreni nel senso di statali, nell'altro), ma in entrambi i casi vengono frapposti limiti all'autonomia individuale che la concezione liberale non mette

- Ho ricordato brevemente le due contrapposte visioni perché ci mettono di fronte a un primo bivio. In considerazione del fatto che suggeriscono soluzioni opposte, e della circostanza che si collocano su un piano metagiuridico, il giudice costituzionale dovrebbe astenersi da una decisione nel merito? La Corte dovrebbe rimettere tutto alla discrezionalità legislativa (art. 28 l. 87/1953) nel presupposto che si tratti di una *political question*?

- Non si può escludere che la Corte dica che la questione è di natura politica e quindi riservata alla esclusiva valutazione del legislatore (Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, 110; De Marchi, *L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p. nel processo a Marco Cappato*, 19). Alcuni precedenti relativi a questioni eticamente sensibili (e quindi controverse) vanno in questa direzione: in tali casi la Corte ha rinunciato a dire una parola nel merito della controversia: ricordo la sent. 84/2016 sugli

² Il metodo indiretto ricava la volontà in via interpretativa da fattori come personalità, stile di vita, inclinazioni, salvo che non sia usato in funzione di mero riscontro dell'accertamento basato sulle dichiarazioni.

embrioni soprannumerari³ («la Corte preferisce fare un passo indietro, non dare alcuna indicazione al legislatore e, in fondo, lasciare che il problema rimanga irrisolto»: D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, 177; Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, 160) e l'ord. 389/2004 sul crocifisso nella quale la Corte si trincerava dietro un problema relativo alle fonti⁴ [«Questa afasia della Corte costituzionale è ciò che colpisce di più. Questo suo chiamarsi fuori da un problema (il principio di laicità, la dimensione simbolica in una democrazia pluralista, la neutralità dello spazio pubblico) cui altri giudici costituzionali non si sono invece sottratti»: Pugiotto, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, 4]

- In realtà, non mancherebbero le ragioni per decidere nel merito. Esistono infatti principi costituzionali o di livello costituzionale (eventualmente riconducibili alle visioni etico/filosofiche che vanno tenute sullo sfondo) che hanno avuto un seguito giurisprudenziale o legislativo relativamente a svariati temi eticamente controversi (procreazione medicalmente assistita, accanimento terapeutico, obiezione di coscienza ecc.). Ricordo i tre principali:

1. Diritto all'autodeterminazione individuale, che è stato 'scolpito' in particolare nell'ambito della tematica della tutela della salute e del rifiuto delle terapie mediche, e che quindi si incardina nell'art. 32 Cost. sul diritto alla salute e nell'art. 13 che tutela la libertà personale⁵. Un diritto che è espressione del principio personalistico⁶
2. Libertà di coscienza: intesa come libertà di professare le proprie convinzioni interiori e di agire coerentemente ad esse (Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, 280), libertà collegata in particolare all'art. 19 e 21 Cost.

³ «Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle «evidenze scientifiche» e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia - e da quali malattie - ovvero anche di quelli scientificamente «non biopsabili»; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il «sacrificio» dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la «commercializzazione» degli embrioni residui.» (sent. 84/2016).

⁴ La Corte rileva l'«improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate».

⁵ Il consenso informato «afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.» (sent. Cass. 21748/207 sul caso Englaro).

⁶ Il consenso informato «è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive» (sent. Englaro, § 6.1).

3. Pluralismo delle visioni del mondo (Veronesi, 280). Qui possiamo chiamare in causa il principio di laicità (senza che ci sia il tempo di sviluppare il discorso) e lo strumento delle leggi facoltizzanti⁷

2. *Tesi della Corte d'assise di Milano*

- L'ordinanza richiama gli orientamenti giurisprudenziali e legislativi che sui temi del fine vita hanno sviluppato i principi costituzionali nel senso di consolidare la libertà di scelta della persona. Sostiene che il diritto all'autodeterminazione individuale legittima la decisione (certamente tragica) di porre fine alla propria vita quando una grave malattia irreversibile l'abbia resa insopportabile: non un 'diritto a morire', che fra l'altro parte della dottrina considera incompatibile con l'impianto costituzionale (D'Aloia, *Diritto di morire?*, 620; Razzano, *Dignità nel morire*, 276; De Tura, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire?*, 14), piuttosto un «diritto a morire con dignità» (Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, 71)

- Ne seguirebbe (sempre secondo la Corte d'assise) che chi agevola l'esecuzione del suicidio non commette reato perché aiuta qualcuno che si avvale del proprio diritto di autodeterminazione. In altre parole, la condotta di chi aiuta non dovrebbe essere sanzionata penalmente perché la decisione di suicidarsi è espressione del principio di autodeterminazione individuale («la libertà di autodeterminazione dell'aspirante suicida escluderebbe l'offensività dell'aiuto»: Pulitanò, 70)

- Ma proprio questo è il punto più problematico: va dimostrata l'esistenza del nesso di consequenzialità che la Corte d'assise asserisce. A ben vedere l'ordinanza non distingue chiaramente fra la condizione di chi decide di suicidarsi e di chi l'aiuta; non chiarisce in che modo la tesi dell'autodeterminazione, che rileva per la condizione di chi vuol porre fine alla propria vita, si estende anche alla condizione di chi aiuta al suicidio. Di qui il punto centrale: i risultati in punto di autodeterminazione a cui si giunge sul primo piano (decisione di porre fine alla propria vita), si estendono automaticamente al secondo piano (aiuto al suicidio)? Cerchiamo di capire meglio approfondendo i termini della questione così come prospettati nell'ordinanza di rimessione che delinea il *thema decidendum*⁸

Art. 117 Cost.

⁷ “le leggi vanno fatte per i credenti e per i non credenti [...] le leggi facoltizzanti [...] sono di norma le più adatte a una società pluralista e multiculturale” (L. Elia, *Introduzione ai problemi della laicità*, 17).

⁸ L'ordinanza contiene un'ambiguità: nel § ‘Conclusioni’ fa riferimento al parametro dell'art. 2 Cost. che però non figura subito dopo nel *petitum* dove invece si parla dell'art. 3 Cost. Tuttavia, siccome il parametro dell'art. 2 non è approfondito nelle motivazioni si può pensare a un errore materiale.

- La Corte d'assise sostiene che l'art. 580 viola indirettamente l'art. 117 Cost. in conseguenza della violazione diretta degli artt. 2 ("Diritto alla vita") e 8 Cedu ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare". L'ordinanza fa un *excursus* della giurisprudenza della Corte Edu e ravvisa "una significativa evoluzione" dal caso *Pretty* del 2002 fino al caso *Gross* del 2013

- Nel caso *Pretty* la Corte Edu non condivide l'impostazione teorica della ricorrente, secondo la quale il diritto alla vita comprende anche un opposto diritto a non vivere. Nel caso *Haas c. Svizzera* (2011) la Corte sostiene che rientra tra gli aspetti tutelati dalla vita privata ex 8 il diritto di poter decidere come e quando terminare la propria vita, a condizione che l'individuo sia in grado di formarsi una volontà liberamente e agire conseguentemente

- Finora, però, la Corte Edu non ha condannato alcuno Stato per non avere riconosciuto il diritto a morire (Adamo, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita*, 30 che parla di portata retorica e non concreta di tale giurisprudenza)⁹. Inoltre, mi pare che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non emergano indicazioni risolutive in merito alla questione dell'aiuto al suicidio che, come detto, è concettualmente separata dalla questione del diritto a morire con dignità

Art. 13 (e art. 32) Cost.

- L'ordinanza riconduce il principio dell'autodeterminazione individuale (principalmente) alla libertà personale garantita dall'art. 13 Cost. Ma, come anticipato, la giurisprudenza lo collega solitamente anche al diritto alla salute ex art. 32 Cost. (sicché i due parametri vengono evocati congiuntamente: Canale, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, 7). Per quanto sia più volte citato nel testo della motivazione, il *petitum* dell'ordinanza non riporta l'art. 32 Cost. fra i parametri ("grande assente" secondo Alberti, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale*, 7). Volendo cercare una spiegazione possiamo osservare che nel caso Cappato effettivamente non viene in discussione il diritto alla salute (in positivo, come diritto alle cure, o in negativo, come diritto di rifiutare le cure salvavita). Piuttosto, le condizioni di salute sono il presupposto che spiega la tragica decisione di suicidarsi. D'altra parte, è pur vero che la mancata indicazione anche dell'art. 32 non consente di avvalersi appieno di quel ricco (ormai) filone che valorizza l'autodeterminazione

- Anche per questa ragione, probabilmente, si ritiene che la Corte potrebbe recuperare l'art. 32 perché più volte citato nell'ordinanza di remissione (Bissaro, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, 13). E in effetti eccezionalmente la Corte può dedurre implicitamente il parametro

⁹ Nel caso *Gross* la Svizzera è stata condannata perché l'accesso al suicidio assistito era disciplinato da una fonte non normativa (le linee guida).

dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione (Malfatti, Panizza, Romboli, *Giustizia costituzionale*, 108). Eccezionalmente perché, in linea generale, la Corte non può definire da sé stessa i confini delle questioni, pena un pericoloso eccesso di potere

- Ad ogni modo, sulla base degli artt. 13 e 32 Cost. si arriverebbe (pacificamente) a riconoscere il diritto di autodeterminazione di Antoniani. Non sarebbe però dimostrato (stante la duplicità delle situazioni prima indicata: quella di chi decide di suicidarsi e quella di chi l'aiuta) che il gesto di Cappato fosse lecito: a questo scopo occorre inoltrarsi nel sentiero segnato dal principio di eguaglianza

Art. 3 Cost.

- È necessario fare un passo argomentativo ulteriore: una volta che (A) si è dimostrato che il principio di autodeterminazione consente all'individuo di decidere sulla propria fine, occorre (B) dimostrare che non dovrebbe essere sanzionata penalmente la condotta di chi l'aiuti a realizzare quel proposito

- Anche se l'ordinanza non indica con chiarezza la ragione per cui vi sarebbe la violazione del principio di eguaglianza¹⁰, dalla trama della motivazione emerge il raffronto fra la condizione di chi, gravemente malato, è tenuto in vita da terapie mediche la cui interruzione comporterebbe una rapida morte, e la condizione di chi, pure molto malato, si trova in condizione per cui l'interruzione delle terapie non comporterebbe una morte rapida («Persone accomunate dalla medesima condizione umana di terminalità della malattia e di intollerabilità della sofferenza fisica, dall'identico desiderio di porre fine alla vita in un modo ritenuto da loro più dignitoso rispetto a quello che l'evolvere del male consentirebbe, trovano risposte opposte alla medesima istanza di libertà di decisione»: Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica*, 128). La seconda è la condizione nella quale si trovava Antoniani che decise di scartare l'ipotesi di rifiutare i trattamenti medici «a causa dei patimenti che questa via avrebbe comportato» (ord. p. 3). Decisione, va ricordato, presa nel possesso della «piena capacità di intendere e volere» (ord., p. 2)

- Ciò significa che egli si trovava davanti a un'alternativa drammatica¹¹: o interrompere in base al principio di autodeterminazione le terapie mediche, con la

¹⁰ Più in generale, l'ordinanza offre un preciso quadro del tema, richiamando precedenti giurisprudenziali e legislativi, ma difetta nel momento in cui deve indicare precisamente i motivi per i quali ritiene che la disposizione del codice penale sia sospetta di incostituzionalità. E tuttavia, sappiamo che la mancata o insufficiente indicazione dei motivi non vincola la Corte che può ben aggiungere/integrare gli argomenti fermo restando l'indicazione dell'oggetto e dei profili da parte del giudice *a quo* (Zagrebelsky, Marcenò, *Giustizia costituzionale*, 129).

¹¹ Cfr. caso Carter v. Canada del 2015 nel quale la Corte suprema all'unanimità dichiara illegittimo il divieto di assistenza al suicidio per le persone adulte e capaci, affette da malattie gravi, non curabili e fortemente sofferenti. Secondo la Corte, la legge canadese che vieta alla signora Taylor l'assistenza al suicidio, «left her with the "cruel choice" between killing herself while she was still physically capable of doing so, or giving up the ability to exercise any control over the manner and timing of her death».

certezza di patire ulteriori, e maggiori sofferenze fisiche ed emotive; oppure, posta la sua condizione di immobilità fisica, chiedere di essere aiutato nella esecuzione del proprio proposito di suicidarsi, sapendo che in questo caso sarebbero scattate conseguenze penali a carico della persona che l'avesse aiutato

- Le due situazioni della interruzione delle cure e del suicidio costituiscono strade alternative rispetto allo stesso tragico fine, dato che chi si suicida «avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari» (Alberti, 11). Sono situazioni fattualmente diverse, ma «equivalenti rispetto ai diritti in gioco, la vita e la libertà di autodeterminazione della persona» (Pulitanò, 71)¹²

- Tuttavia, anche in questo modo non si riesce, mi pare, a dimostrare che l'aiuto a eseguire il suicidio non dovrebbe essere sanzionato penalmente. A tale scopo occorre avvalersi di una seconda stazione del principio di eguaglianza relativa alla condizione delle persone che affiancano la persona gravemente malata che decide di porre fine alla propria vita. Da un lato, il ruolo del medico tenuto a rispettare la volontà del paziente di rifiutare il trattamento sanitario e per questo scriminato in conformità all'art. 32 Cost. (v. art. 1.6 legge 219/2017), dall'altro il ruolo di chi (non medico) aiuta la persona che ha deciso di porre fine alla propria vita. Ossia, i due soggetti (medico e privato cittadino) che affiancano la persona gravemente malata che si determina a disporre della propria vita nelle due situazioni messe a raffronto nella prima stazione del controllo sul rispetto del principio di eguaglianza

- L'assimilazione delle due posizioni non è forzata: «crediamo che si possa sostenere che se Cappato fosse stato un medico, la sua condotta sarebbe stata conforme al dovere di alleviare le sofferenze del paziente e di rispettare la sua volontà espressa, tutelandone la dignità nella fase finale della vita» (parole Santosuosso e Belloli, *Paradossi nel procedimento Cappato*, 7, dai quali riprendo questa suggestione). Si può cogliere una sostanziale coincidenza dei due ruoli: entrambi rispettano la volontà della persona gravemente malata nella fase finale della vita, ma il primo (il medico) è tenuto a rispettarla, il secondo (privato cittadino) se la rispetta commette un reato. È contraddittorio «che condotte uguali, compiute da soggetti con qualifiche differenti, siano (non ragionevolmente) trattate dall'ordinamento l'una come doverosa, l'altra come delittuosa» (Santosuosso e Belloli, 7)

3. Tirando le fila del discorso

- Per le anzidette ragioni, riterrei non auspicabile un atteggiamento di *self restraint* della Corte che consideri il caso Cappato una questione da lasciare alla

¹² Secondo un diverso punto di vista, l'assimilazione fra la libertà di scelta rispetto ai trattamenti medici e il suicidio è sbagliata e occorre individuare diversi fondamenti assiologici (Morozzo Della Rocca, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, 9).

discrezionalità del legislatore. Tuttavia, non mi arrischiere a dire che sia anche improbabile...

