

Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura

di Michele Massa *
(1 dicembre 2018)

(in corso di pubblicazione in “*Rivista italiana di medicina legale*”)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le questioni – 3. La prima parte dell’ordinanza – 4. La seconda parte e il dispositivo – 5. Argomenti comparatistici – 6. Il potere di rinvio – 7. Sui problemi del seguito – 8. Conclusioni

1. Premessa

L’ordinanza della Corte costituzionale rivela il caso di Marco Cappato per quello che è: il caso di Fabiano Antoniani (DJ Fabo), vittima di una tragedia così nota che non occorre riassumerla¹. L’impressionante vicenda tocca nodi umani, morali, sociali e giuridici di delicatezza – letteralmente – estrema. Ma la pronuncia commentata è anche la prima in cui la Corte costituzionale rinvia, a una data fissa, la propria decisione e sollecita il Parlamento a intervenire nel frattempo. Si tratta di una innovazione potenzialmente di grande impatto, dal punto di vista processuale e del ruolo del giudice delle leggi

È questo il punto di vista assunto del presente commento a prima lettura, del tutto interlocutorio, come interlocutoria è la pronuncia. Il commento si asterrà invece dal considerare il merito, anche convenzionale (CEDU), della questione, i problemi biogiuridici e bioetici generali della fine della vita, nonché i collegamenti con la legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) e i contenuti di questa. Per la verità, una parte di tutto ciò si affaccerà comunque, al limitare delle considerazioni svolte qui. Spetterà ad altri approfondirli con argomenti e riferimenti, in questo fascicolo² e nelle ulteriori occasioni che, certamente, non mancheranno nei prossimi mesi.

2. Le questioni

Il caso giudiziario è stato ampiamente discusso³. Venendo subito al giudizio di legittimità costituzionale, il suo oggetto era costituito da due questioni⁴. Entrambe riguardavano l’art. 580 cod. pen., laddove punisce l’aiuto al suicidio che non abbia inciso sulla volontà della vittima. Anzitutto, si dubitava che questa incriminazione fosse

1 È comunque ricapitolata nell’ordinanza: in particolare Ritenuto in fatto, § 1, e Considerato in diritto, § 9 (sulla spiegazione del perché, secondo le deduzioni della difesa privata, Antoniani scelse il suicidio invece dell’interruzione della respirazione artificiale con sedazione profonda).

2 Il presente testo è destinato alla pubblicazione nella *Rivista italiana di medicina legale* assieme a un commento di Luciano Eusebi sui profili sostanziali dell’ordinanza.

compatibile con gli artt. 2 e 13 Cost., nonché con gli artt. 2 e 8 CEDU (in relazione all'art. 117, primo comma, Cost.), i quali, secondo il rimettente, garantiscono la libertà della persona di scegliere quando e come terminare la propria esistenza. Logicamente in subordine, si chiedeva se non violasse i principi di eguaglianza e proporzionalità della pena (artt. 3, 13 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.) la comminazione per il mero aiuto al suicidio della stessa pena prevista per l'istigazione.

Nella pronuncia, la seconda questione resta totalmente in ombra, per effetto delle valutazioni compiute sulla prima. Quest'ultima si caratterizzava per la particolare ampiezza dell'intervento chiesto alla Corte costituzionale (*petitum*) e del suo presupposto: per la Corte di assise di Milano, esiste un vero e proprio diritto al suicidio, naturale e lineare proiezione dell'autonomia individuale; è legittimo vietare qualsiasi influenza tesa a generare o rafforzare il proposito suicida, ma non c'è niente di male nell'aiutare materialmente chi abbia autonomamente sviluppato questo proposito; e ciò certamente in casi estremi come quello concretamente a giudizio ma anche – o almeno così sembrerebbe, a leggere l'ordinanza di rimessione – in casi diversi, ferma restando la libertà e la consapevolezza della decisione finale. Questa impostazione può spiegare perché la corte milanese abbia scartato ogni interpretazione alternativa dell'art. 580 cod. pen.: non solo quella che ne restringeva l'applicabilità ai soli casi di aiuto incidente sulla

3 Anche nel settore del diritto costituzionale: ad es. A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale* (testi provvisori delle relazioni orali al seminario di Bologna, 12 ottobre 2018), in www.forumcostituzionale.it; M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018, pp. 737 ss.; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 3, p. 139 ss.; G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in www.archiviopenale.it; S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in www.forumcostituzionale.it; E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, in osservatorioaic.it; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in www.federalismi.it; A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in www.forumcostituzionale.it; S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato"*, in www.diritticomparati.it; G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quad. cost.*, 2018, pp. 493-497; M.E. DE TURA, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire?*, in osservatorioaic.it; M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in www.giurisprudenzapenale.com. Tra i primi commenti all'ordinanza della Corte costituzionale, cfr. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in www.diritticomparati.it; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in questionegiustizia.it; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in www.giurcost.org; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 3, p. 153 ss. La selezione dei riferimenti non intende affatto, ovviamente, mettere in discussione che importanti argomenti costituzionali – perlopiù sostanziali – vengano anche dalla riflessione di area penalistica: cfr. ad es. le diverse prospettive di D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 7, pp. 70 ss., e L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in questa *Rivista*, 2018, pp. 433 ss.

4 Riassunte nei paragrafi iniziali del Ritenuto in fatto e del Considerato in diritto. Si noti che la motivazione scritta con lo stile delle sentenze, non con quello più conciso delle ordinanze, anche se il provvedimento è a tutti gli effetti un'ordinanza (non definitiva del giudizio).

volontà della vittima⁵; ma anche quella che riteneva punibile esclusivamente l'aiuto all'esecuzione del suicidio in senso stretto (non condotte preliminari, come appunto il mero trasporto nel luogo in cui, poi, si sarebbe compiuto il gesto estremo)⁶. Anche questa seconda interpretazione avrebbe consentito l'assoluzione dell'imputato. Ma, se si parte dalla premessa che il suicidio è esercizio di un diritto costituzionale, allora nessun disvalore può annettersi all'assistenza materiale al suo compimento (se mai il contrario⁷).

Tale era l'ampiezza di questo *petitum*, che la stessa difesa privata⁸ ne aveva prospettato uno più ristretto: anzi due, subordinati tra loro, ricalcati più fedelmente sul caso concreto⁹. Anche la Corte costituzionale sembra muoversi inizialmente in una logica simile (vedi oltre, § 3), salvo poi prendere una svolta inattesa (§ 4).

3. La prima parte dell'ordinanza

Dopo alcune premesse processuali, la Corte afferma senz'altro l'insussistenza di un diritto costituzionale al suicidio e la legittimità dell'incriminazione dell'aiuto e dell'istigazione al suicidio¹⁰.

5 Era la tesi della sentenza della Corte di assise di Messina annullata da Cass., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147.

6 Era la tesi della Corte d'appello di Venezia (10 maggio 2017) e del GUP di Vicenza (14 ottobre 2015), seguita in una fase precedente del giudizio *a quo* dai magistrati del PM, ma poi respinta dal GIP (cfr. la sintesi di M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente"*, cit., p. 740). Per un'analisi critica di questa tesi, cfr. A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione*, cit., pp. 5-6; S. BISSARO, *Riflessioni a margine*, cit., pp. 6 ss.

7 Vedi infatti A. SANTOSUOSSO – P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio*, in www.giurisprudenzapenale.com. Questo consente di superare lo iato logico (segnalato da G. DI COSIMO, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato"*, cit., pp. 17 e 20) tra la condizione di chi decide di suicidarsi e quella di chi intende aiutarlo.

8 Con argomenti simili a quelli esposti in sede scientifica da uno dei componenti del collegio difensivo dell'imputato: I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza*, in A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato"*, cit., pp. 33 ss. In merito all'ampiezza del *petitum* e alla possibilità di un suo ridimensionamento si vedano anche A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, *ibidem*, p. 12; G. DI COSIMO, *Il "caso Cappato"*, cit., p. 22; P. VERONESI, *Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla quaestio Cappato-DJ Fabo?*, anch'esso in A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato"*, pp. 59-60; M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente"*, cit., pp. 741-742; S. BISSARO, *Riflessioni a margine*, cit., p. 25; A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione*, cit., pp. 6-7 e 11.

9 Ritenuto in fatto, § 3: «che l'art. 580 cod. pen. sia dichiarato illegittimo "nella parte in cui punisce la condotta di chi abbia agevolato l'esecuzione della volontà, liberamente formatasi, della persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze, sempre che l'agevolazione sia strumentale al suicidio di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari"; ovvero, in subordine, "nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione al suicidio che non abbiano inciso sulla formazione del proposito suicidario siano punite allo stesso modo della istigazione al suicidio"».

10 Considerato in diritto, §§ 4-7. La Corte si basa qui su argomentazioni sia generali (tutela della vita) sia particolare, riferite ad alcune specifiche condizioni di vulnerabilità («persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine»). S. PRISCO, *Il caso Cappato*, cit., p. 157, si chiede se queste condizioni legittimino sempre il divieto di assistenza al suicidio, anche quando in concreto la persona non è in stato di abbandono e ha ricevuto cure palliative rivelatesi inefficaci.

Una considerazione specifica¹¹, però, investe l'art. 580 cod. pen. nella parte in cui punisce l'aiuto a chi: *i*) sia affetto da una malattia inguaribile; *ii*) subisca a causa di essa sofferenze, anche solo psicologiche, che egli ritiene intollerabili; *iii*) venga tenuto in vita mediante appositi trattamenti di sostegno; *iv*) risulti capace di decisioni libere e consapevoli.

È esplicito il collegamento con il caso concreto di queste condizioni, che però sono anche paragonabili a quelle ritenute «eticamente indispensabili» dal Comitato nazionale per la bioetica (CNB) per l'attuazione della «sedazione profonda e continua»¹²: malattia inguaribile in stato avanzato; imminenza della morte (entro poche ore o giorni); presenza verificata di uno o più sintomi refrattari o eventi acuti terminali con sofferenza intollerabile per il paziente; consenso informato del medesimo. Il CNB aggiunge che il paziente che rifiuta trattamenti sanitari o tecniche strumentali di sostegno alle funzioni vitali, «inserendosi in un percorso di fine vita», ha anch'egli diritto, in caso di sofferenze refrattarie, alla sedazione profonda e continua¹³.

Il punto chiave sembra proprio la simmetria con la situazione di chi, sofferente e in condizioni irreversibili, è tenuto in vita con trattamenti sanitari o tecniche di sostegno vitale. Costui oggi, a norma della l. n. 219/2017, può scegliere se continuare a ricevere trattamenti e sostegni, oppure rifiutarli (art. 1, commi 5 e 6) e intraprendere così un «percorso di fine vita» accompagnato da cure palliative, compresa appunto la sedazione profonda e continua (art. 2). La Corte costituzionale afferma a chiare lettere la convinzione che questa previsione sia perfettamente in sintonia non solo con la giurisprudenza civile sui casi Englaro e Welby (espressamente citata dalla Corte), ma anche con la propria posizione in merito al nesso tra consenso informato e artt. 2, 13 e 32 Cost.¹⁴: posizione, per la verità, sinora assunta principalmente per dirimere questioni di riparto delle competenze tra Stato e Regioni¹⁵, sebbene affermata in termini più ampi e sostanziali.

Orbene, in queste situazioni, osserva oggi la Corte, «vengono messe in discussione [...] le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio»: i limiti alla «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze», non corrisponderebbero alla protezione costituzionale del diritto alla vita, né a quella del malato quale soggetto

11 Considerato in diritto, § 8.

12 CNB, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016 (in bioetica.governo.it), pp. 3 e 15.

13 *Ibidem*, p. 11.