- Fra l'altro, si rischia di pervenire comunque all'inammissibilità della questione. L'ordinanza sostiene infatti che il diritto vivente coincide con l'orientamento espresso dall'unica sentenza della Cassazione sul tema e chiede alla Corte costituzionale di sanzionarne l'incostituzionalità. Tuttavia, la stessa ordinanza rileva che vi sono altre pronunce che esprimono un orientamento diverso, che addirittura la Corte d'Assise sembra considerare preferibile, in particolare la decisione del GUP di Vicenza e quella seguente della Corte di appello di Venezia

- Il punto controverso è l'identificazione del diritto vivente con un'unica pronuncia, quando ve ne sono altre discordanti. Qualora la Corte ritenga che in realtà non sia ancora formato un diritto vivente, potrebbe optare per una decisione di inammissibilità perché il giudice *a quo* non ha effettuato una interpretazione costituzionalmente conforme; stesso esito qualora reputi che l'abbia formulata ma non vi abbia dato seguito (Barbareschi, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, 9). Se invece, come pure risulta da alcuni precedenti, prendesse per buona la tesi del giudice *a quo*, potrebbe decidere nel merito adottando una decisione interpretativa di rigetto

- La seconda alternativa mi pare preferibile perché consente di affrontare l'aspetto cruciale, ossia definire il concetto di agevolazione interpretando l'art. 580 in senso conforme a Costituzione (Massaro, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi*, 21). Quali comportamenti configurano 'agevolazione' ai sensi dell'art. 580: ogni possibile comportamento o solo quelli che hanno un collegamento più diretto con l'esecuzione del suicidio? A questo fine, soccorre proprio la giurisprudenza di merito. In particolare, la sent. del GUP di Vicenza distingue fra comportamenti direttamente e indirettamente incidente sul proposito di eseguire il suicidio. In simili casi «la condotta è direttamente e strumentalmente connessa all'attuazione materiale del suicidio, e si pone essenzialmente come condizione di facilitazione del momento esecutivo del suicidio stesso» (sent. GUP Vicenza)¹³

- Occorre dunque distinguere fra (A) i comportamenti che intervengono nella fase propriamente esecutiva (che nel caso di specie si è svolta presso la clinica svizzera) e (B) i comportamenti che cadono nelle fasi precedenti (ma va detto che la distinzione presenta aspetti problematici: Omodei, *L'istigazione e aiuto al suicidio*, 147): solo i primi dovrebbero rientrare nel raggio d'azione della sanzione penale dell'art. 580

¹³ Una tesi alternativa suggerisce un'interpretazione del concetto di agevolazione che «valorizzi il valore meramente solidaristico di condotte estranee alla sfera di formazione della volontà suicidaria e non costituenti antecedente causale necessario del suicidio (in tal senso "fungibili"), quali il mero accompagnamento o l'informazione all'aspirante suicida della clinica estera presso la quale è possibile praticare il gesto finale» (Fimiani, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, 28).

- Non è da escludere nemmeno una terza ipotesi che si fonda sulla circostanza che il testo dell'art. 580, laddove stabilisce che è punita l'agevolazione "in qualsiasi modo", sembra sanzionare penalmente tutti i comportamenti d'aiuto. In considerazione di ciò, la Corte potrebbe optare per una decisione di accoglimento che censuri le parole "in qualsiasi modo", allo scopo di chiarire in motivazione l'interpretazione costituzionalmente corretta della sanzione penale, e dunque di distinguere fra comportamenti diretti e comportamenti indiretti. Un simile soluzione sarebbe il naturale portato della difficoltà [segnalata da ultimo da D'Amico, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio*, 6] di adeguare il codice Rocco alla Costituzione

- Val la pena di notare che qualora la Corte entrasse nel merito in uno dei modi suindicati (al di là della tipologia di decisione che in concreto ritenesse più opportuna) metterebbe in campo un intervento meno incisivo di quello sollecitato dalla Corte d'Assise. L'ordinanza invoca infatti (ma non è chiarissima sul punto) un intervento ablativo della Corte costituzionale che renda non punibili le condotte di aiuto a condizione che non incidano sulla determinazione o sul rafforzamento del proposito di suicidio. Un intervento di questo tipo sarebbe troppo ampio perché il concorso diretto nella fase esecutiva (anche quando non impatti su determinazione e rafforzamento) lede il diritto alla vita; ragion per cui solo il legislatore potrebbe eventualmente decidere sul punto operando un accorto bilanciamento. In altre parole, questo aspetto della tematica del fine vita - la disciplina della fase esecutiva del suicidio assistito - rientra nella discrezionalità legislativa (e del resto, pare significativo che nell'ordinamento svizzero su questo delicato aspetto abbia deciso il legislatore)

- In conclusione, mi pare che vi siano gli estremi per giudicare l'art. 580 incostituzionale per violazione del principio di autodeterminazione (artt. 13 e 32) e del principio di eguaglianza (art. 3) nella parte in cui sanziona la condotta di agevolazione indiretta del proposito di suicidio (ovvero la condotta che non rientra nella fase esecutiva del suicidio) di chi, gravemente malato e immobilizzato, avrebbe potuto in alternativa rifiutare le terapie mediche giungendo in tal modo alla morte ma a costo di patire gravi sofferenze

- Va da sé che a seguito di una simile (eventuale) pronuncia il giudice dovrebbe accertare che vi siano i presupposti, in particolare la libera e consapevole volontà del soggetto (Pellizzone, *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale*, 6). Una verifica coerente con lo spirito dell'invito formulato dalla Corte Edu secondo cui gli Stati devono adottare una disciplina idonea a «salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili - specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa - da atti volti a porre fine all'esistenza o aiutare a morire» (sent. *Pretty v Regno Unito*, § 74).

ALBERTO ARCURI
(dottorando presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa)

Alcune domande sul “caso Cappato”

1. *Gli interrogativi*

Il mio intervento è articolato in due interrogativi sviluppati lungo un unico dubbio di fondo, che è il seguente: è possibile che la complessità della questione abbia avuto una ricaduta in termini di complessità, e forse perfino di confusione, nella costruzione della domanda (o delle domande) poste alla Corte costituzionale? E, in virtù del principio della domanda, quali spazi ha la Corte costituzionale per muoversi dentro la questione che le è stata posta, ed il modo in cui è stata costruita?

Preliminarmente mi sembra di dover chiarire due elementi di carattere metodologico. Il primo è che i punti che riporterò non sono altro che interrogativi, non si tratta cioè né dubbi di natura critica né di posizioni o proposte con riferimento al merito questione, la cui complessità e serietà richiede altre conoscenze e capacità. Il secondo è che i due interrogativi che riporterò e che svilupperò attraverso altre domande, riguardano direttamente soltanto la prima delle questioni poste alla Corte, che oltre che essere la principale mi sembra, per l'oggetto delle mie domande, assumere priorità logica.

2. *Il primo interrogativo. L'oggetto della domanda: diritto alla vita e diritto a morire.*

Era strettamente necessario da un punto di vista sia logico che giuridico-costituzionale, costruire la domanda ponendo come dirimente il tema dell'esistenza di un diritto a morire o (in una diversa sfumatura lessicale e concettuale che però per ora non rileva) di un diritto ad una morte dignitosa? La questione della legittimità costituzionale della fattispecie di aiuto al suicidio come agevolazione materiale, realizzata *in qualsiasi modo*, del proposito suicida, se affrontata dal lato dell'offensività, non avrebbe potuto essere risolta, nel senso indicato dall'ordinanza, a prescindere dall'esistenza del diritto a morire (nelle due forme sopra indicate)?

Se si assume il principio di offensività come canone di valutazione della Corte costituzionale sulla scelta del legislatore, e dunque anche come limite posto alla discrezionalità della scelta legislativa, la questione, più che intorno

all'esistenza di un diritto a morire, avrebbe potuto essere posta, forse in modo più efficace, intorno alla necessità di circoscrivere concettualmente (e costituzionalmente) il bene vita, e il diritto che lo ha ad oggetto. In altre parole: se la reazione penale dell'ordinamento è giustificata solo in ragione della necessità di tutelare *valori di rilievo costituzionale* (secondo la teoria del Professor Bricola ripresa dalla Corte costituzionale, ad es., in sent. n. 364/1988) allora la questione avrebbe forse potuto essere limitata a una precisazione del significato del bene vita e della sua rilevanza giuridica e costituzionale, valutando la scelta legislativa in ragione di un (eventuale) nuovo aspetto assunto dallo stesso nella Costituzione repubblicana (in questo senso un parallelo potrebbe aversi con la sentenza della Corte cost. n.189/1987).

In questo modo la questione potrebbe riguardare non tanto l'esistenza di un diritto a morire (o a decidere come morire) ma l'esistenza di un diritto alla vita (su cui si deve valutare l'offensività) come situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto un bene "sacro" e indisponibile per lo stesso soggetto, e come tale da proteggere anche contro la volontà del titolare. Se si fosse posta la questione in questi termini, e se poi eventualmente il diritto alla vita fosse stato qualificato come un diritto indisponibile avente però un oggetto disponibile al suo titolare, e perciò protetto nei confronti dell'azione "lesiva o minacciante" dei terzi, si sarebbero creati gli spazi per giudicare come "inoffensiva" l'azione di agevolazione meramente materiale, senza dover affrontare anche il tema della qualificazione giuridica della pretesa del suicida (o di chi si è determinato al suicidio)?

Caso mai, dovendo legare l'offensività dell'azione di chi agevola materialmente il suicidio all'esistenza di un diritto a morire, non si potrebbe dire al contrario che la reazione penale a fronte di un aiuto esterno per il compimento di un'azione che il soggetto desidera e per la quale si è autonomamente (consapevolmente e liberamente) determinato, potrebbe significare inserire nel bene tutelato una componente, la sacralità o indisponibilità, che nei fatti è capace di capovolgere la situazione giuridica soggettiva e fare di un diritto un dovere, senza però che questo debba essere costituzionalmente giustificato? Peraltro presidiando il bene vita con lo strumento penale, che secondo la stessa Corte costituzionale deve comunque essere l'*extrema ratio* dell'ordinamento (sent. n. 447/1998) e attraverso una costruzione anomala, che punisce l'azione di chi agevola materialmente altri a compiere un'azione penalmente irrilevante, anche in termini di tentativo, nei confronti di chi la compie.

3. *Il secondo interrogativo. La costruzione della domanda: il rapporto tra autodeterminazione e vita.*

In questo modo diventerebbe forse anche secondaria la qualificazione giuridica dell'autodeterminazione, come diritto, ed eventualmente di rilevanza costituzionale (come qualificato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 438/2008) o come mero spazio di liceità, ed anche quella, ma questa volta solo da un punto di

vista logico, del suo rapporto con il diritto alla vita. E vengo al secondo interrogativo.

Nel legare la domanda all'esistenza di un diritto a morire, l'ordinanza muove da una valutazione del rapporto tra autodeterminazione (che sembra essere intesa come diritto di rilevanza costituzionale) e vita in termini di bilanciamento, ritenendo di fondare l'esistenza di un diritto a morire (o a morire dignitosamente) sulla presupposta prevalenza del primo sul secondo. Ma porre la questione in questi termini non è forse frutto della costruzione della Corte d'Assise più che di una necessità derivante dalla questione in sé? E non è anche sintomatico di una preventiva presa di posizione in merito alla definizione del bene vita, che è data per presupposta ma che potrebbe invece essere il vero oggetto della questione?

Se si fosse costruita la domanda guardando al contenuto del bene vita in quanto tale, la costruzione del rapporto tra vita e autodeterminazione non avrebbe potuto essere affrontato in un momento successivo, ed in modo logicamente dipendente dalla prima questione? Il rapporto cioè non avrebbe potuto essere di diversa natura?

In altre parole: il rapporto tra vita e autodeterminazione deve essere necessariamente costruito in termini di bilanciamento (e dunque presupponendo un contrasto) o può essere affrontato anche in termini di integrazione reciproca? Se si guarda al bene vita come oggetto di una pretesa e di una tutela rivolta ai terzi (rivolta ad altri privati o all'autorità pubblica) allora l'autodeterminazione potrebbe forse essere intesa non già come un elemento conflittuale, ma come un parametro di valutazione della tutela della vita e come un elemento posto a protezione di questa in tutti quei casi in cui la minaccia rivolta allo stesso bene sia non di natura fisica, ma "psicologica" (esattamente come avviene per le altre fattispecie punite dall'art. 580 c.p.).

Se ciò può esser ritenuto vero, si può dire anche che il legislatore, indipendentemente dall'esistenza di un diritto a morire, si dovrebbe fermare di fronte a tutte quelle situazioni in cui la morte derivi da una determinazione autonoma del titolare, e riprendere vigore nel caso di "inquinamento della determinazione"?. In altre parole, in virtù di un rapporto costruito in questo modo, il legislatore, ed anche quello penale, non dovrebbe curarsi di impedire che il processo di autodeterminazione venga minacciato o leso dai terzi (come viene fatto nelle ipotesi di istigazione al suicidio) trovando invece un limite quando la scelta per la morte sia il frutto di una valutazione e di una scelta autonoma.?

E' possibile poi ricavare questa intenzione nell'ordinanza della Corte d'Assise di Milano, laddove la rilevanza della questione viene giustificata proprio in ragione dell'orientamento della Cassazione, essenzialmente coincidente con la sent. n. 3147 del 1980 (che l'ordinanza qualifica come diritto vivente sul punto)

che interpreta la fattispecie di aiuto come autonoma ed indipendente da ogni impatto sul proposito suicida?

4. Conclusioni

Mettendo insieme i due punti pongo tre domande sintetiche e conclusive: Sarebbe possibile pervenire ad una pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 580 c.p. (con censura dell'intera fattispecie di aiuto) ponendo al centro della motivazione il tema dell'offensività e prescindendo dalla condivisione dell'esistenza di un diritto a morire?

Una eventuale pronuncia di rigetto nel merito, potrebbe essere fondata unicamente sull'inesistenza di un diritto a morire, o la giustificazione della reazione penale dovrebbe piuttosto richiedere alla Corte di esprimersi sui caratteri propri assunti dal bene vita nell'ordinamento costituzionale?

Sarebbe possibile, guardando al rapporto tra autodeterminazione e vita non già in termini di bilanciamento ma di reciproca integrazione, pervenire ad una pronuncia di inammissibilità della questione in virtù della possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione della norma oggetto del giudizio (ritenendo perciò conforme a Costituzione l'orientamento opposto a quello assunto dalla Cassazione, e tale per cui la rilevanza penale dell'agevolazione materiale si giustificerebbe solo alla luce di un'incidenza sul proposito suicidio (e dunque sull'autodeterminazione)?

MARIA MOCHEGIANI

(dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Bologna -
maria.mocchegiani@gmail.com)

**Intervento al Seminario preventivo
“Il Caso Cappato davanti alla Corte costituzionale”**

1. *Una breve premessa metodologica*

Nell'accostarsi alla vicenda giuridica che ha interessato Fabiano Antoniani (anche noto come dj Fabo), chi scrive si è chiesto come il giurista debba atteggiarsi dinanzi a storie di vita così tremendamente drammatiche e dolorose, capaci di suscitare nella maggioranza dei consociati un moto spontaneo di empatia e di solidarietà nei confronti della vittima e dell'imputato e, al contempo, un sentimento di biasimo e di riprovazione per le scelte incriminatrici - avvertite come ingiuste - compiute dal legislatore penale.