14 La Corte richiama anche l'art. 32 Cost. come fonte del diritto a rifiutare un mantenimento in vita non più desiderato e, così, recupera un parametro presente nella motivazione, ma non nel dispositivo dell'ordinanza di remissione. Ciò rientra nei normali poteri di interpretazione dell'atto introduttivo del giudizio ed era stato previsto da S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie*, cit., pp. 12 ss. Nondimeno, la congiunzione di questa e altre rettifiche dell'ordinanza di remissione (ad es. quella sull'art. 3 Cost., di cui oltre nel testo) è parsa ad alcuni sintomatica di una certa «vocazione "pedagogica"» della Corte a fronte di «qualche inaccuratezza nella scrittura – e prima ancora nella struttura logica – dell'ordinanza di remissione» (S. PRISCO, *Il caso Cappato*, cit., pp. 155-156).

15 M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 463.

vulnerabile, per le stesse ragioni per cui tali garanzie non impediscono il rifiuto dei trattamenti o sostegni vitali¹⁶.

L'argomento della simmetria merita una breve analisi. Esso rimanda allo schema familiare del giudizio triadico: imperniato sul principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), non a caso richiamato dalla Corte costituzionale benché non lo fosse stato nell'ordinanza di rimessione¹⁷. Questo giudizio è possibile solo se vi è un criterio (*tertium comparationis*) in base al quale costruire la relazione tra il primo e il secondo termine di paragone¹⁸: un criterio giuridico, costituzionalmente rilevante, non essendo sufficiente la pura e semplice analogia dei fatti, nemmeno quando sono drammatici e laceranti. Nel caso, il paragone non reggerebbe, se il criterio comparativo fosse il diritto a ricevere trattamenti sanitari o sostegni vitali, o quello ad acconsentire o meno ad essi (come nei precedenti richiamati sopra). Diverso potrebbe essere il discorso, se il criterio fosse una certa idea del diritto all'autodeterminazione individuale o alla liberazione dalla sofferenza, quantomeno nel momento in cui si rifiutino i trattamenti o supporti vitali. È questo il punto più delicato: la premessa del paragone; e ciò a prescindere dal fatto che, impostato il paragone in questi termini, la logica dell'eguaglianza non escluda, a valle, che l'ipotetica scelta suicida sia accompagnata da garanzie specifiche (diverse, aggiuntive e maggiori che per il rifiuto o l'interruzione di trattamenti e supporti vitali). Mettere a fuoco questo punto è il vero e proprio cuore della questione costituzionale¹⁹.

Tornando nel campo proprio di questo commento, in conclusione, la prima parte della motivazione contiene elementi che avrebbero potuto, e potrebbero in futuro, fungere da premessa anche di decisioni manipolative di tipo ablativo: ablative, in quanto eventualmente sia rimosso il divieto di assistenza da una parte dei possibili casi di suicidio, neutralizzando una parte del campo di applicazione dell'art. 580 cod. pen. (senza necessariamente alterarne formalmente il testo); manipolative, perché si dovrebbe appunto stabilire l'ipotetico perimetro dei casi affrancati dal divieto.

Si viene, così, a contatto con il problema della discrezionalità legislativa²⁰: che, in effetti, la Corte riconosce espressamente.

16 Considerato in diritto, § 9.

17 Cfr. G. DI COSIMO, *Il "caso Cappato"*, cit., p. 19; C. TRIPODINA, *Quale morte*, cit., p. 146.

18 È una necessità di teoria generale: mi permetto di rinviare al mio *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 145 ss.

19 Si rinvia ad A. MORRONE, *Il "caso Cappato"*, cit., pp. 5-8 e 9-12, che su questo ravvisava difetti della motivazione dell'ordinanza di rimessione, in punto di non manifesta infondatezza.

20 Tutte le decisioni manipolative, comprese quelle ablative, devono confrontarsi con questo problema: cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 390 e 393.

4. *La seconda parte e il dispositivo*

Qui si innesta, infatti, la seconda parte della motivazione²¹, con la sua sorprendente novità processuale²².

Il presupposto è la delicatezza delle condizioni di esercizio dei diritti («condizioni di attuazione» delle decisioni) dei pazienti «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». Occorre una disciplina specifica delle «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti» per le richieste di aiuto; del «relativo “processo medicalizzato”»; della «eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale» ed anche della possibile «obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura». Le opzioni sono molteplici e implicano «delicati bilanciamenti [...] affidati, in linea di principio, al Parlamento», sebbene la Corte non faccia mancare alcuni consigli. Limitando l'attenzione a quelli che riguardano il malato e le condizioni per la sua protezione, si suggerisce in particolare di impiantare la disciplina di esse in quella della relazione di cura, di cui alla l. n. 219/2017; e di assicurare che siano sempre offerte al paziente «cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza», dato che il concreto e *previo* «coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire [...] un pre-requisito della scelta, *in seguito*, di qualsiasi percorso alternativo» (enfasi aggiunta; su questo requisito si tornerà più avanti). Una «disciplina legale» di tutto ciò è indispensabile e ad essa non può – «almeno allo stato» – sostituirsi una sentenza di accoglimento, nemmeno parziale.

In situazioni simili, sino ad ora, la Corte ha utilizzato due tipologie di strumenti. Una è ricordata nella stessa ordinanza: dichiarare la questione inammissibile, per discrezionalità del legislatore²³, e contemporaneamente rivolgere a questi un monito a intervenire; se poi l'intervento non arriva e se la questione si ripropone, può anche succedere che la Corte rompa gli indugi e adotti una decisione di accoglimento²⁴. L'alternativa sarebbe, appunto, un dispositivo di accoglimento, che modifichi subito il tessuto normativo, con tutta la varietà e le gradazioni delle manipolazioni possibili²⁵: dall'introduzione di un mero principio, a quella di veri e propri meccanismi; in linea di massima con la possibilità, talora esplicitamente sollecitata, di ulteriori interventi legislativi anche dopo la sentenza di illegittimità costituzionale²⁶.

21 Considerato in diritto, § 10.

22 Ivi, § 11.

23 Eventualità ben presente ai commentatori: per tutti, cfr. G. DI COSIMO, *Il “caso Cappato”*, cit., 15; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali*, cit., p. 41 (peraltro entrambi con accenti critici su questo possibile scenario).

24 È accaduto ad es. con Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286.

25 E con tutta la varietà delle possibili combinazioni tra tecniche decisorie: cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

26 Cfr. ad es. Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, sul cui tormentato seguito giurisprudenziale cfr. V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 2018, n. 1, sp. pp. 12 ss. Nel caso odierno, la possibilità di riforme organiche dopo un'eventuale sentenza di illegittimità costituzionale era stata considerata da M. D'AMICO, *Scegliere di morire “degnamente”*, cit., p. 743.

Oggi – si ripete – la Corte non addiviene a una decisione di merito, ma d'altra parte ritiene l'inammissibilità una soluzione inadatta per le «peculiari caratteristiche del caso e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti». Frase che avrebbe potuto essere meglio sviluppata, soprattutto nella prima parte: potrebbe riferirsi alla vicenda individuale dell'imputato, o alla fattispecie astratta di chi si trovi in una situazione analoga alla sua; oppure alla fattispecie astratta del malato, che si trovi in una condizione simile a quella di Antoniani o, per converso, in situazioni specifiche di vulnerabilità alle quali si è già fatto cenno²⁷.

Tra queste due alternative, la Corte se ne confeziona una terza: un dispositivo di rinvio, a data fissa²⁸. Così, il legislatore avrà «la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità [...] ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati» dall'ordinanza. Intanto, insieme all'incidente costituzionale, resta sospeso anche il giudizio *a quo*. La normativa in questione rimane in vigore. In eventuali altri giudizi, sarà il giudice competente a decidere se analoghe questioni siano non manifestamente infondate e rilevanti e, così, ad affrontare il problema di «evitare l'applicazione della disposizione»²⁹. Quest'ultimo inciso lascia intendere, senza troppi infingimenti, che la Corte si attende cooperazione da parte dei giudici comuni nel paralizzare gli effetti della normativa, in attesa di sviluppi.

Oltre che sulle particolarità del caso e sulla libertà nella gestione del proprio processo, la Corte appoggia questa soluzione creativa a un terzo argomento, di carattere comparativo. Sono espliciti i riferimenti al precedente canadese e a quello britannico, citati testualmente ed entrambi relativi alla specifica materia in esame³⁰. Ma sono anche evidenti i parallelismi, richiamati già nei primi commenti all'annuncio della pronuncia³¹, con il modello tedesco e a quello austriaco: non a caso oggetto di uno specifico studio da parte dell'Area di diritto comparato del Servizio studi della Corte stessa, coevo all'ordinanza in esame³².

Il seguito del presente commento ripercorrerà brevemente i tre ordini di argomenti evocati dalla Corte, in ordine inverso a quello di apparizione (§§ 5-7). Resteranno da parte

27 Nemmeno è chiaro se sulla valutazione della Corte abbia influito la relativa rarità dell'applicazione dell'art. 580 cod. pen.: cfr. sul punto A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali*, cit., p. 42. In verità, l'imputato nel giudizio *a quo* lo è anche, per fatti analoghi, in un giudizio pendente dinanzi alla Corte di assise di Massa (cfr. S. BISSARO, *Riflessioni a margine*, cit., p. 2 nota 5).

28 L'ordinanza non enuncia motivazioni specifiche sulla selezione della data. Comunque, essa coincide con una delle ultime in cui si può prevedere che il collegio resti immutato: il giudice più anziano è il Presidente Giorgio Lattanzi, che ha prestato giuramento il 9 dicembre 2010.

29 Il punto è sviluppato da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., § 4, tenendo conto anche della diversa posizione di PM e amministrazioni (per le quali la norma resta vincolante ma le cui attività, poi, possono o devono comunque finire dinanzi a un giudice) e di alcune clausole generali (ad es. la buona fede civilistica) e accorgimenti applicativi (ad es. la gestione del tempo dell'azione penale) che possono aiutare ad affrontare i prossimi mesi. Lo stesso autore, peraltro, pur in una difesa a tutto campo della nuova tecnica, non nega (*ibidem*, § 4, in fine) che essa presenti lati problematici e ne auspica, per questo, un uso attento e ponderato.

30 La loro sintesi è nel Considerato in diritto, § 11.

31 N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli? Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in www.forumcostituzionale.it; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., § 3.

32 M.T. RÖRIG (a cura di), *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, ottobre 2018, in www.cortecostituzionale.it.

altri profili: ad es. se fosse possibile o doveroso (come condizione di ammissibilità) un maggiore impegno nell'interpretazione conforme (soprattutto in presenza di un singolo, non recente precedente di legittimità)³³; se l'accoglimento parziale non abbia determinato un allentamento del canone del chiesto e pronunciato³⁴; come valutare il suggerimento, dato dalla Corte al legislatore, di riesaminare la responsabilità penale di chi, come l'imputato nel giudizio *a quo*, abbia già dato assistenza a un suicida in assenza di qualsiasi garanzia legalmente predeterminata (si intende, nell'ordinamento italiano)³⁵. A proposito di tutto ciò ci si limita a una duplice considerazione. Sui primi due punti, la Corte si muove nel solco di indirizzi, anche recenti, che hanno attenuato alcune strettoie per l'accesso al merito delle questioni. Nel caso odierno, a maggior ragione alla luce del terzo punto, ciò conferma la volontà del giudice delle leggi – dopo molti anni di espansione del ruolo dei giudici comuni e delle corti sovranazionali – di rivendicare un ruolo centrale e attivo sia nella tutela dell'ordinamento, sia nella garanzia dei diritti coinvolti in determinate vicende: dunque, sul versante sia oggettivo, sia soggettivo della giustizia costituzionale³⁶.

5. Argomenti comparatistici

Il problema degli effetti nel tempo delle decisioni di giustizia costituzionale e l'opportunità di una qualche malleabilità di tali effetti sono, effettivamente, avvertiti, studiati e variamente affrontati in molti ordinamenti³⁷.