È proprio in casi come questi che il compito del giurista si fa più arduo. Se, infatti, è vero che egli non può e non deve disinteressarsi del dramma umano che impregna casi come quello in esame, è altrettanto vero che tale consapevolezza non può e non deve trasformare l'interprete nel portavoce delle pulsioni emotive e delle tensioni ideologiche che percorrono la società: la specializzazione tecnica del giurista interviene qui in funzione di razionalizzazione e di garanzia, soprattutto nel campo penale dove - seguendo l'insegnamento di Federico Stella - tutela della vittima e protezione dell'innocente sono esigenze parimenti irrinunciabili nel rendere una risposta di giustizia.

Ciò non significa ridurre la vicenda de qua ad occasione per esercizi di tecnicità o per investigazioni intellettuali del tutto indifferenti alla portata assiologica - indubabilmente elevatissima - dei valori in gioco.

Vuol dire, piuttosto, approssimarvisi con rispetto e misura, rammentando che i principi formali e le regole procedurali sono funzionali all'attuazione dei principi supremi e dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, di cui la Corte costituzionale è custode. È infatti opinione di chi scrive che, proprio nei casi più complessi e divisivi, occorra adottare un atteggiamento di ponderazione che consenta, da un lato, di favorire la concreta affermazione delle tendenze evolutive che attraversano la materia dei diritti fondamentali (di cui il legislatore si è già fatto - almeno in parte - carico) e, dall'altro, di impedire che il giudice delle leggi venga investito di una funzione essenzialmente normativa, che - tanto più in campo penale - non gli appartiene.

Con queste premesse, si anticipa sin da ora che il dubbio di legittimità costituzionale avanzato dal giudice a quo ci appare senz'altro condivisibile. Che l'attuale formulazione dell'art. 580 c.p. risulti arretrata ed eccessivamente rigida è, peraltro, opinione diffusa sia nella dottrina costituzionalistica sia nella dottrina penalistica.

Cionondimeno, per nulla scontata risulta l'individuazione del bene giuridico che, secondo una lettura attualizzante, formerebbe oggetto di tutela penale: il diritto al c.d. suicidio assistito oppure il diritto a morire oppure il diritto ad una morte dignitosa?

Ancora meno agevole - ma non impossibile - ci pare, infine, l'attribuzione di una copertura costituzionale al diritto fondamentale che la norma incriminatrice, riletta in chiave evolutiva e costituzionalmente orientata, dovrebbe proteggere. Un dato può, tuttavia, considerarsi indubbio: la volontà del legislatore del 1930 di punire colui che "in qualsiasi modo" agevoli l'esecuzione dell'altrui proposito di suicidio. Si tratta, a tutta evidenza, di una formulazione letterale particolarmente tranciante, che rende assai ostica l'operazione di adeguamento della fattispecie incriminatrice al rinnovato assetto dei valori costituzionali: in assenza di una riforma legislativa, si trasferisce infatti sul giudice - comune e costituzionale - il compito di individuare in via interpretativa una soluzione che consenta di bilanciare, da un lato, il diritto alla vita e, dall'altro, la libertà di autodeterminazione.

2. *La prospettiva dell'ordinanza di imputazione coatta: un'interpretazione "massimalista" dell'art. 101, co. 2 Cost.?*

Ci sembra utile rammentare che il caso Cappato trae origine dall'ordinanza di imputazione coatta ex art. 409, co. 5 c.p.p., pronunciata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano in data 10 luglio 2017.

Ad avviso di chi scrive, si tratta di un provvedimento essenziale nella ricostruzione delle coordinate di fatto e di diritto del caso di specie, che merita di essere debitamente considerato poiché propulsivo del processo penale ove si è poi innestato l'incidente di costituzionalità.

Come è noto, l'art. 580 c.p. descrive tre differenti condotte: da un lato, quelle di (a) determinazione e di (b) rafforzamento dell'altrui proposito suicidario, punite entrambe a titolo di concorso morale; dall'altro, quella di (c) agevolazione dell'esecuzione dell'altrui proposito suicidario, punita a titolo di concorso materiale. In relazione a quest'ultima fattispecie (il c.d. aiuto al suicidio), occorre sottolineare che si tratta di un reato a forma libera: ciò si desume sia dal tenore letterale della norma incriminatrice, sia dall'interpretazione che ne è stata fornita

dalla giurisprudenza di legittimità, la quale - nell'unico precedente in termini¹⁴ - ha precisato che l'agevolazione "può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire la realizzazione dell'evento".

Invero, il profilo maggiormente controverso della norma in esame - su cui si sono addensate le perplessità della dottrina e della giurisprudenza - risiede nell'individuazione dell'elemento soggettivo richiesto ai fini della configurazione della fattispecie di agevolazione al suicidio, atteso che la sopra richiamata pronuncia giurisprudenziale ha chiaramente affermato che l'agevolazione "prescinde totalmente dalla esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui", presupponendo invece che "l'intenzione di autosopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vittima, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580".

In applicazione di tale indirizzo giurisprudenziale, considerato vero e proprio "diritto vivente", il g.i.p. giunge così a ritenere che a Marco Cappato debba essere contestato il reato di cui all'art. 580 c.p. per avere sia *rafforzato* il proposito suicidario di Fabiano Antoniani, "prospettandogli la possibilità, in alternativa alla terapia sedativa profonda in Italia, di ottenere assistenza al suicidio presso la Dignitas in Svizzera accreditata per la sua affidabilità e serietà" nonché "attivandosi per mettere in contatto la Dignitas con i prossimi congiunti di Antoniani facendo pervenire presso la loro abitazione il materiale informativo", sia *agevolato* il suicidio di Antoniani, "trasportandolo fisicamente presso la Dignitas il giorno precedente al suicidio".

Vengono così integralmente disattese le tesi sostenute sia dalla pubblica accusa nella richiesta di archiviazione depositata il 2 maggio 2017 (e successivamente precisata con memoria del 4 luglio 2017), sia della difesa dell'indagato nella memoria depositata il 30 giugno 2017.

Entrambe le parti avevano, infatti, patrocinato un'interpretazione evolutiva dell'art. 580 c.p., fondata su una rilettura del bene giuridico tutelato in chiave costituzionalmente orientata che consentisse di riconoscere - e quindi di proteggere - il diritto fondamentale del malato ad una morte dignitosa nei casi in cui vi siano "vite percepite, da chi le vive, come, indegne, inumane, troppo dolorose per essere sopportate".

In particolare, la pubblica accusa aveva ritenuto che il diritto al suicidio di Fabiano Antoniani dovesse essere inquadrato nella categoria delle cause di esclusione dell'antigiuridicità, sussistendo per il suicida una "causa di

¹⁴ Cass. pen., I sez., n. 3147 del 1998.

giustificazione impropria” a rilevanza obiettiva, che trasformava questo “fatto illecito non punito” in un diritto di rango costituzionale. Ne discendeva, pertanto, che la condotta di Marco Cappato doveva ritenersi scriminata per effetto della diversa qualificazione giuridica assunta dal fatto in cui egli aveva concorso.

Come si è visto, questo argomento viene recisamente respinto dal g.i.p., il quale oppone alla ricostruzione teorica prospettata della procura una duplice obiezione: ad avviso del giudice, accogliere una simile interpretazione significherebbe infatti (a) ergersi “in modo totalmente vietato dall’ordinamento, a legislatore” poiché verrebbe introdotto “un diritto inedito (con relativo accesso alla conseguente esimente)” e (b) filtrarne l’esercizio, “limitandolo ai casi in cui sussistano taluni requisiti, peraltro meritevoli di una formulazione generale, astratta e rispettosa del canone di precisione che una simile materia esige”.

Muovendo, dunque, dall’assunto che la prospettazione della procura si traduce - di fatto - in un’interpretazione parzialmente abrogatrice degli artt. 579 e 580 c.p. in quanto “chiaramente contraria allo spirito e al tenore della legislazione vigente”, il g.i.p. svolge una considerazione ulteriore che ci appare di particolare interesse.

Rilevato che “entrambe le parti chiedono [...] che la Corte introduca nell’art. 580 c.p., attraverso una pronuncia additiva, una causa di esclusione della punibilità che determini l’irrilevanza penale della condotta di agevolazione al suicidio quando tale condotta corrisponda al diritto del malato terminale o irreversibile di porre fine a una vita considerata non più dignitosa”, il giudice sottolinea che nel caso di specie non sussiste alcun margine per un intervento “a rime obbligate” giacché “l’opportunità di inserire - o meno - nella legislazione italiana pratiche di suicidio assistito - un quid pluris rispetto al disegno di legge in esame¹⁵ - è rimessa al solo Parlamento, unica istituzione accreditata, sulla base delle istanze espresse dal corpo sociale, ad introdurre un simile diritto”.

Ad avviso di chi scrive, nessuna delle controargomentazioni enunciate dal g.i.p. può giudicarsi peregrina, meritando invece di essere considerata all’interno di una riflessione che elevi il dubbio a metodo dell’indagine scientifica.

3. *Qualche osservazione sull’ordinanza di rimessione*

Come è noto, la Corte d’assise di Milano assume una prospettiva interpretativa alquanto divergente da quella adottata dal g.i.p.: accogliendo la richiesta delle parti, reiterata in sede dibattimentale, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., il caso Cappato si incardina infatti dinanzi alla Corte costituzionale.

¹⁵ Il riferimento è al disegno di legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento approvato dalla Camera dei Deputati il 20 aprile 2017, che è stato successivamente approvato in via definitiva (Legge n. 219/17 del 22 dicembre 2017, GU n. 12 del 16 gennaio 2018).

Esclusa la configurabilità della fattispecie di istigazione al suicidio, giacché l'imputato non avrebbe in alcun modo concorso al rafforzamento della decisione suicidaria, l'ordinanza di rimessione si concentra precipuamente sulla condotta di agevolazione.

All'esito di un ricco iter argomentativo - che in questa sede non mette conto ricostruire - il giudice a quo giunge alla conclusione che la tutela penale del diritto alla vita non possa realizzarsi "a prescindere dalla volontà dell'individuo", giacché il "diritto di por fine alla propria esistenza costituisce una libertà della persona, facendo quindi ritenere non lesiva di tale bene la condotta di partecipazione al suicidio che non pregiudichi la decisione di chi eserciti questa libertà". Ne consegue che l'art. 580 c.p. si appalesa in contrasto con gli artt. 3, 13 co. 1 e 117 della Cost. in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo "nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio".

Si tratta senza dubbio di un petitum ampio, diretto a suscitare una pronuncia manipolativa di tipo ablativo che - in sostanza - neghi rilevanza penale alle condotte di agevolazione materiale del suicidio che non abbiano in alcun modo inciso sulla formazione o sul consolidamento della deliberazione suicidaria. In tal senso, il collegio rimettente ritiene infatti che "la possibilità di una indagine sul percorso deliberativo del suicida e la pluralità delle condotte che possono essere ritenute idonee ad alterarlo, appaiono elementi sufficienti a preservare la funzione preventiva dell'art. 580 c.p., proteggendo "le persone vulnerabili, anche contro azioni che minacciano la loro vita".

Due sono le osservazioni che ci sovengono. In primo luogo, è interessante rilevare che il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal collegio rimettente supera in ampiezza le richieste formulate dalle parti: sia la procura sia la difesa dell'imputato avevano, infatti, puntualmente circoscritto la questione di legittimità costituzionale all'ipotesi di malattia grave e irreversibile, produttiva di uno stato di sofferenza permanente e incoercibile a fronte del quale l'esercizio del diritto - oggi positivamente riconosciuto - di rifiutare il trattamento sanitario (c.d. diritto a lasciarsi morire) avrebbe dischiuso un decorso terminale estremamente doloroso, come tale ripudiato dal malato.

Invero, è opinione di chi scrive che anche una chirurgica perimetrazione del petitum nel senso sopra esposto non avrebbe - forse - consentito di scongiurare il rischio insito in un'operazione giurisprudenziale di selezione soggettiva delle condotte penalmente rilevanti, pur a fronte del mutato quadro di valori costituzionali entro cui la fattispecie de qua deve senz'altro essere collocata.

In secondo luogo, può notarsi che, sebbene - come si è visto - fosse stato sollecitato un intervento di carattere additivo, che incidesse non già sul piano della

tipicità bensì su quello della giustificazione, l'autorità rimettente compie una scelta senz'altro più forte, ma al contempo più rischiosa, diretta a sollecitare un'operazione di carattere sostanzialmente caducatorio in campo penale.

4. *Le strettoie del sindacato di costituzionalità in materia penale*

In conclusione, resta forse da chiedersi quale sia il concreto margine di intervento che residua in capo al giudice delle leggi.

È, difatti, nota la deferenza che connota lo scrutinio di costituzionalità in materia di scelte di politica criminale, ove è stato costantemente affermato il principio "in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie"¹⁶.

Nel caso di specie, la questione rimane senz'altro aperta: da un lato, si avverte il peso di una norma incriminatrice di matrice autoritaria, che si rivela - in ultima analisi - produttiva di conseguenze ingiuste; dall'altro, occorre chiedersi se il giudice delle leggi possa concretamente rispondere alla "sfida" posta dal giudice a quo, compiendo una manipolazione della fattispecie incriminatrice.

Si tratta di un interrogativo cruciale, che rende assai arduo - e forse inutile - ogni tentativo di prognosi dell'esito decisorio. Il ventaglio delle alternative percorribili dal giudice delle leggi è, infatti, più che mai ampio ed eterogeneo: un'ordinanza di inammissibilità, una sentenza interpretativa di rigetto, una sentenza di rigetto, una sentenza manipolativa ablativa, una sentenza manipolativa additiva, una sentenza di accoglimento semplice?

Un profilo ci pare, tuttavia, inequivoco: e cioè che la Corte costituzionale sarà costretta ad adottare una decisione destinata - in ogni caso - ad essere ricordata nel tempo.

¹⁶ Corte cost. n. 250 del 2010.

IRENE PELLIZZONE

(Ricercatrice in diritto costituzionale; membro del collegio di difesa di Marco Cappato - irene.pellizzone@unimi.it)

L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza

1. La "delimitazione" della questione di legittimità costituzionale: considerazione introduttiva

Nell'esaminare il "caso Cappato", occorre partire dalla constatazione che, nel 1930, quando l'art. 580 c.p. è entrato in vigore, la protezione della vita dei soggetti fragili poteva dirsi tutelata solo in via indiretta dall'art. 580 c.p., deputato a presidiare invece il rispetto della vita, intesa quale interesse pubblico.

La protezione della vita dei soggetti fragili è invece oggi posta al centro della norma penale, che, secondo un'interpretazione adeguatrice, ha spostato verso questo bene giuridico la *ratio* di tutela penale.

L'art. 580 c.p. rispecchia tuttavia la sua origine, prevedendo, coerentemente con l'esigenza promossa dallo Stato di allora di proteggere sempre e comunque l'interesse pubblico a preservare la vita, che sia punito colui che "in qualsiasi modo" agevola l'altrui scelta di porre fine alla propria vita.