33 In generale, sugli indirizzi più recenti in materia di interpretazione conforme (cui si fa cenno poco oltre, nel testo) cfr. M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in questionegiustizia.it, sp. pp. 4, 15, nonché p. 14. In riferimento al caso specifico, sulle possibilità di interpretazione adeguatrice e sull'assenza di un diritto vivente (confermata dalla Corte costituzionale), cfr. anche A. MORRONE, *Il "caso Cappato"*, cit., pp. 4-5; G. Di Cosimo, *Il "caso Cappato"*, cit., p. 21; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali*, cit., pp. 43-44; P. VERONESI, *Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente*, cit., p. 57; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., p. 8; G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., pp. 495-497; C. TRIPODINA, *Quale morte*, cit., p. 149.

34 In linea di massima il problema non sussiste, secondo A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 259. Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194 costituisce un esempio recentissimo di accoglimento parziale in termini ben diversi da quelli originari della questione (mi permetto di rinviare al mio *Considerazioni sull'ammissibilità della questione*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 114-115).

35 Proprio l'assenza di queste garanzie fa dubitare della necessità costituzionale di scriminare la condotta dell'imputato (affermata da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., § 5, lettera e) e, comunque, della qualificazione della medesima come «vera e propria lezione di educazione civica» (A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali*, cit., p. 45).

36 Cfr. ancora M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., sp. pp. 4 e 15.

37 Cfr. P. POPELIER – S. VERSTRAELEN – D. VANHEULE – B. VANLERBERGHE (a cura di), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Intersentia, Cambridge, 2013; S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitations of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in *14 German Law Journal* [2013], pp. 1687 ss.; D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014. Il tema ha ricevuto, in Italia, una vera e propria fiammata di attenzione sulla scia di Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, sulla quale per brevità ci si limita a rinviare al numero quasi monografico di *Quad. cost.*, 2015 (n. 3).

Tra i riferimenti espliciti della Corte costituzionale, quello al caso *Nicklinson*³⁸ è forse quello più bisognoso di chiarimenti, per due ordini di ragioni. In primo luogo, in quel caso, la Corte suprema del Regno Unito – decidendo a maggioranza – *non* ha esercitato l'unico potere del quale dispone per censurare le norme nazionali, vale a dire dichiararne l'incompatibilità con la CEDU (a norma dello *Human Rights Act*). Qui non è possibile ripercorrere le particolarità del sistema britannico, né tantomeno riassumere le nove opinioni dei singoli *lord*, in cui si articola il giudizio menzionato. Dovrà bastare, a proposito di quest'ultimo, un solo rilievo. Nella maggioranza, vi è stato anche chi ha avuto un atteggiamento critico nei confronti del divieto assoluto di suicidio assistito e non ha voluto escludere in astratto la possibilità di dichiarazioni giudiziali di incompatibilità; nondimeno, anche questa posizione ha ritenuto prematura, in concreto, una decisione in tal senso e ha preferito temporeggiare; per giunta precisando che, quand'anche il divieto assoluto fosse rimasto in vigore in tutta la sua estensione, nemmeno questo sarebbe stato sufficiente, di per sé solo, a obbligare il giudice a una dichiarazione di incompatibilità in eventuali future controversie³⁹. È questo il senso del riferimento al dialogo e alla collaborazione⁴⁰, cui anche la Corte costituzionale italiana oggi si appella.

In secondo luogo, in generale, nel Regno Unito il confronto tra corti e legislatori si svolge all'ombra del principio della sovranità parlamentare. Proprio da qui un'autorevole voce della minoranza in *Nicklinson* ha iniziato il suo discorso: riconoscendo che anche una dichiarazione di incompatibilità non avrebbe impedito al legislatore di dissentire della valutazione della Corte suprema oppure, quand'anche l'avesse condivisa, di optare comunque per il mantenimento della legge vigente⁴¹. In realtà le dichiarazioni di incompatibilità pesano, e hanno ricevuto quasi sempre un seguito presso il Parlamento di Westminster⁴²: anzi, attorno allo *Human Rights Act* e alla stessa adesione del Regno Unito alla CEDU si sono sviluppate roventi polemiche⁴³. Ma è pur sempre attraverso la legge che – necessariamente – si deve passare, in assenza di qualsiasi potere giudiziale di annullamento o manipolazione, se non interpretativa.

A riprova di tutto ciò, a distanza di anni da *Nicklinson* eutanasia e suicidio assistito restano vietati nel Regno Unito, nonostante varie iniziative legislative in senso contrario⁴⁴.

38 *R (Nicklinson) v Ministry of Justice; R (on the application of AM) v The Director of Public Prosecutions* [2014] UKSC 38. La discussione è del 16-19 dicembre 2014, la pronuncia del 25 giugno 2014. Una sintesi delle opinioni si può trovare nella decisione della Corte europea 16 luglio 2015, *Nicklinson contro Regno Unito* e *Lamb contro Regno Unito*, ricorsi n. 2478/15 e n. 1787/15, §§ 24 ss. (la Corte europea ha dichiarato inammissibili i ricorsi in cui si lamentava che la Corte suprema avesse, in estrema sintesi, omesso di pronunciarsi sul diritto al suicidio assistito e all'eutanasia volontaria).

39 Lord Neuberger, in *R (Nicklinson) v Ministry of Justice*, cit., §§ 116 e 118.

40 Lord Neuberger e Lord Wilson, *ibidem*, risp. § 117 e § 204.

41 Lady Hale, *ibidem*, § 300.

42 J. KING, *Dialogue, Finality and Legality*, in corso di pubblicazione in G. Sigalet – G. Webber (a cura di), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge University Press, atteso per il 2019; testo provvisorio consultabile in www.law.ox.ac.uk, p. 4.

43 M. ELLIOTT, *Leaving Strasbourg? Understanding the British Human-Rights Debate*, e G. GEE, *Leaving Strasbourg? Reforming the Human Rights Act*, in *Quad. Cost.*, 2015, pp. 804 ss. e 808 ss.

44 L'ultima è, per quanto consta, l'*Assisted Dying Bill* (HL Bill 42) presentato il 9 giugno 2016 alla Camera dei lord da Lord Hayward.