I problemi di costituzionalità emersi nel "caso Cappato" derivano proprio dall'inclusione nell'area di punibilità anche di quella porzione di condotta che, mediante un aiuto accessorio e meramente materiale, rende, in presenza di una malattia irreversibile, attuabile la volontà, altrimenti irrealizzabile, di porre fine alla propria vita, che costituisce estrinsecazione della scelta, costituzionalmente garantita sulla base dell'art. 32 Cost., di rifiutare trattamenti sanitari non voluti, giacché la loro interruzione avrebbe dato vita a sofferenze fisiche o psicologiche ritenute non supportabili dal malato e dai suoi cari.

Attraverso il giudizio instauratosi dinanzi alla Corte costituzionale, ed in particolare con la prima questione di legittimità costituzionale in esso posta, su cui in questa sede si intende concentrare l'attenzione, dunque, si chiede al giudice delle leggi di verificare in modo mirato e circoscritto se la tutela del bene vita dei soggetti fragili dal rischio di essere indotti per interessi altrui a suicidarsi, che costituisce oggi un bene costituzionale di primario rilievo, collocandosi al vertice

dei valori protetti dalla Costituzione, possa giustificare la compressione nell'area dell'illecito penale delle condotte di aiuto che: a) costituiscono l'unico modo per rendere eseguibile l'altrui consapevole scelta di liberare il proprio corpo da trattamenti sanitari non più voluti, in presenza di una malattia irreversibile che provoca sofferenze gravi; e b) che si realizzano in modo meramente accessorio, essendo l'esecuzione del suicidio posta sempre in essere dal diretto interessato. Al cospetto del giudizio di legittimità costituzionale, si profila quindi un evidente problema di anacronismo legislativo, che, sebbene di per sé difficilmente possa apparire decisivo per l'esito del giudizio, ha un peso non secondario nell'inquadramento complessivo della questione, potendo legittimare, in presenza di altre, importanti condizioni di cui si dirà in seguito, un intervento manipolativo del giudice costituzionale, doveroso ogni volta che *"l'inopportuno trascinarsi nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti"* (sent. n. 223 del 2015).

2. Le libertà costituzionali su cui incide la condotta penalmente rilevante, includendo irragionevolmente nell'area di punibilità alcune condotte di aiuto al suicidio

Ci si concentrerà ora sulle libertà costituzionali minate dall'applicazione dell'art. 580 c.p. nel caso Cappato.

Al riguardo, va notato che l'art. 32 Cost. penetra prepotentemente nell'orizzonte della questione di legittimità costituzionale, quale parametro di legittimità costituzionale implicito, a prescindere dal fatto che esso non compaia formalmente tra i parametri costituzionali rispetto ai quali è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale¹⁷.

Questo non solo perché l'ordinanza di rimessione, in una sua cospicua parte ed a più riprese, cita la norma costituzionale, ma anche perché il diritto costituzionale di rifiutare le cure costituisce il presupposto su cui poggia l'intera questione, per come posta dal giudice *a quo*.

Ciò posto, si potrebbe dubitare, oggi, dell'esistenza di un diritto costituzionale al suicidio, inteso come diritto all'estremo autolesionismo che deve essere garantito dallo Stato.

La presente questione, tuttavia, non impone di sciogliere questo delicato problema, poiché, date le circostanze eccezionali, sopra messe in rilievo, in cui viene ad inserirsi il dubbio di costituzionalità, in gioco non vi è il riconoscimento di un simile diritto, bensì il riconoscimento di una sia pure minima area di liceità della condotta di chi agevola in senso materiale e mediante un aiuto accessorio un

¹⁷ Cfr., come precedenti in cui la Corte costituzionale ha incluso tra i parametri del suo giudizio anche norme implicitamente evocate nell'ordinanza di rinvio, la sent. n. 219 del 2017; v. anche la sent. n. 200 del 2015, in cui la Corte afferma che "l'oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è limitato alle sole norme e parametri indicati, pur se implicitamente, nell'ordinanza di rimessione".

soggetto ad attuare la propria libertà di scelta di sottrarsi ad una vita perpetuata unicamente grazie ad ausili artificiali non più voluti.

L'espansione dell'*agere licere* costituzionalmente necessaria, allora, costituisce estrinsecazione di un'azione compiuta in chiave solidaristica, rendendo possibile la realizzazione, oltre che del diritto di rifiutare le cure, della libertà fisica dell'individuo, che si trova imprigionato non già in uno stato di detenzione posto in essere dalla pubblica autorità, ma che è comunque costretto a subire trattamenti sanitari non più voluti che incidono indubbiamente sulla sua sfera fisica e sono addirittura tali da snaturare il suo corpo.

L'art. 13 Cost., in questo senso, affiora come norma fondante la tutela di una libertà anche fisica dell'individuo, che viene impedita dalla preclusione, mediante sanzione penale, di qualsiasi indispensabile aiuto esterno in questa direzione, frustrata dalla omnicomprensiva formulazione dell'art. 580 c.p.

Accanto agli artt. 2 e 13 Cost., peraltro, si erge anche il principio della dignità dell'individuo, affermato dall'art. 3 Cost., che indubitabilmente viene incisa dall'art. 580 c.p., là dove impedisce ai chi è legato affettivamente al malato che ha deciso di porre fine alla propria vita nelle drammatiche condizioni fisiche sopra delineate e ha chiesto un sostegno di aiutarlo materialmente.

Spunti di riflessione importanti, a questo riguardo, giungono dall'importante pronuncia della Corte Suprema canadese *Carter v. Canada* del 6 febbraio 2015¹⁸, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma penale che proibisce il suicidio assistito del paziente liberamente determinatosi a morire che versi in condizioni irreversibili di sofferenza non più da lui sopportabile¹⁹. I giudici canadesi hanno infatti sottolineato il contenuto crudele della legge canadese, che, privando la ricorrente, malata di una patologia degenerativa, di avvalersi del suicidio assistito, punendo colui che la avrebbe agevolata, le avrebbe imposto di suicidarsi quando era ancora in grado di provvedere autonomamente, ma in un momento in la sua vita era ancora "enjoable", oppure di rassegnarsi ad andare incontro ad una morte turbata da gravi sofferenze fisiche e psicologiche ("the cruel choice to impose on someone").

Vi è infine un profilo discriminatorio che pare necessiti di essere considerato. Coloro i quali si trovano nelle condizioni di Fabiano Antoniani, infatti, in ragione delle specifiche condizioni di fragilità in cui versano, sia da un punto di vista fisico che psicologico, che impediscono loro di realizzare la scelta di porre fine alla vita e allo stesso tempo rendono non sopportabili le conseguenze del

¹⁸ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015]

¹⁹ Section 241 (b) and s. 14 of the *Criminal Code* unjustifiably infringes s. 7 of the *Charter* and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition.

rifiuto delle cure, paiono discriminati in ragione della specificità della patologia che li affligge rispetto a quanti, invece, sono in grado di esercitare il loro diritto di rifiuto dei trattamenti sanitari, oltre che naturalmente verso quanti sono in grado autonomamente di eseguire la scelta maturata di porre fine alla loro vita. L'area di punibilità dell'art. 580 c.p., che comprende anche le condotte volte ad agevolare materialmente, ed in modo accessorio, l'esercizio di tali diritti costituzionali, pare dunque palesemente irragionevole.

3. *La perdurante tutela delle persone fragili da induzione eterodiretta alla scelta di porre fine alla loro vita e i precedenti interventi manipolativi della Corte costituzionale in materia penale in bonam partem, anche quando è in gioco il bene vita*

Si potrebbe sostenere in realtà che la sanzione penale opera in questi casi come dissuasore generale da condotte di aiuto al suicidio di soggetti altamente influenzabili, magari proprio in ragione della loro situazione di fragilità dovuta a malattie irreversibili che impongono invasivi trattamenti sanitari.

Tuttavia, dietro a questa impostazione si cela una presunzione assoluta di incapacità di autodeterminarsi nella scelta di porre fine alla propria vita dei soggetti che si trovano in queste delicate situazioni, facilitata a prosperare grazie al retroterra pre-costituzionale in cui affonda le sue radici della norma penale, nata per tutelare sempre e comunque il bene pubblico vita.

Per quanto lo strumento penale possa essere utile, i soggetti psicologicamente fragili continuerebbero, anche a seguito dell'auspicata ripermetrazione della fattispecie penale, ad essere protetti dallo stesso art. 580 c.p., vigente e applicabile con rinnovata linfa in tutti i casi in cui la scelta di porre fine alla propria vita non è stata maturata in modo autonomo, e in assenza delle condizioni sopra poste.

In altre parole, l'astratta comminazione della sanzione penale continuerebbe non solo a sussistere, ma anche a svolgere la sua funzione, non essendo all'esame del giudice costituzionale la caducazione dell'intero art. 580 c.p.; allo stesso tempo, la condotta di chi ha prestato aiuto alla persona determinatasi nel senso di porre fine alla propria vita potrà andare esente da sanzione penale solo a seguito valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla, di cui si è detto in precedenza.

Si è ben consapevoli della delicatezza di questa valutazione, che comporterebbe l'esame delle condizioni sopra riportate da parte del giudice penale eventualmente investito dell'accertamento della responsabilità penale dell'agevolatore.

Ma l'accertamento della libera e consapevole volontà del soggetto che ha inteso realizzare la scelta di porre fine alla propria vita, l'impossibilità materiale di provvedervi autonomamente, nonché la sussistenza di una patologia irreversibile, che provoca gravi sofferenze, dimostrate dal ricorso a trattamenti sanitari salvavita, pare possibile per il giudice penale.

A seguito dell'accoglimento della questione nei termini sopra descritti non si creerebbe dunque un vuoto normativo, anche se un intervento del legislatore che regolasse procedura, condizioni e modi di realizzazione del diritto a porre fine alla propria vita, consentendo così un proceduralizzato controllo *ex ante* del rispetto dei requisiti indicati, pare auspicabile, consentendo di indirizzare le condotte dei consociati al rispetto di regole certe, prevedibili e organiche.

A questo proposito, peraltro, può essere utile ricordare la sent. n. 96 del 2015, che ha dichiarato incostituzionale la norma che vietava l'accesso delle coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, alla fecondazione medicalmente assistita ed alla diagnosi genetica preimpianto. Tra i tanti, questo precedente assume un valore particolarmente significativo, perché la Corte costituzionale, ben consapevole dei rischi della sua pronuncia, oltre ad invocare un intervento regolatore del Parlamento, ha richiesto che i requisiti di accesso a tale trattamento fossero accertati in apposite strutture autorizzate.

D'altra parte, non sarebbe certo il primo caso di dichiarazione di incostituzionalità di norme del codice Rocco contrastanti con diritti costituzionali inviolabili e fondamentali mediante decisioni additive che riducono l'area di applicazione della sanzione penale, apprestata dal legislatore fascista a incondizionata tutela del bene vita, ponendo condizioni ulteriori a quelle contenute nel testo legislativo originario per l'irrogazione della pena, ma senza per questo porre nel nulla il presidio della sanzione penale a favore della protezione di soggetti fragili.

Si pensi al riguardo alla sent. n. 27 del 1975, in cui l'art. 546 c.p. è stato dichiarato illegittimo *"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"*.

La storica decisione è particolarmente utile nel caso di specie, perché la Corte costituzionale, nel dispositivo della sentenza, ha rinviato alla motivazione delle decisione quanto all'oggetto dell'accertamento medico posto a condizione della liceità dell'aborto, sfruttando abilmente quanto distesamente affermato nel considerato in diritto per evitare una vanificazione dei confini comunque posti dalla Costituzione a tutela dell'interesse alla vita del nascituro e per contenere il rischio di una indiscriminata pratica dell'interruzione volontaria di gravidanza.

A questo proposito, la sent. n. 229 del 2015 costituisce un più recente - fondamentale - precedente, che dimostra come rientri pacificamente tra i poteri di codesta ecc.ma Corte quello di intervenire con dispositivi manipolativi in *bonam partem* materia penale, adeguando scelte di politica criminale non più legittime all'evoluzione dell'ordinamento.

Diversamente, il mancato riconoscimento di un attrito tra l'attuale contorno dell'art. 580 c.p. e gli artt. 2, 3, 13 Cost. porta ad una compressione di tali di diritti irragionevole, non essendo essa giustificata dalle esigenze di bilanciamento con altri diritti o interessi costituzionali, dato che il bene vita delle persone circuite non guadagna un *surplus* di tutela per il fatto che le maglie della norma penale sono capaci di includere anche i casi come quello di Fabiano Antoniani. Sul punto, può essere utile richiamare la sent. n. 162 del 2014, che ha rinvenuto nell'assolutezza del divieto di fecondazione eterologa una violazione del principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., in quanto la compressione totale e rigida del diritto a realizzare la genitorialità e alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, non era sorretta da alcuna proporzionata giustificazione.

In quel caso, sulla scia di numerosi precedenti, la Corte costituzionale ha infatti riconosciuto che il criterio di razionalità dell'ordinamento richiede, restringendo lo spazio decisionale del legislatore anche in settori, come quello penale, connotati dall'esistenza di una sfera di discrezionalità particolarmente forte e radicata, che le limitazioni dei diritti fondamentali siano previste dalla legge in modo da evitare di "*determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale*". Sacrificio che invece indubbiamente, alla luce di quanto detto, il caso Cappato dimostra essere assolutamente sproporzionato ed eccessivo nell'art. 580 c.p.

4. Considerazioni conclusive sulla presenza delle rime obbligate

Si è ben consapevoli, in conclusione, che le due questioni di legittimità costituzionale portate all'attenzione della Corte costituzionale presentino aspetti di grande complessità, dovuta al rischio, certamente avvertito dalla Corte costituzionale stessa, di invadere il campo della discrezionalità del legislatore sia in materia penale, sia nel delicato terreno delle scelte di fine vita.

Tuttavia, pare molto importante rimarcare in questa sede come, circoscritta la questione nei termini sopra proposti, la legittimazione dell'intervento di accoglimento nel merito della Corte sia indubbia, dovendo essa pronunciarsi su un segmento del divieto posto dall'art. 580 c.p., che punisce in modo palesemente irragionevole l'aiuto accessorio a chi, versando in condizione di grave sofferenza, ha bisogno di un supporto materiale per esercitare alcuni diritti costituzionali fondamentali.

D'altra parte, l'accoglimento della questione pare fondato su rime obbligate del testo costituzionale, le quali, oltre ad innestarsi sul principio di ragionevolezza, farebbero riemergere, eliminando il segmento di area di punibilità palesemente irragionevole, il diritto costituzionale di rifiutare le cure e il diritto costituzionale alla libertà della sfera fisica da trattamenti eteroimposti.