La Corte suprema ha appena rifiutato di considerare la materia una volta di più, nel caso di una persona assistita da ventilazione artificiale⁴⁵. Insomma, il dialogo tra la corte britannica e il suo Parlamento avviene in termini di particolare deferenza della prima nei confronti del secondo.

Dal canto suo, la Corte suprema del Canada⁴⁶, in via interpretativa, ha riconosciuto a se stessa il potere di sospendere l'efficacia, altrimenti immediata, delle proprie dichiarazioni di illegittimità costituzionale⁴⁷. Questo potere si è affermato, per la prima volta, in un caso del tutto particolare⁴⁸; si è poi gradualmente esteso, tanto che la stessa Corte suprema ha cercato di fare ordine⁴⁹; ma il suo campo di applicazione ha continuato a dilatarsi, al punto che la dottrina si è posta il problema di una ulteriore razionalizzazione, mentre in concreto l'esercizio di questo potere – anche presso corti diverse da quella suprema – risulta ormai frequentissimo e sovente pressoché privo di motivazione: come è appunto avvenuto nel caso *Carter*. Il che non ha appagato tutti i commentatori: come una di essi ha osservato, la delicatezza della materia e la necessità di regole chiare e dettagliate pongono effettivamente un problema serissimo, che però non è risolto dalla sospensione, perché, in assenza di un seguito legislativo, l'unico riferimento resta pur sempre la pronuncia giudiziaria⁵⁰. In effetti, la Corte suprema ha dovuto concedere un rinvio al legislatore, pur inserendo una clausola di eccezione che consentisse, nel frattempo, agli aspiranti suicidi di rivolgersi a un giudice⁵¹.

In ogni caso, il potere di sospensione è uno degli elementi – probabilmente non il più caratteristico⁵² – che ha indotto i costituzionalisti canadesi a elaborare, sulla base del sistema del proprio Paese, un'altra variante di teoria del dialogo⁵³, o comunque un modello di sindacato giudiziario delle leggi relativamente debole (quantomeno a paragone di quello

45 *R (on the application of Conway) v Secretary of State for Justice*, 27 novembre 2018.

46 Su di esso, C. CASONATO – M. TOMASI, *Constitutional dialogues in Canada. Corte Suprema e Parlamento sulle questioni di fine vita*, in *Scritti in onore di Sara Volterra*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 191 ss., sp. 208 ss.; A. DI MARTINO, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in www.osservatorioaic.it.

47 Per una trattazione generale in lingua italiana cfr. S. GEROTTO, *Le delayed e le general declaration of invalidity nell'ordinamento canadese: un caso paradigmatico per il diritto comparato*, in D. Butturini – M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali*, cit., pp. 253 ss. Sul caso specifico cfr. S. BURNINGHAM, *A Comment on the Court's Decision to Suspend the Declaration on Invalidity in Carter v. Canada*, in *78 Saskatchewan Law Review* (2015), pp. 201 ss.

48 *Re Manitoba Language Rights*, [1985], 1 SCR 721: tutte le leggi della Provincia di Manitoba avrebbero dovuto essere considerate invalide, per la violazione dell'obbligo costituzionale del bilinguismo.

49 *Schacter*, [1992], 2 SCR 679.

50 S. BURNINGHAM, *A comment*, cit., p. 205.

51 *Carter v. Canada (Attorney General)* [2016] 1 SCR 13. Cfr. C. CASONATO – M. TOMASI, *Constitutional dialogues in Canada*, cit., p. 198.

52 S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2013, p. 120, nel contesto di una trattazione che dà maggiore importanza al previo controllo politico sulla legittimità costituzionale delle leggi e alla possibilità per il legislatore di superare una contraria dichiarazione di illegittimità (cfr. ad es. p. 115).

53 A partire da P.W. HOGG – A.A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the*

statunitense)⁵⁴. Attorno a queste ricostruzioni, alla loro corrispondenza con la prassi giudiziaria e alla capacità delle medesime di rispondere ai dubbi sul sindacato forte e sull'attivismo giudiziario si è poi sviluppato un dibattito, del quale qui non è possibile dare conto.

Accanto ai riferimenti espliciti, è poi evidente una più generale analogia con il sistema austriaco e con quello tedesco. Essi erano al centro dell'attenzione già quando, trent'anni fa, la stessa Corte costituzionale rilanciò il dibattito scientifico sul tema⁵⁵; e lo sono sempre rimasti in seguito⁵⁶. In effetti, un ulteriore studio comparativo⁵⁷, anche di questi sistemi, ha fatto da preludio alla sentenza n. 10 del 2015: la prima in cui la Corte ha affermato di potere escludere la retroattività delle proprie sentenze (anche nei casi in cui l'illegittimità costituzionale è genetica e non sopravvenuta); e ciò anche sul rilievo che «il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi» (il riferimento è appunto alle corti austriaca, tedesca, oltre che a quelle spagnola e portoghese).

Il sistema austriaco è ancora permeato dell'originaria idea di Hans Kelsen del giudice costituzionale come legislatore negativo: per questo, secondo la Legge costituzionale federale (art. 140, commi sesto e settimo), la dichiarazione di incostituzionalità è efficace dal giorno della sua pubblicazione, salvo che la Corte costituzionale federale stabilisca un termine dilatorio (di massimo 18 mesi), mentre alle fattispecie anteriori la legge continua ad applicarsi (con l'eccezione di quella oggetto del giudizio *a quo*) a meno che, di nuovo, la Corte non abbia disposto diversamente. Si tratta, dunque di previsioni esplicite⁵⁸. Al riguardo la Corte gode di ampia discrezionalità e, di solito, motiva solo brevemente le proprie scelte.

Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All), in 35 *Osgoode Hall Law Journal* (1997) pp. 75 ss. Il tema compare anche in C. CASONATO – M. TOMASI, *Constitutional dialogues in Canada*, cit., p. 192, ed è stato analizzato in Italia in C. CASONATO (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004, nonché più volte da T. Groppi: ad es. ivi, *La garantie des droits et des libertés au niveau fédéral et provincial au Canada*, pp. 61 ss., e sinteticamente in EAD., *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006 (sp. pp. 90-92 e 135-146).