L'art. 580 c.p. dovrebbe infatti essere dichiarato incostituzionale nella parte in cui *"in cui punisce anche la condotta di chi abbia agevolato la persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze ad eseguire la propria volontà, sempre che l'agevolazione sia strumentale al suicidio di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari"*. In questo modo, peraltro, i diritti delle persone fragili soggette a circonvenzione o induzione al suicidio continuerebbero a trovare tutela nell'art. 580 c.p., che rimarrebbe intatto in larga parte dopo la manipolazione del giudice costituzionale. Se il vuoto legislativo in questo ambito, non essendo delineate dalla legge procedure o requisiti per l'accesso al farmaco letale, può essere un deterrente per l'intervento della Corte, preoccupata di aprire indiscriminatamente a pratiche eutanasiche non sempre rigorose nel nostro paese, occorre sottolineare come in realtà dall'accoglimento non scaturirebbe altro che un'area di liceità nella condotta del singolo che aiuta, a titolo individuale, il malato a realizzare la sua volontà, autonomamente e liberamente formatasi, senza per questo consentire lo sviluppo di servizi in tal senso, privi di un'idonea regolamentazione.

Fermo restando che una disciplina legislativa rimarrebbe fondamentale, il difficile compito della Corte costituzionale sembra pertanto realizzabile.

Al contrario, una pronuncia di inammissibilità o di rigetto avrebbero comunque il rischio, vista la assenza di offensività in astratto e in concreto della condotta incriminata dall'art. 580 c.p., di derive interpretative operate in via giurisprudenziale tendenti a garantire in modo isolato e variabile sul territorio nazionale i diritti in questione, facendo perdere al giudizio di legittimità costituzionale accentrato il suo fondamentale ruolo nell'ordinamento costituzionale.

ANDREA PUGIOTTO

(ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara - pua@unife.it)

Variazioni processuali sul “caso Cappato”

1. Scaletta

Vorrei sviluppare alcune osservazioni - tutte in chiave processualistica - sollecitate dalle relazioni introduttive a questo seminario preventivo. Aggiungerò poi una chiosa a chiusa, in chiave di politica del diritto.

2. La Corte non è giudice del fatto

Stefano Canestrari ha svolto una riflessione, profondamente e autenticamente empatica, circa la difficoltà a incasellare la scelta drammatica di Fabiano Antoniani nella categoria del suicidio. La sottoscrivo *in toto* perché ne condivido l'assunto di partenza che sintetizzo così: noi non *abbiamo* un corpo, *siamo* un corpo.

È esattamente questo dato esistenziale a collocare il corpo al centro del diritto, costituzionale in particolare. La questione del corpo, infatti, sta alla base di tutti i conflitti per le libertà e per le garanzie dei diritti. Ha attraversato i secoli, trovando già nella *Magna Charta* del 1215 la sua prima declinazione normativa nel meccanismo dell'*habeas corpus*: l'ordine emesso da un giudice di portare il prigioniero al proprio cospetto, per verificare la legittimità del suo arresto e per evitarne una detenzione priva di concreti elementi d'accusa.

Regola cruciale, l'*habeas corpus*, costruita attorno all'*indisponibilità* materiale e all'*inviolabilità* del corpo del cittadino rispetto alla pretesa di un suo controllo da parte del sovrano. L'*habeas corpus* traduce, in termini giuridici, la rivendicazione intransigente di quell'intima fusione tra l'individuo e il corpo da lui abitato, che rende quest'ultimo *inalienabile* perché indissolubilmente legato alla soggettività ed ai suoi diritti: imprigionate il corpo, e toglierete alla persona non solo la libertà di movimento, ma anche la capacità di autodeterminazione e di agire in autonomia. Da qui il carattere di absolutezza della libertà personale - intesa come signoria sul proprio corpo - e la necessaria intransigenza nel difenderla rispetto agli abusi, sempre possibili, del potere.

Così inteso, il corpo è al centro del diritto punitivo, dei relativi limiti, delle garanzie apposte a tutela del soggetto comunque sottoposto a qualsiasi forma di

limitazione della sua libertà personale. Ecco perché la detenzione è un problema squisitamente costituzionale.

Nella vicenda di DJ Fabo, invece, la centralità del corpo entra in gioco in una prospettiva esattamente *capovolta*, perché è il corpo ad essersi fatto prigioniero. Da oggetto di coercizione, coazione, oppressione, è diventato a sua volta strumento di coercizione, coazione, oppressione.

Accade quando il corpo è colpito da una malattia acuta, da una grave patologia, da un coma irreversibile, da uno stato vegetativo permanente. Così, da condizione di libertà, il corpo diventa la cella di quanto sopravvive della persona in esso ristretta. Costei, indebolita nel fisico e spossata nella psiche, sconta una crescente incapacità ad esercitare i propri diritti, a rivendicare tutela rispetto ai propri bisogni. Vive una condizione assimilabile a uno stato di limitazione della libertà personale. Ed è proprio allora che ritorna, più insidiosa e minacciosa che mai, la tentazione dell'autorità statale di signoreggiare sul suo corpo, di dettarvi legge, di invaderne la sfera di autonomia fino a congelarla del tutto.

La scelta tragica di Fabiano Antoniani (vissuta - così si legge negli atti di causa - come «una liberazione») esprime in realtà la volontà di evadere da un corpo fattosi galera, oltre che dalla gabbia normativa che lo costringe ad un ultimo viaggio oltreconfine. Non è la risposta passiva e rassegnata ad un tedio interiore, a un male dell'anima che induce al suicidio, bensì la reazione autodeterminata di chi rivendica per sé il diritto di porre fine dignitosamente ad una vita avvertita come non più dignitosa, perché condannata a consumarsi dentro un'atroce prigione. La riflessione di Stefano Canestrari declina, in termini etici e giuridici, tutto ciò. Ma, pur condividendola, resta pur sempre una riflessione *processualmente* non pertinente.

La Corte costituzionale, infatti, *giudica di norme pronunciandosi su disposizioni* che rappresentano, a un tempo, il necessario veicolo di accesso al giudizio di legittimità e il tramite di ritrasferimento del suo giudicato (cfr., *ex professo*, la sent. n. 84/1996). La Corte costituzionale *non è* giudice del fatto, perché la sua qualificazione giuridica spetta all'autorità remittente. Il fatto può fare ingresso nel giudizio di costituzionalità solo attraverso la valutazione sulla rilevanza della *quaestio* che però compete al giudice *a quo*, non alla Corte. A quest'ultima residua il compito di verificare la sussistenza di un'adeguata motivazione in punto di rilevanza, in assenza della quale sanzionare l'atto di promovimento perché inammissibile. Ma sotto questo profilo - diversamente da altri - l'ordinanza della Corte d'assise di Milano non appare carente.

3. Una political question?

Giovanni Di Cosimo, nella parte introduttiva della sua relazione, si è interrogato sulla possibilità di rubricare come *political question* il problema di legittimità ora approdato a Palazzo della Consulta. Se così fosse, ne deriverebbe

l'inammissibilità per il rispetto che i giudici costituzionali devono all'uso del potere discrezionale del Parlamento e in ragione del divieto per la Corte di travestire da obbligo costituzionale una propria opzione politica cui essa non è legittimata.

Una simile strategia argomentativa - che peraltro Di Cosimo esclude nel prosieguo della sua relazione, dedicata al merito della questione di legittimità - temo possa rappresentare un'irresistibile tentazione per i giudici costituzionali. Sarebbe la più comoda delle risposte a quella domanda che - come abbiamo imparato da Gustavo Zagrebelsky - spesso viene formulata in camera di consiglio: «*Come ne usciamo?*».

Né mancano precedenti in tal senso, come ricorda diligentemente la relazione introduttiva. Anche la mia memoria è subito corsa all'ord. n. 389/2004 con la quale la Corte costituzionale, messa in croce da un diritto vivente di matrice regolamentare, scelse una soluzione pilatesca per eludere il nodo di una laicità crocifissa dall'esposizione di un simbolo religioso nelle aule scolastiche. Respinta *in limine litis* con effetto preclusivo per il giudice remittente, e amputata di una qualsiasi valenza interpretativa sul versante sia del plesso normativo impugnato sia del parametro costituzionale invocato, quella pronuncia d'inammissibilità non avviò a soluzione nessuno degli interrogativi posti dal giudice *a quo*. E concorse così alla decisione forzata della parte privata di ricorrere infine a Strasburgo, come accade quando sono stati esperiti inutilmente tutti i rimedi interni all'ordinamento. A mio avviso, si è trattato di una delle pagine più infelici della giurisprudenza costituzionale. Meglio, allora, evitare di ricalcarne una brutta copia. Ecco perché mi auguro che la Corte costituzionale, questa volta, ne esca onorando il suo ruolo di giudice, per il quale dovrebbe valere il divieto di *non liquet*.

Gioca, in tal senso, un altro dato che inviterei a non sottovalutare: la *quaestio* in esame ha ad oggetto una disposizione, l'art. 580 c.p., di scarsa applicazione giurisprudenziale. La Corte, cioè, ha davanti un'occasione più unica che rara per scrutinare - alla luce della Costituzione sopravvenuta - la portata normativa di un reato che nel suo elemento materiale sembra assimilare condotte non assimilabili, colpendole tutte ed egualmente - dunque irragionevolmente - con la medesima dosimetria sanzionatoria. Nella valorizzazione del principio personalistico (art. 2 Cost.), dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost) e della libertà di cura (art. 32 Cost., peraltro smarritosi per strada, ma recuperabile interpretando l'atto di promovimento nella sua totalità), sta forse la parte più convincente dell'ordinanza milanese, laddove ne fa discendere un necessario aggiornamento del bene giuridico in gioco (e, di conseguenza, delle condotte idonee a lederlo): non più il valore supremo della vita, *perinde ac cadaver*, ma il diritto a una vita dignitosa.

4. Il diritto vivente che non c'è

Nella sua illustrazione orale, la relazione di Giovanni Di Cosimo fa eco all'atto di promovimento laddove esso assume come «*diritto vivente*» quella che pure rappresenta «*ad oggi l'unica sentenza della Corte di Cassazione*» sull'art.580 c.p.

Su tale equivalenza non si può che dissentire. Ciò che con il sintagma *diritto vivente* s'intende riassumere è il fatto storico della prevalente applicazione giurisprudenziale di una disposizione legislativa. Esemplificando, sta ad indicare «un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza» (sent. n. 77/1997), «l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione» (sent. n. 206/1997), la «giurisprudenza dominante» (sent. n. 110/1995). Le modulazioni linguistico-definitorie sono molteplici ma il concetto è unitario: la polisemia intrinseca ad ogni enunciato legislativo è ricondotta ad unità nel momento dell'applicazione al caso, ed è la stratificazione nel tempo di un condiviso significato normativo a determinare in concreto la norma espressa dalla disposizione, giacché è «una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci» (sent. n. 3/1956).

Il giudice *a quo* milanese, invece, sembra declinare la categoria secondo un'impropria accezione gerarchica per la quale sarebbe diritto vivente quanto statuito dalla (sola) Corte di Cassazione. Accezione gerarchica confermata dal fatto - altrimenti rivelatore di una *contradictio in adiecto* - che è la stessa Corte d'Assise di Milano a segnalare, nella sua ordinanza, la presenza di altri arresti giurisprudenziali (Corte di Assise di Messina, Tribunale di Vicenza, Corte d'Appello di Venezia) orientati a dare dell'art. 580 c.p. un'interpretazione alternativa a quella sposata nell'isolato precedente della Cassazione.

Si tratta di una ricostruzione che, però, non è avvalorata dalla giurisprudenza costituzionale dove - di regola - l'espressione «*diritto vivente*» è assunta a sinonimo di «*diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza*» (Luigi Mengoni). La presenza di una o più pronunce convergenti della Cassazione certamente irrobustisce e corrobora l'esistenza di un diritto vivente, ma senza farne smarrire la sua natura ontologicamente *diffusa* e *condivisa* nel processo dell'applicazione giurisprudenziale, coerentemente con la regola costituzionale (art. 101, comma 1) che vuole ogni giudice sottoposto soltanto alla legge, non certo ad una pronuncia di legittimità (tanto più quando pronunciata vent'anni prima ed in splendido isolamento).

Sul punto, dunque, trovo condivisibili i rilievi critici svolti dalla difesa erariale, anche laddove nega che alla formazione del (presunto) diritto vivente concorrano le altre due sentenze di Cassazione pure richiamate nell'atto di

promovimento, ambedue ultronee: l'una per la fattispecie esaminata (n. 3147/1998), l'altra per la sede giurisdizionale in cui è stata pronunciata (n. 21748/2007).

Dunque, nella situazione data, come già il giudice *a quo* ai fini dell'applicazione dell'art. 580 c.p. nel processo Cappato, così ora anche la Corte costituzionale si trova davanti una situazione ordinamentale di *assenza* di diritto vivente.

5. 1, X, 2

Ecco perché, dovendo ipotizzare il possibile esito della *quaestio* in esame, come un tempo al totocalcio giocherei una tripla. Svincolata dal dato storico di una consolidata applicazione giurisprudenziale, la Corte riacquista piena autonomia nell'interpretare la legge ai fini del suo sindacato di legittimità. E, con altrettanta autonomia, potrà veicolare la soluzione interpretativa preferita attraverso tecniche decisorie dalla differente forza processuale.

Potrà optare per una inammissibilità a valenza interpretativa, contestando al giudice *a quo* di non aver optato per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p., non solo possibile dato il tenore della norma ma, come trapela dall'atto di promovimento, dallo stesso remittente condivisa. E ciò perché - per consolidato insegnamento della giurisprudenza costituzionale - «il principio di superiorità della Costituzione impone ai giudici di scegliere tra più soluzioni astrattamente possibili quella che pone la legge al riparo da vizi di legittimità costituzionale» (sent. n. 138/1998).

Spingendosi oltre, potrà scegliere altrimenti, optando per lo strumento della sentenza interpretativa di rigetto, attraverso cui proporre una lettura restrittiva dell'art. 580 c.p. che ne circoscriva le condotte punibili a titolo di aiuto a quelle direttamente e strumentalmente connesse all'atto suicidario. Non osta a tale scenario la circostanza che il giudice *a quo* non abbia percorso fino in fondo la strada di una lettura costituzionalmente orientata della disposizione impugnata. Nella più recente giurisprudenza costituzionale, infatti, il criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione sembra subire un significativo slittamento: se esclusa consapevolmente dal rimettente (come ha fatto la Corte d'Assise di Milano), la sua possibilità ermeneutica non rileva più ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, «in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità» (sent. n. 221/2015; vedi anche, in senso conforme, le sentt. nn. 262/2015, 44, 95 e 240/2016).

Osando ancora di più, la Corte potrebbe ritagliare dalla disposizione impugnata una norma specifica da imporre *erga omnes* attraverso un proprio intervento additivo, ammissibile perché *in bonam partem*. Anche se le maglie strette del principio di stretta legalità penale e la non felicissima formulazione del *petitum* dell'atto di promovimento - come ampiamente argomentato

nell'intervento introduttivo di Andrea Morrone e nella relazione di Giovanni Di Cosimo - possono rappresentare un serio ostacolo per un simile esito.

Tre possibili soluzioni, dunque, dalla vincolatività progressivamente sempre maggiore. E poiché dalla soluzione prescelta dipenderà innanzitutto la sorte dell'imputato del processo milanese oltre a quella dell'art. 580 c.p., sarà bene sottolineare le virtualità dello strumento dell'interpretativa di rigetto.

Derivando da esso un vincolo *negativo* in capo al giudice remittente, sarebbe precluso applicare a Marco Cappato l'art. 580 c.p. nella lettura datane dalla Cassazione penale e sottoposta a giudizio di costituzionalità. Prevedibilmente, la Corte d'Assise di Milano ne recupererebbe così una interpretazione restrittiva, base legale per una sentenza di assoluzione. Né è dato vedere chi ne farebbe oggetto d'impugnazione, dal momento che *tutti* i soggetti del processo milanese (difesa, parte civile, ufficio del pubblico ministero) già si sono espressi, nel merito, per l'insussistenza del reato contestato (e solo in subordine per l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p.).

È già molto, volendo condurre ad una soluzione ragionevole il "caso Cappato". Eppure c'è anche altro, sul versante della peculiare efficacia *erga omnes* di un simile dispositivo interpretativo di rigetto. Dovesse riproporsi in futuro una controversia processuale circa l'applicabilità della fattispecie di aiuto al suicidio, l'interpretazione estensiva dell'art. 580 c.p. *non potrà comunque trovare applicazione*: implicitamente respinta dalla qui ipotizzata (e auspicata) sentenza interpretativa di rigetto, su quella norma graverà un robustissimo dubbio di non manifesta infondatezza. E tanto basta perché qualsiasi giudice sia tenuto a sottoporla a giudizio di costituzionalità, innestando così la classica sequenza delle cc.dd. doppie pronunce: interpretativa di rigetto prima, interpretativa d'accoglimento poi (con il suo conseguente effetto di annullamento generale, nello spazio e nel tempo).

Così, *in parte qua*, il "caso Cappato" avrà aiutato il suicidio della fattispecie penale di aiuto al suicidio.

6. Lezione di educazione civica

Non posso non chiudere queste brevi riflessioni sottolineando il carattere esemplare del "caso Cappato", laddove la questione incidentale viene adoperata quale strumento per veicolare battaglie di scopo miranti al superamento di una legge ingiusta e per il ripristino della legalità costituzionale.

Si tratta di una vera e propria lezione di educazione civica o - secondo la sua attuale denominazione curricolare - di cittadinanza e Costituzione. Quando le Camere approvano una legge costituzionalmente illegittima o quando non

manifestano alcuna volontà di abrogarla o novellarla, il cittadino non è disarmato. Disobbedendo pubblicamente a quella legge, può creare le condizioni perché nel corso di un processo il suo giudice la impugni davanti alla Corte costituzionale. E poiché la Consulta è un giudice (sia pure *sui generis*), non risponde al consenso ma alla legalità costituzionale, in nome della quale diventa possibile per la Corte colpire e affondare - in tutto o in parte - quella legge.

Non è la prima volta che accade, né sarà l'ultima. In uno Stato di diritto costituzionale - dove esistono correttivi contro-maggioritari alla ferrea legge dei numeri in Parlamento - agire così non vuol dire scavalcare il legislatore, semmai affiancarlo e spronarlo a compiere quelle scelte che, spesso per ignavia, preferisce neppure considerare.

Battaglie parlamentari, giurisdizionali, culturali come quelle legate ai nomi di Eluana Englaro, Luca Coscioni, Piero Welby nascono proprio da qui, e per iniziativa di singoli cui deve andare la nostra riconoscenza. Come si è detto con una parola d'ordine tra le più riuscite nella storia delle lotte radicali, «*dal corpo del malato al cuore della politica*». La vicenda di DJ Fabo - di cui il "caso Cappato" è gemmazione - si inserisce esattamente in questa ammirevole tradizione di iniziativa politica riformatrice.

FRANCESCA RESCIGNO

(associato di Istituzioni di Diritto Pubblico e Diritto delle Pari Opportunità alla
Scuola di Scienze Politiche dell'Università di Bologna -
francesca.rescigno@unibo.it)

Brevi riflessioni laiche a margine del caso Cappato

Il c.d. Caso Cappato nasce, come noto, con l'ordinanza della Corte d'Assise di Milano che ha sollevato "questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui:

- *incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo;*

- *prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione."*

I giudici milanesi hanno infatti ritenuto che, in forza del combinato disposto degli artt. 3, 13 co. 1 e 117 Cost. (quest'ultimo con riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU), il suicidio costituisca esercizio di una libertà dell'individuo. Pertanto solo azioni idonee a pregiudicare l'autodeterminazione dello stesso costituirebbero offesa al bene giuridico tutelato dalla norma in esame, e solo queste risultano meritevoli di sanzione penale. Alla luce di tali considerazioni, l'aiuto fornito da Marco Cappato al noto d.j. Fabo (il cui vero nome era Fabiano Antoniani), per come si è concretamente svolto, non appare ledere alcun bene giuridico, poiché la volontà di suicidarsi si era già dimostrata da tempo e il contributo dell'imputato si è concretizzato nel mero trasporto dello stesso nella clinica Dignitas, in Svizzera.

Sulla base di tali premesse, le norme che i giudici milanesi assumono violate trovano fondamento costituzionale negli artt. 3, 13 co. 2, 25 co. 2, 27 co. 3 il cui combinato disposto sancisce i principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena in relazione all'offensività del fatto.

In materia, è doveroso evidenziare una evidente carenza di diritto vivente in quanto possiamo riferirci sostanzialmente ad un'unica ed isolata pronuncia

nella quale la Cassazione ha ritenuto che le tipologie di condotta, così come disciplinate, siano previste in via tra loro alternativa. Proprio in forza di tale alternatività, qualunque azione agevolativa del suicidio, che possa causalmente risultare connessa all'evento, deve considerarsi idonea ad integrare il reato in quanto condotta di "aiuto" al suicidio, ancorché estranea alla formazione del processo deliberativo del soggetto passivo (Cass. pen., sez. I, n. 3147 del 6.2.1998) ⁽²⁰⁾. L'unica pronuncia pertinente in materia, manifesta dunque un atteggiamento di sostanziale chiusura e riporta l'attenzione alla discussione sull'esistenza o meno del diritto di morire o per meglio dire del diritto ad una vita e ad una morte dignitosa, dilemma che ha coinvolto l'opinione pubblica ma anche la dottrina ed i giudici in più di una occasione.

Si inserisce nel quadro di riferimento per la questione al vaglio della Consulta anche l'approvazione della Legge n. 219 del 2017 contenente "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*". Tale Legge costituisce infatti una vera e propria svolta nel nostro panorama giuridico e chiarisce l'approccio medico-giuridico rispetto ad alcune fondamentali fattispecie. La Legge 219 concretizza alcune linee fondamentali rispetto all'idea di *salute*

⁽²⁰⁾ Ci si riferisce al "caso Munaò", vicenda che però nulla ha a che vedere con il suicidio assistito quale strumento per porre fine a gravi e irreversibili patologie. Il caso in oggetto era quello di due giovani studenti, tra i quali era matura un'intensa amicizia, che, attraversando un periodo particolarmente difficile per disagi esistenziali riconducibili a delusioni amorose e insuccessi scolastici, maturarono insieme il proposito di togliersi la vita. Chiusi nella villetta di proprietà di uno dei due, decisero di darsi la morte per soffocamento, attraverso delle bombole del gas. Dopo un primo tentativo non riuscito, uno dei due amici perse la vita. L'altro, recuperati i sensi, decise di persistere dal proposito: aprì le finestre, provò a salvare l'amico che però nel frattempo era morto e, accendendosi distrattamente una sigaretta, cagionò una violenta esplosione, che pur provocandogli delle ustioni, lo lasciò in vita (cfr. Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147, Munaò, in Cass. pen., 3/1999, 871, con nota di M. C. BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*).

Vale la pena ricordare anche un caso più recente, relativo ad una condotta analoga a quella contestata a Marco Cappato, in cui la giurisprudenza di merito ha proposto una lettura restrittiva dell'aiuto materiale al suicidio. La difesa dell'imputato aveva chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 580 c.p. che, in maniera sproporzionata, punirebbe allo stesso modo condotte che concorrono alla determinazione volitiva dell'aspirante suicida e condotte di mera agevolazione materiale del suicidio stesso. Il Tribunale di Vicenza, ritenendo infondata la questione e valorizzando le conclusioni della sentenza Munaò, ha precisato che la condotta tipica prevista dall'art. 580 c.p. è quella di *agevolazione dell'esecuzione del suicidio*, la quale può riferirsi solo alle condotte *direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio* e che si pongono quale condizione facilitante nel momento strettamente esecutivo del suicidio stesso. Le condizioni in questione non sarebbero rispettate nel caso di chi si limiti ad accompagnare in automobile una persona che ha deciso autonomamente di andare a morire, che si è già sottoposta a tutti i necessari accertamenti e che non avrebbe avuto difficoltà alcuna a raggiungere la clinica: in questo caso la condotta dell'accompagnatore diverrebbe un apporto del tutto fungibile e, pur comportando una obiettiva facilitazione del viaggio, non avrebbe alcuna diretta connessione con l'esecuzione del suicidio e, dunque, dovrebbe considerarsi penalmente irrilevante. Il caso in questione era quello che vedeva imputato Angelo Tedde per aver accompagnato in auto l'amica Oriella Cazzanello a Basilea, presso la struttura della Fondazione Lifecircle Eternal Spirit, dove, il 30 gennaio 2014, veniva attuato il suicidio assistito della donna (cfr. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308, con nota di C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*).

intesa come miglior benessere fisico, psichico, relazionale conseguibile dalla persona nelle condizioni date; al concetto di *cura appropriata*, vincolata al criterio di *proporzione* come inteso oggi in medicina, che include due prospettive di valutazione: quella di adeguatezza scientifica e quella di commisurazione alla singola persona in ragione delle sue risorse, fragilità, orientamenti, convinzioni riguardo alla propria vita; al dato della *consensualità* quale connotato essenziale *della relazione* di cura, non confinata al problema della accettazione della terapia; al rispetto dell'*identità* come orizzonte che include e integra il principio di consensualità, al *diritto al rifiuto di cure* anche se già avviate e al correlato *dovere* del medico di rispettare tale rifiuto anche attraverso l'interruzione delle cure già in essere; al *dovere del curante di considerare e rispettare*, come esercizio di autodeterminazione o come manifestazione di convinzioni e preferenze di una persona attualmente incapace, *dichiarazioni o altre manifestazioni* espresse *anzitempo* in condizione di capacità; al *divieto di abbandono terapeutico*; a ragionare con equilibrio *nelle situazioni d'urgenza*, tra lo *stato di necessità* che consente di intervenire senza previo consenso della persona (non in grado di interagire) e il *recupero della consensualità e del rispetto dell'identità* del paziente e appena possibile. La Legge concretizza anche la *valorizzazione* delle possibilità di autodeterminazione di *minori, anziani, persone debilitate o con facoltà cognitive e di decisione compromesse*; unendolo al *ruolo riconosciuto* ai familiari per integrare o sostituire il consenso del paziente con menomata o perduta capacità di determinarsi e quali testimoni delle sue preferenze e convinzioni.

Come accennato, la Legge disciplina il rifiuto e l'interruzione delle cure e in tal modo dà certezza di legittimità all'astensione del medico, rispetto al quale giova ricordare che non è previsto uno spazio per l'esercizio dell'obiezione di coscienza, la fattispecie in esame è infatti decisamente differente rispetto a quella dell'interruzione di gravidanza in quanto in questo caso non appaiono coinvolti altri soggetti oltre al medico e al paziente la cui volontà diviene dunque imperativa. Pregio della legge è anche quello di avere dettato regole in materia di terapia del dolore, e sedazione profonda continua (art. 2), connettendole al rifiuto di cure disciplinato all'art. 1.

L'approvazione della Legge n. 219 avvenuta agli sgoccioli della scorsa Legislatura costituisce indubbiamente un segnale importante da parte del nostro Parlamento che ha finalmente cominciato un cammino laico e meditato nei confronti di alcuni temi eticamente sensibili (si pensi anche alla Legge sulle unioni civili), tuttavia la Legge 219 non affronta ogni problematica concernente la volontaria fine della vita confrontandosi con il solo tema delle scelte terapeutiche e del rifiuto delle cure; in altre parole la vicenda d.j. Fabo e il relativo caso Cappato avrebbero avuto le medesime dinamiche anche se la Legge fosse già stata approvata al tempo dello svolgimento dei fatti. Infatti, anche se può apparire paradossale, il medico che rispettando la volontà del paziente interrompe o non somministra cure non incorre in alcun illecito, mentre, ieri come oggi, chi decide di stare accanto o fornisce in qualche modo un aiuto materiale (nel caso Cappato il solo accompagnamento alla clinica Dignitas) a chi ha scientemente deciso di porre

fine ad un'esistenza non considerata più dignitosa, precipita invece nelle strette maglie dell'articolo 580 C.p.

Rispetto alla previsione penale giova sottolineare come alla base delle norme sull'istigazione e aiuto al suicidio, introdotte dal legislatore del 1930, vi fosse la considerazione del suicidio come un disvalore. La sanzione prevista dalla norma era pensata a tutela del "diritto alla vita", concepito come valore in sé, indipendentemente dalle deliberazioni e dalla volontà del titolare. La visione del 1930 è dunque quella della sacralità e della intangibilità della vita umana quale bene superiore sottratto alla volontà del diretto interessato a cui si sostituisce lo Stato tutelare del bene vita anche se effettivamente la decisione sulla propria esistenza non comporta alcun danno per la comunità. Molta strada è stata percorsa dal 1930 e un grande salto è stato compiuto soprattutto grazie all'adozione della Carta repubblicana rispetto ai concetti di libertà personale e autodeterminazione della persona. La nostra Costituzione, così come altri ordinamenti giuridici del secondo dopoguerra, si articola intorno al concetto di 'persona' che non è da considerarsi solo come un astratto soggetto giuridico: infatti, se è pur vero che la costruzione del soggetto teorico era servita a liberare formalmente la persona dalle servitù del ceto, del mestiere, della condizione economica, del sesso, che fondavano la società della gerarchia e della disuguaglianza ⁽²¹⁾, ora l'affermazione della persona serve a definire 'la persona sociale' ⁽²²⁾, cioè parlare di persona consente di dare rilevanza alla materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato e alle relazioni sociali che la caratterizzano. La costituzionalizzazione della persona si lega con la libertà e la dignità umana e conduce alla formazione di un diritto alla libera costruzione della personalità ⁽²³⁾. La nostra Costituzione non pensa dunque ad una persona astratta ed ideale ma considera gli elementi della realtà, non si ferma al mero dato materiale, non si limita ad attribuire rilievo a qualsiasi forma di esistenza, ma riconosce e garantisce l'esistenza libera e dignitosa ⁽²⁴⁾.

La costituzionalizzazione della persona emerge in maniera più che evidente nell'articolo 32, che include la salute tra i diritti fondamentali dell'individuo stabilendo in maniera chiara ed univoca che eventuali trattamenti obbligatori possano essere previsti solo per legge e che in nessun caso tali procedure possano violare il limite imposto dal rispetto della persona umana. La persona umana dunque va rispettata ed è proprio la persona a decidere quali sono i limiti: è questo il diritto di autodeterminarsi, diritto fondamentale, logica ed inevitabile conseguenza di un ordinamento che pone quale fulcro ordinatore la persona. Certamente la nostra Carta costituzionale non parla esplicitamente di

⁽²¹⁾ Così si esprime S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 144.