54 Cfr. per tutti M. TUSHNET, *Weak Courts Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2008, pp. 24 ss. (sulla base dei sistemi di Canada, Regno Unito e Nuova Zelanda).

55 Organizzando il seminario del 23-24 ottobre 1988 i cui atti sono editi come *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989. Ivi cfr. in particolare A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, pp. 287 ss.

56 Ad es. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 305 ss. e 310 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 332 ss. Vedi anche, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali*, cit.: N. Sonntag, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, pp. 161 ss.; E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht: tipologie ed effetti*, pp. 177 ss.

57 P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, dicembre 2014 (poi aggiornato a luglio 2017), in www.cortecostituzionale.it.

58 Presenti, per la verità, anche in altri ordinamenti: cfr. Costituzione sudafricana, sezione 172.

Un analogo potere non era previsto inizialmente nell'ordinamento tedesco, ma si è affermato ugualmente prima nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale (dal 1958) e poi nella legislazione (1970). Ne è derivata una panoplia di tecniche decisorie, accanto al modello classico delle sentenze che dichiarano una legge incompatibile con la Costituzione e nulla (*ex tunc*): in particolare, le sentenze che dichiarano una legge (solo) incompatibile con la Costituzione (ma non nulla). Ad esse in linea di massima consegue una sorta di sospensione dell'applicazione della legge nelle more della sua correzione parlamentare, di solito entro un termine stabilito dal Tribunale; ma può anche accadere che siano munite di ordine di applicazione temporanea della legge, oppure accompagnate da una normativa transitoria coniata dallo stesso Tribunale. Del resto, la corte di Karlsruhe dispone del potere di regolare l'esecuzione delle proprie decisioni (art. 35 della legge sul Tribunale costituzionale federale). Esistono anche altre tipologie, più vicine alla prassi italiana: ad esempio, le sentenze di legittimità costituzionale provvisoria, con monito al legislatore a riformare la materia, talora secondo indicazioni ben precise. L'uso della sentenza di mera incompatibilità è ammesso in un'ampia varietà di casi: laddove occorre scegliere una tra più opzioni correttive; oppure in una norma si intrecciano inscindibilmente parti legittime e illegittime; o ancora il mero annullamento determinerebbe conseguenze peggiori di quelle della norma illegittima, o rischi per diritti o principi di particolare rilievo. «Nella prassi, tale tipo di dichiarazione è [...] ormai divenuta la regola piuttosto che una eccezione»⁵⁹, sicché «[è] impossibile immaginare la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco senza le dichiarazioni di incompatibilità»⁶⁰.

In conclusione, la panoramica comparata dimostra la serietà del problema di modulare gli effetti delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale nel tempo, anche spostandoli in avanti. Ciò non solo quando si tratta di una illegittimità (non genetica, ma) sopravvenuta, oppure quando il problema nasce dalla retroattività della decisione⁶¹; ma anche quando la sostituzione della norma illegittima richiede scelte politiche, oppure l'annullamento (quand'anche manipolativo) rischia di essere troppo tranciante e, quindi, occorre lasciare spazio alle correzioni più duttili e calibrate, che solo il legislatore può apportare. Le soluzioni a questi problemi possono essere anche di conio giurisprudenziale e, una volta che si sono affermate, possono tendere ad allargare il proprio campo applicativo, alterando talora il sistema in maniera capillare e profonda. Non è detto che accada in Italia⁶² naturalmente, ma il problema della discrezionalità del legislatore è capillare e investe in alcune occasioni, come quella di oggi, temi di straordinario rilievo.

⁵⁹ *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale*, cit., p. 22.

⁶⁰ S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitations of Judicial Decisions*, cit., p. 1697.

⁶¹ La distinzione tra i problemi posti dalla retroattività dell'annullamento e quelli dell'annullamento in sé è molto chiara in M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni Novanta*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., pp. 114-115.

⁶² M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., § 1, riconosce subito in esordio che la nuova tecnica è «potenzialmente gravid[a] di sviluppi», ma poi ne mette in luce alcuni inconvenienti che ne fanno presagire un uso parco (vedi sopra). A. RUGGERI, *Venuta alla luce*, cit., p. 573, conviene almeno su questo auspicio.

6. Il potere di rinvio

Rispetto ai riferimenti comparati c'è però una vistosa differenza: i giudici di Palazzo della Consulta non hanno fatto ricorso a una nuova tipologia di sentenza con effetti limitati, sospesi o differiti. Hanno affrontato il problema di cui si è detto con un semplice dispositivo di rinvio, senza alcuna decisione definitiva.

Indubbiamente la Corte costituzionale può governare con ampia discrezionalità il proprio calendario d'udienza⁶³. Lo fa principalmente attraverso il Presidente e i suoi decreti (non sempre di facile rilevazione, dall'esterno), anche se talora i provvedimenti di rinvio sono stati adottati anche con ordinanza collegiale⁶⁴. In alcuni casi, il rinvio risulta obbligatorio, ad es. per decesso o cessazione dalla carica di uno dei giudici dopo la discussione pubblica ma prima della decisione. In altri, deriva da una scelta discrezionale (ad es. se sopraggiunge una novità normativa in prossimità dell'udienza e su di essa si vuole un effettivo contraddittorio), che può anche essere sollecitata dalle parti. A volte, queste valutazioni riguardano processi politici in corso e l'opportunità di lasciare che si concludano naturalmente. Un caso ormai comune è il rinvio del giudizio di legittimità in via principale, quando appare imminente una ricomposizione della fisiologia costituzionale (e dunque la cessazione della materia del contendere, o l'estinzione del giudizio per rinuncia al ricorso accettata dalla controparte) tramite modifiche del quadro normativo o negoziazioni politiche tra le parti⁶⁵: prassi riscontrata anche dal Presidente Paolo Grossi⁶⁶ e, talora, a contatto con nodi politici delicati⁶⁷.