⁽²²⁾ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

⁽²³⁾ Cfr. F. PERUSSIA, *Storia del soggetto: La formazione mimetica della persona*, Torino, 2000; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 144.

⁽²⁴⁾ Si pensi ad esempio alla previsione dell'articolo 36 ove afferma il diritto del lavoratore "ad una retribuzione ...in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa", stabilendo una relazione tra esistenza, libertà, dignità, sviluppo della personalità nel quadro dell'eguaglianza.

autodeterminazione, tuttavia tale omissione appare imputabile a questioni linguistiche piuttosto che corrispondere ad una volontà di limitazione della persona stessa, anche perché sarebbe stato decisamente singolare un Costituente che da un lato avesse rivoluzionato l'intero impianto normativo funzionalizzandolo rispetto all'individuo e costituzionalizzando la persona, mentre dall'altro avesse espresso una riserva di controllo sulla stessa persona e sui suoi diritti inviolabili, impedendogli di utilizzarli secondo la propria volontà.

L'autodeterminazione rappresenta dunque la naturale ed insopprimibile conseguenza della centralità costituzionale della persona e in tal senso si è espressa la stessa Consulta quando si è pronunciata in merito al consenso informato e al diritto alla salute, in tali occasioni infatti la Corte ha sottolineato come l'istituto del consenso informato *“trova il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute”* ⁽²⁵⁾. Il principio personalistico che informa la Costituzione repubblicana impone dunque di mettere al centro del ragionamento l'individuo e la sua capacità di autodeterminarsi, tanto più se ci si sofferma sul fatto che la nostra Carta fondamentale non prevede alcun obbligo di curarsi, garantendo anzi a ciascuno il potere di disporre del proprio corpo e ammettendo interventi coattivi sulla salute del singolo solo in casi eccezionali previsti dalla legge e solo per evitare di creare pericolo per gli altri. La centralità del consenso del paziente e del suo diritto all'autodeterminazione in riferimento ai trattamenti sanitari si sono progressivamente consolidati grazie alla giurisprudenza interna (specie con i casi relativi alla morte di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro), alla giurisprudenza della Corte EDU e da ultimo con l'approvazione della Legge n. 219 del 2017. In tale ottica appare logico un cambio di prospettiva nell'individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 580 C.p. non potendosi più ritenere penalmente punibili le condotte di aiuto meramente materiale, che non alterano il processo di formazione della volontà dell'aspirante suicida, dirigendosi per contro a un soggetto che ha già maturato, autonomamente e liberamente, il proprio proposito suicidario. Ancora, del tutto contraria ai principi di ragionevolezza e di proporzione risulta la scelta di punire allo stesso modo le condotte di istigazione e quelle di aiuto.

Seguendo questo ragionamento la Corte d'Assise di Milano ha avvertito la necessità di leggere la ormai superata normativa penalistica alla luce dei principi costituzionali, ma anche ai sensi di quanto sancito dalla Convenzione dei diritti

⁽²⁵⁾ Cfr. Sentenza n. 438 del 2008 in «Giur. cost.», 2008, 4945 con note di R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, 4953; D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, 4970; C. CORAGGIO, *Il Consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, 4981. Concetti ripresi e ribaditi anche nella Sentenza n. 253 del 2009 in «Giur. cost.», 2009, 3474.

dell'uomo seppure, è opportuno ricordarlo, la Corte Europea non abbia mai censurato gli Stati che non riconoscono un vero e proprio diritto alla morte.

Effettivamente però non si tratta tanto di stabilire un diritto alla morte (anche se l'esistenza del diritto alla vita dovrebbe poter contenere anche il suo contraltare e cioè il diritto alla morte) che decisamente spaventa l'opinione pubblica e soprattutto quella politica del nostro Paese caratterizzato ancora oggi da una laicità battezzata ⁽²⁶⁾, bensì si tratta di chiarire i contorni del diritto ad una esistenza e ad una morte dignitose, evidenziando di conseguenza l'insussistenza di un presunto "dovere alla vita". La vita infatti merita dignità e non può ridursi -per chi non lo vuole- a mera sopravvivenza biologica. In tal senso vanno riconosciute legittime le pratiche basate sulla espressione di volontà del malato, indipendentemente dal fatto che questi sia materialmente in grado di realizzarle da solo o necessiti dell'ausilio di un terzo. Nessuno Stato può oggi erigersi a giudice morale rispetto alla quantità e alla qualità di sofferenza che il soggetto può essere disposto a tollerare.

Ancora, appare necessario riflettere sul trattamento sostanzialmente differenziato che risulta dall'entrata in vigore della Legge n. 219: infatti oggi possiamo assistere a due fattispecie decisamente diverse per cui da un lato si trova il malato che rifiutando l'accanimento terapeutico ed usufruendo delle cure palliative fino alla sedazione continua si avvicina alla fine della vita in condizioni dignitose senza patire sofferenze insopportabili, in una situazione dunque di 'vantaggio' rispetto a colui che invece anche interrompendo le cure non smette di soffrire e che potrebbe vedere perdurare a lungo una condizione di vita non dignitosa, non potendo aspettarsi né una diminuzione delle sofferenze fisiche e psicologiche, né tanto meno una morte priva di dolore. Il drammatico caso di Fabiano Antonacci insegna che a volte non è sufficiente spegnere un respiratore per potersene andare con dignità da un corpo che ormai non ci appartiene più e da una vita che consciamente sentiamo non avere più i parametri minimi per essere considerata degna di essere vissuta. Rifiutare l'accanimento terapeutico e accedere alle cure palliative non appare risolutivo per ogni patologia, poiché esiste purtroppo chi è rinchiuso 'nella trappola del suo corpo' e per uscirne ha concretamente bisogno dell'aiuto di altri.

La Legge 219 costituisce quindi un ulteriore parametro di valutazione nel caso in esame anche se successiva rispetto alla vicenda, essa dimostra la volontà di un Legislatore spaventato ma non pavido, capace finalmente di confrontarsi con temi eticamente sensibili rifuggendo da derive confessionali, come era invece

⁽²⁶⁾ Su tale brillante definizione cfr. di A. FERRARI, *Laicità del diritto e laicità narrativa*, in *Il Mulino*, 2008, n. 6, 1123 e mi si consenta anche di rimandare a F. RESCIGNO, *"Ite missa est". Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, 2015.

avvenuto nella disciplina della fecondazione medica assistita ⁽²⁷⁾. La Legge 219 non è riuscita però a sciogliere ogni nodo relativo al fine della vita. Il dilemma giuridico -e non solo- è evidente e anche comprensibile, ma allo stesso tempo è innegabile che esistano e meritino un'apposita disciplina anche quelli che sono stati acutamente definiti quali "diritti infelici" ⁽²⁸⁾, diritti che nessuno di noi vorrebbe mai dover esercitare, ma che appaiono comunque necessari e che dovrebbero essere sanciti chiaramente da leggi facoltizzanti che accolgano chi si sente in difficoltà e chiede solo, come nel caso in esame, di andarsene dignitosamente. Le leggi facoltizzanti nei temi c.d. eticamente sensibili sono quelle più adatte a rappresentare e normare una società pluralista e multiculturale ⁽²⁹⁾, *leggi compromissorie*, in grado di fissare regole di compatibilità tra concezioni diverse e interessi contrapposti ⁽³⁰⁾; insomma leggi capaci di evitare il prevalere di un sistema di valori rispetto ad altri, e di individuare soluzioni atte a garantire la coesistenza di valori diversi, dando agli individui la possibilità di determinare in modo autonomo le proprie scelte.

Nel caso del fine vita la legge, a parere di chi scrive, dovrebbe limitarsi alla regolamentazione delle *modalità di esercizio del diritto*, senza pretendere di limitarlo, il Legislatore compassionevole e non paternalista dovrebbe infatti

⁽²⁷⁾ La Legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medica assistita è stata per questa marcata impostazione confessionale soprannominata '*legge burqua*'. Tale legge può essere considerata il simbolo della difficoltà nel nostro Paese di affrontare in modo adeguato e laico temi e questioni che incidono sulla salute, sull'esistenza delle persone e sui loro progetti di vita, nonché sul rapporto con la medicina e l'evoluzione scientifica. Dietro al proibizionismo esasperato del testo originario si evince la volontà di imporre un modello di gestione del corpo della donna, sottratto alla libera disponibilità della persona interessata. E' stata proprio la Corte costituzionale a smembrare un pezzo alla volta questa pessima legge cercando di ricreare un corretto bilanciamento fra diritti e tutele dei soggetti coinvolti, considerando con attenzione quali spazi debba occupare lo Stato nelle decisioni che riguardano la vita familiare e come si debba porre nei confronti dell'evoluzione scientifica e della medicina, cambiando infine profondamente la legge che oggi appare irricognoscibile se non vanificata. In questo settore la Corte si è dunque dimostrata 'coraggiosa' e capace di interventi risolutivi per porre fine a quella che può essere a giusto titolo considerata come una 'barbarie legislativa'. Sulla Legge n. 40 del 2004 cfr. nell'ambito di una bibliografia assai estesa: A. CELOTTO - N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004; C. FLAMIGNI - M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2005; M. D'AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009-2010, 68 ss; M. D'AMICO - I. ALESSO - M. CLARA, *La cicogna e il codice. fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Milano, 2010; M. P. COSTANTINI - M. D'AMICO - M. MENGARELLI, *Diritti traditi. La legge 40 cambiata dai cittadini*, Roma, 2015.

⁽²⁸⁾ Cfr. la precisa ed acuta ricostruzione di M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 marzo 2017, www.penalecontemporaneo.it.

⁽²⁹⁾ Sulla attitudine delle leggi facoltizzate nel campo dei temi della bioetica cfr. L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXII Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007, Padova, 2008, 8.

⁽³⁰⁾ Così C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4096.

riconoscere i “diritti infelici” ma necessari, e in tale prospettiva si dimostrerebbe proficua una puntuale disciplina dei limiti dell’autonomia della decisione anticipata, così come una definizione restrittiva della possibilità di una decisione posticipata del terzo ⁽³¹⁾. In tal modo la laicità legislativa assurgerebbe a metodo di decisione, a regola di convivenza, così da escludere il rischio che alcune concezioni etiche possano avere il sopravvento sulle altre.

Ma se il Legislatore sembra essersi arrestato a metà del cammino verso la dignità del morente, allora è possibile che la costruzione dei “diritti infelici” spetti, almeno in questo momento, alla giurisprudenza, a quella ordinaria ma ancor di più a quella costituzionale. La Corte costituzionale si dovrà pronunciare infatti su una norma anacronistica, una norma che non tiene in alcuna considerazione la persona quale soggetto capace di autodeterminarsi, una norma che confligge con l’impostazione personalista della Carta fondamentale e che fa propria una versione confessionale della sacralità della vita ⁽³²⁾. Certo si potrebbe obiettare che non spetta alla Corte rileggere e ridefinire le categorie ma certamente un suo intervento coraggioso nel senso della caducazione almeno di una parte della previsione penale costituirebbe un nuovo sprone per il Legislatore al quale si chiede uno sforzo ulteriore verso l’adozione di una norma facoltizzante che non potrà impensierire chi crede nella sacralità della vita (tanto più nella vita eterna) ma consentirebbe a chi nutre convinzioni diverse di potersene andare con dignità e con l’aiuto e il conforto dei propri cari o di persone di propria fiducia. Non si tratta di legalizzare l’istigazione al suicidio poichè un conto è incidere sulla determinazione del soggetto come nell’ipotesi dell’istigazione e rafforzamento al suicidio e un conto è agevolare l’esecuzione della condotta suicida di chi invece si è già determinato all’evento, e appare fuorviante invocare scenari che ipotizzano suicidi pilotati per anziani e persone gravemente infermi. Ciò che andrebbe stigmatizzato dalla Corte è il paternalismo della norma penale che *protegge* il soggetto da decisioni “in suo danno”, punendolo se egli stesso agisce od omette di agire o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso (in questo caso si tratta di paternalismo indiretto).

⁽³¹⁾ In tal senso il caso Englaro rappresenta un monito, per cui l’assenza di un intervento laico e preciso del Legislatore lascia aperta la porta ad interventi dei terzi che potrebbero, a differenza del caso in questione, anche non essere diretti al miglior interesse del malato.

⁽³²⁾ Solo a titolo esemplificativo giova ricordare quanto avvenuto in occasione della vicenda Welby quando il Vicariato di Roma non concesse la funzione religiosa per le esequie di Welby come invece richiesto dalla moglie credente. In tale occasione il Vicariato rilasciò la seguente dichiarazione: “*In merito alla richiesta di esequie ecclesiastiche per il defunto Dott. Piergiorgio Welby, il Vicariato di Roma precisa di non aver potuto concedere tali esequie perché, a differenza dai casi di suicidio nei quali si presume la mancanza delle condizioni di piena avvertenza e deliberato consenso, era nota, in quanto ripetutamente e pubblicamente affermata, la volontà del Dott. Welby di porre fine alla propria vita, ciò che contrasta con la dottrina cattolica (cfr. Catechismo della Chiesa Cattolica, nn. 2276-2283; 2324-2325)*”. Fu il Vicario generale per la diocesi di Roma, Cardinal Camillo Ruini ad assumersi personalmente la responsabilità della decisione di negare il funerale religioso a Welby poichè per la Chiesa «il suicidio è intrinsecamente negativo». Il Cardinale Ruini dichiarò anche che sperava “*che Dio abbia accolto Welby per sempre, ma concedere il funerale sarebbe stato come dire il suicidio è ammesso*”.

Ciò a cui appare necessario dare rilievo è il diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, mentre devono restare nell'area dell'illiceità le condotte che si ingeriscono nella libera autodeterminazione altrui, spingendosi sino alla lesione del bene della vita umana, si tratta dunque di stigmatizzare le condotte di manipolazione indiretta della volontà della vittima ⁽³³⁾ dettate da fini egoistici non solo di carattere patrimoniale, approfittando dello stato di debolezza del suicida.

La vicenda di Marco Cappato mette a nudo le difficoltà di un sistema giuridico in cui ancora convivono norme eticamente orientate con l'affermazione del principio personalista per sua stessa natura principio laicamente neutrale. In tale ottica si chiede alla Corte di compiere un atto di "promozione costituzionale" al fine di smantellare l'anacronistico impianto di una norma che non appare coerente con la *ratio* dei principi costituzionali. Allo stesso tempo la Consulta ha l'occasione di mandare un chiaro monito al Legislatore perché intervenga nuovamente in materia al fine di completare il percorso iniziato con la Legge n. 219 e razionalizzare la disciplina relativa ai momenti finali dell'esistenza della persona, sostenendola nel suo cammino di cura e sofferenza, ma anche lasciandola libera nelle proprie decisioni personalissime quando questa non riconosce più dignità nella propria esistenza.

Come cittadina e come studiosa probabilmente mi aspetto molto, forse troppo, dalla Corte, ma se così non fosse allora mi risulterebbe assai difficile se non impossibile poter continuare a credere nella centralità della persona e dei suoi diritti fondamentali e nell'impianto consacrato nella Carta costituzionale.

⁽³³⁾ A tale proposito di estremo interesse appare la statuizione offerta da Codice penale francese che all'articolo 223-15-250-2 sanziona un'ipotesi di manipolazione dell'altrui personalità che, pur incentrandosi espressamente sull'ambiguo concetto di soggezione, struttura la condotta su due indici rivelatori della particolare pericolosità dell'azione posta in essere: l'abuso dell'altrui debolezza e le pressioni gravi e reiterate. Tali elementi sono indicatori di una messa in pericolo della libera volontà della vittima, tali da far assurgere l'azione a condotta illecita tutte le volte nelle quali a seguito di tale indebita interferenza si realizzi un determinato evento, e sono inoltre indici di una peculiare riprovevolezza del soggetto agente, la cui azione non si denota per il sostegno altruistico all'atto autolesionistico della vittima, ma si tramuta in subdola azione di persuasione del colpevole

PAOLO VERONESI

(ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara - vpr@unife.it)

Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla *quaestio* Cappato-DJ Fabo?

1. Il c.d. “caso Cappato” evidenzia, ancora una volta, l'estremo ritardo con il quale il legislatore italiano tende a farsi carico delle questioni che, con espressione decisamente infelice, si è soliti definire “eticamente sensibili” (e che attengono, in realtà, alla sostanza e ai limiti di una serie di diritti fondamentali). Non è quindi un caso se, dopo decenni di sterili discussioni, solo nella scorsa legislatura - la quale andrà prima o poi rivalutata sotto questo profilo - si sia finalmente giunti all'approvazione della legge n. 219/2017 (sul consenso informato e le DAT).

Insomma, questi costanti e reiterati ritardi del nostro legislatore hanno reso inevitabile che delle nuove fattispecie, via emergenti nelle più varie (e delicate) implementazioni/interpretazioni dei diritti sanciti in Costituzione, si siano fatti soprattutto carico i giudici di ogni ordine e grado (Corte costituzionale compresa). Si pensi, ad esempio, come la stessa Corte costituzionale - nel dialogo con i giudici - abbia letteralmente (e opportunamente) ricalibrato, per tappe successive, l'irragionevole trama della legge n. 40/2004 (sentt. n. 151/2009, n. 162/2014 e n. 96/2015) o abbia “suggerito”, mediante la sent. n. 138/2010, la strada attraverso cui giungere all'approvazione della legge n. 79/2016 sulle unioni civili.

È quanto sostanzialmente accade anche nella vicenda Cappato. Anzi, ponendo nella giusta evidenza come sia stato lo stesso imputato ad autodenunciarsi per il ruolo svolto nella vicenda di DJ Fabo, può concludersi che Marco Cappato - agendo in tal modo - abbia volontariamente e scientemente attivato, a sue eventuali “spese”, il circuito giurisdizionale e costituzionale per la battaglia di scopo da lui intrapresa (e alla quale aderiva anche Fabiano Antoniani). Egli ha insomma ritenuto che - nelle condizioni date - tale fosse la strada più idonea al fine di ottenere risposte possibilmente chiare, ragionate e costituzionalmente avanzate in merito a una sempre più diffusa e drammatica esigenza del “mestiere di vivere” nell'età della tecnica e della medicina avanzata. A riprova - per l'ennesima volta - della scarsa fiducia che su questi temi assai delicati (ma decisivi) vada più che giustificatamente riservata al nostro Parlamento.

2. L'esito di un simile approccio è stato dunque la rimessione della *quaestio* di legittimità sull'art. 580 c.p., promossa dalla Corte d'Assise di Milano: un risultato non da poco.

L'ordinanza dei giudici ambrosiani appare senz'altro dotta e informata. Essa costituisce pertanto un assai utile "trattato" delle questioni affrontate e della giurisprudenza intervenuta sul tema del fine vita e dell'aiuto al suicidio in particolare.

Il problema è però stabilire se la "domanda", anzi, le "domande" in essa formulate - proprio per il modo in cui sono poste - abbiano qualche *chance* di essere accolte dalla Corte. E qui sorgono i maggiori problemi: per giungere a un simile risultato occorre infatti confidare che la Corte s'impegno a "estrarre" interpretativamente l'essenza di quanto (un po' confusamente) è stato proposto dal giudice ambrosiano; bisogna auspicare insomma che essa non si arresti prima del tempo necessario a svolgere queste delicate operazioni.

3. Una preliminare perplessità pare pertanto rinvenirsi nell'argomento per cui, dando per scontata l'esistenza di un diritto vivente in materia di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p. - ricavato peraltro da una sola (e ormai risalente) pronuncia della Cassazione (Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147) - il giudice *a quo* ritenga di dover comunque sollevare la relativa *quaestio* di legittimità benché espressamente riconosca che tale orientamento gli appaia «contrario ai principi di libertà e di autodeterminazione dell'individuo sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione Edu, che sono stati di recente richiamati e declinati nella legge n. 219/2017 sul fine vita».

Un tale approccio pare problematico nelle premesse e nelle conclusioni. In primo luogo, è tutto da dimostrare che l'isolata pronuncia della Cassazione costituisca, di per sé, un effettivo e univoco diritto vivente, specie considerando che - come il remittente opportunamente sottolinea - è in corso, nella giurisprudenza di merito, il reiterato tentativo di affermare una ben diversa interpretazione dell'art. 580 c.p. (teso a delimitarne non di poco la portata punitiva). Come testimoniato dalle pronunce citate nell'ordinanza di rinvio (adottate dalla Corte d'Assise di Messina nel 1997, dal GUP nel Tribunale di Vicenza nel 2015 e dalla Corte d'Appello di Venezia nel 2017), all'idea per la quale l'art. 580 c.p., stante il suo tenore testuale, punirebbe sempre e comunque ogni attività connessa con il suicidio altrui, si sta così facendo strada l'assai diversa idea per cui dovrebbero ritenersi vietate da tale articolo solo le azioni destinate a fornire un «contributo materiale direttamente e funzionalmente incidente sulla esecuzione dell'atto anticonservativo», ovvero «connesse all'attuazione materiale del suicidio» e al suo «momento esecutivo». Non già, dunque, le azioni del tutto laterali e fungibili, da intendersi, cioè, solo latamente agevolatrici «della mera potenzialità di attuazione del programma... di autosopprimersi, senza alcuna diretta connessione... con l'esecuzione del suicidio» e con il precedente formarsi o

rafforzarsi della volontà dell'agente. Attività quindi che - tra l'altro - potrebbero venire adottate anche da soggetti nient'affatto concordi con l'intento di chi, loro malgrado, si trovassero ad assistere per motivi pietosi.

Così stando le cose, pare dunque più corretto affermare che - nella fattispecie *de qua* - un diritto vivente non si sia ancora effettivamente formato, essendo invece in corso di elaborazione un indirizzo giurisprudenziale di segno contrario all'interpretazione estensiva dell'art. 580 c.p. Potrebbe dunque imputarsi al giudice *a quo* di non aver utilizzato sino in fondo le sue prerogative: egli avrebbe, infatti, potuto accodarsi all'interpretazione *in itinere*, rafforzandone così la consistenza e dilatando la distanza tra quanto sta ora avvenendo presso i giudici e quanto (a suo tempo) deciso dalla Cassazione.

Se la Corte deciderà di assegnare decisivo rilievo a questa circostanza, essa avrebbe quindi buon gioco nell'adottare una decisione d'inammissibilità semplice o - se lo volesse - una più esaustiva pronuncia d'inammissibilità interpretativa, così autorevolmente contribuendo al dibattito in corso e avallando l'indirizzo giurisprudenziale più recente (o ribadendo quello più "classico"). Se poi intendesse caricare le sue affermazioni di un maggior forza cogente, non è neppure escluso che essa non ricorra a un'interpretativa di rigetto, la quale vincolerebbe (almeno) il giudice *a quo* e segnerebbe quindi l'esito del processo Cappato (e la sorte di quest'ultimo).

4. Superato tale ostacolo, pare comunque problematico ipotizzare la risposta alla *quaestio* centrale conseguentemente elaborata - forse un po' disordinatamente - dalla Corte d'Assise milanese. A ben vedere, dopo un'attenta analisi di materiali giurisprudenziali interni (caso Welby ed Englaro) e della Corte Edu (casi Pretty, Haas e Gross), oltre che mettendo a frutto la recente approvazione della citata legge n. 219/2017, il remittente giunge infatti a chiedere la dichiarazione d'illegittimità dell'art. 580 c.p. in tutti i casi in cui l'azione del soggetto non contribuisca «alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio». Ciò gli appare infatti in contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1, e 117 Cost. (in riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione Edu). Nel dispositivo il remittente omette però ogni riferimento all'art. 32 Cost., il quale compare invece proprio nell'*incipit* della parte motiva riferita a questo profilo d'incostituzionalità, nonché nei numerosi squarci giurisprudenziali opportunamente proposti nell'ordinanza. Calcando l'accento sul diritto all'autodeterminazione del malato - ricavato dai vari materiali già menzionati - il giudice (pare) quindi chiedere una dichiarazione d'illegittimità che colpirebbe le azioni "non decisive" di aiuto al suicidio quale che fosse la motivazione dell'interessato (e a prescindere, cioè, dal suo effettivo stato di salute).

Se così è, la domanda va quindi ben oltre la portata della norma "illuminata" dalla fattispecie che il giudice *a quo* si trova a decidere. Con più cautela, questi avrebbe dunque potuto calibrare più chirurgicamente la *quaestio*, evidenziando

l'incostituzionalità delle onnicomprensive previsioni dell'art. 580 c.p., le quali non distinguono in alcun modo i casi in cui l'aiuto fosse determinato da motivi pietosi ispirati proprio dalla malattia a esito infausto o alla grave invalidità del richiedente. Sempre che - ovviamente - in tali circostanze l'aiuto fosse reiteratamente richiesto dal malato capace, consapevole e non forzato, il quale desse in tal modo prova di ritenere le sue condizioni di vita in aperto contrasto con la propria idea di dignità. Situazioni che - identiche o anche solo analoghe a quelle in cui il malato può tuttora conseguire il proprio scopo mediante il rifiuto delle terapie essenziali per la vita (ai sensi dell'art. 32, comma 2 Cost. e, ora, della legge n. 219/2017) - pur coinvolgendo i medesimi diritti fondamentali, tuttavia non consentono, per la loro specificità, di mettere in campo le medesime "strategie" di utilizzo dei diritti di libertà e di autodeterminazione personale (perché il paziente *non vuole o non può* in tal modo conseguire il proprio obiettivo). Si potrebbero così (finalmente) equiparare le situazioni in cui il malato può già ora "organizzare" il proprio fine-vita mediante il rifiuto di un trattamento sanitario e quelle in cui il richiedente - pur versando in condizioni magari più gravi e invalidanti - non può però raggiungere tale esito a causa delle peculiari caratteristiche della sua patologia.

L'art. 3 Cost. avrebbe così potuto essere il più saldo volano al quale agganciare una simile richiesta, tesa a rendere conforme la disciplina di situazioni sostanzialmente analoghe nonché saldamente agganciate agli artt. 2, 13 e soprattutto 32 Cost. In tal modo, la *quaestio* sarebbe stata ulteriormente "cesellata" sulla "finestra" del caso, non già colpendo, cioè, ogni ipotesi di aiuto al suicidio non incidente sul momento esecutivo dello stesso, ma solo le fattispecie - come quella rilevante nel caso - in cui fosse in atto una patologia ad alta invalidità e sussistessero le ulteriori condizioni essenziali appena evidenziate.

La vera domanda è: può la Corte costituzionale estrapolare un simile *petitum* dalla parte centrale della motivazione dell'ordinanza, interpretandola, cioè, congiuntamente alla porzione di dispositivo che ne trae le conclusioni (trovando così corrispondenza tra il chiesto del giudice e il suo eventuale pronunciato)? Essa può insomma farsi carico di una simile "rimodulazione" della *quaestio*, la quale sembra appunto perseguire proprio il "bersaglio grosso" dell'aiuto al suicidio non strettamente "esecutivo" *tout court*? Rispondere a tali quesiti è decisivo e segna il confine tra una pronuncia che potrebbe essere ancora di inammissibilità (interpretativa o meno), ovvero deviare verso i lidi del rigetto interpretativo o - nella migliore delle ipotesi - della manipolatività (nel segno, cioè, di una possibile additiva di principio quando non di un selettivo accoglimento parziale). Come il più comprende il meno, così la Corte potrebbe (forse) cimentarsi in questa operazione.

Più lineare la richiesta - formulata in subordine - di una decisione di accoglimento che colpisse la medesima (consistente) pena per le ben diverse ipotesi di istigazione e di aiuto al suicidio (specie considerando le situazioni simili a quelle in cui si ha operato l'accordo tra Dj Fabo e Marco Cappato). Si richiede qui

un intervento che opportunamente scinda azione offensiva da azione offensiva, nonché - conseguentemente - sanzione penale da sanzione penale. Un intervento legittimo perchè caratterizzato da un patente *favor rei* e che fornirebbe un meditato rimedio a quella che appare ormai una patente, arbitraria e irragionevole assimilazione.

La violazione dell'art. 3 Cost. sembra quindi assai limpida, così come la stessa vanificazione dell'art. 27, comma 3, sotto il profilo del carattere necessariamente proporzionato e rieducativo della pena.

5. Rimane il problema di stabilire con quale strategia e con quali esiti la Corte possa occuparsi di un simile aspetto della legislazione penale, stante i limiti da essa sempre riconosciuti alla propria azione allorché sia in gioco l'art. 25, comma 2 Cost.

In prima battuta, essa potrebbe senz'altro adottare un accoglimento semplice, creando cioè un "vuoto" normativo che il legislatore potrebbe poi discrezionalmente colmare (precisando nuove e più misurate penalità). La (pesante) conseguenza sarebbe però che, in tal modo, tutte le condotte di aiuto al suicidio - senza le distinzioni poco sopra proposte - verrebbero private di sanzione fin quando il Parlamento non corresse ai ripari. Forse è attendersi troppo.

In alternativa, la Consulta potrebbe probabilmente reperire nell'ordinamento, di sua iniziativa - e rispettando lo stesso art. 25 Cost. - la nuova sanzione da applicare nel caso? Questo pare in realtà estremamente difficoltoso - ma è materia da lasciare alla sensibilità dei penalisti - posto che - come sottolineato dalla stessa Consulta, ad esempio, nella sent. n. 81/2014 - in tal caso «dovrebbe scegliere... essa stessa, in modo "creativo", la pena da sostituire a quella censurata...»: operazione che le è preclusa. In effetti, "se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore" ([sent. n. 22 del 2007](#))». Si tratta, del resto, di un approdo consolidato, confermato altresì - tanto per proporre un altro esempio recente - nella sent. n. 148/2016. Quindi, o è davvero reperibile una disciplina "affine", e "a rime obbligate", alla quale la Corte possa agganciarsi (come è avvenuto ad esempio nella sent. n. 341/1994), oppure questa alternativa pare effettivamente preclusa al suo intervento.

Rimarrebbe perciò in campo la prima alternativa: un accoglimento "secco", che getterebbe la palla nel campo del nostro legislatore (con quali esiti e immotivate polemiche è facile prevedere), oppure un (mesto) ritorno verso i lidi dell'inammissibilità.