Anche alcuni giudizi incidentali sono stati rinviati, per ragioni analoghe, in casi di alto profilo: nel 2008 la questione su conservazione e utilizzazione dei testi delle intercettazioni telefoniche illegali fu rinviata al dichiarato fine di «attendere le eventuali iniziative

63 Per i giudizi in via incidentale, cfr. in particolare l'art. 26 della legge n. 87 del 1953 e gli artt. 7-8 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale

64 Per alcuni esempi, R. CHIEPPA, *Sul rinvio a nuovo ruolo da parte della Corte costituzionale e a proposito di norme processuali per garantire il contraddittorio su questioni nuove emerse (d'ufficio) dopo la discussione della causa*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 3427 ss. Si vedano inoltre, le varie edizioni di R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino: edizione 1996 (riferita agli anni 1993-1995), pp. 134 ss.; edizione 1999 (anni 1996-1998), pp. 143 ss.; edizione 2005 (2002-2004), pp. 108-109); nonché F. DAL CANTO – E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, nell'edizione 2014 (2011-2013), p. 198, e nell'edizione 2017 (2014-2016), pp. 237-239 e 246-248.

65 F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens: esplosione e crisi del giudizio di costituzionalità in via principale*, in www.giurcost.org (anche in *Giur. cost.*, 2014, pp. 4114 ss.), pp. 5 ss. (ma v. anche Id. – E. ROSSI, opp. locc. citt.). Può anche accadere che questi negoziati incidano su giudizi in via incidentale. Cfr. ad es. Corte cost., 26 gennaio 2018, n. 9: come risulta dalla motivazione in fatto (§§ 6-7), nonostante l'opposizione di una delle parti, questo giudizio in via incidentale su leggi altoatesine era stato differito in attesa dell'emanazione di nuove norme di attuazione statutaria, che successivamente hanno portato (previa rinuncia ai ricorsi accettata dalla Provincia autonoma) all'estinzione di due paralleli giudizi in via principale, anch'essi nel frattempo rinviati (cfr. Corte cost., ord. 12 ottobre 2018, n. 187, e 15 novembre 2018, n. 201).

66 *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015* (11 aprile 2016), in www.cortecostituzionale.it, p. 11.

67 Si pensi al giudizio sulla questione della toponomastica in Alto Adige (r.r. n. 182 del 2012), tuttora pendente dopo vari rinvii: vedi ad es. le notizie in www.altoadige.it, 16 febbraio 2018 (*La Svp vuole rinviare il verdetto sui nomi*) e 27 febbraio 2018 (*Toponomastica, la Consulta concede il rinvio dell'udienza*).

legislative e le conseguenti decisioni del nuovo Governo e del nuovo Parlamento»⁶⁸; la questione decisa con la più volte citata sentenza n. 10 del 2015 era stata, prima, oggetto di rinvii, secondo alcuni motivati dal rilevante gettito e dalla verosimile illegittimità del tributo in questione⁶⁹; fu differito il giudizio di legittimità costituzionale seguito alla sentenza *Mascolo* della Corte di Giustizia UE (in materia di precariato scolastico) per motivi che, secondo alcuni, includevano anzitutto la volontà di lasciare al legislatore il tempo di completare l'*iter* della legge sulla cd. buona scuola⁷⁰; notissimo è poi il rinvio del giudizio sul cd. *Italicum* (conclusosi con la sentenza n. 35 del 2017) a un momento successivo al referendum costituzionale del dicembre 2016⁷¹.

In questi casi, però, la Corte intendeva solo aspettare un processo politico già in corso, o astenersi dall'interferire con esso. Oggi la Corte sembra piuttosto volere attivare un nuovo processo politico. Questa è una novità, almeno per la giurisprudenza costituzionale.

La dottrina aveva considerato ipotesi simili: in particolare, nel già citato seminario del 1988. In quell'occasione, Gustavo Zagrebelsky illustrò un episodio che vale la pena ricordare. Nel 1987 e 1988, con varie ordinanze, un giudice amministrativo risollevò una questione che, qualche tempo prima, la Corte aveva ritenuto inammissibile per non aprire una lacuna rimediabile solo dal legislatore. Contemporaneamente, quel giudice mise in discussione anche l'art. 27 della legge n. 87 del 1953, in quanto non consentiva di imporre al legislatore «un congruo termine, previa sospensione del giudizio incidentale in corso, per lo svolgimento della funzione di sua spettanza»: in particolare, per compiere i necessari bilanciamenti e non lasciare alcun interesse, costituzionalmente rilevante, privo di adeguata tutela⁷². Le questioni furono poi dichiarate inammissibili⁷³, perché nel frattempo la Corte, dinanzi all'inerzia del legislatore, si era già risolta a adottare una soluzione manipolativa. Intanto, però, Zagrebelsky aveva criticato duramente l'idea del giudice amministrativo: «[a] parte la considerazione generale che riforme di questa portata difficilmente potrebbero immaginarsi a colpi di sentenza, investendo questioni generali da affrontare nel normale processo legislativo, ciò che appare criticabile nella proposta è la configurazione del rapporto Corte-Parlamento che vi è sottesa»; «[l]e ragioni che, nel primo momento[,] inducono a salvare la legge potrebbero infatti permanere nel tempo, al

68 Comunicato stampa del 5 giugno 2008 (in www.cortecostituzionale.it). La questione fu poi decisa da Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173.

69 S. BIELLI, *La Robin Hood Tax*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Treccani, Roma, 2014 (consultabile in www.treccani.it).

70 V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego*, in *absentia legum et contra legem*, in www.europeanrights.eu, p. 27. Il giudizio si è concluso con Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187, che afferma la violazione del diritto dell'UE ma dà atto della neutralizzazione dei suoi effetti ad opera, appunto, della legge n. 107 del 2015.

71 Su questo caso è stata emessa una lunga serie di comunicati stampa (cfr. S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti*, cit., edizione 2017 (2014-2016, p. 32), anche in relazione ad alcune polemiche sulla stampa (sulle quali cfr. D. TEGA, *Perché la Corte non può decidere prima*, in www.rivistailmulino.it).

72 Qui si cita dall'ultima ordinanza della serie: TAR Lombardia, ordinanza 28 febbraio 1988, assunta al reg. ord. della Corte costituzionale al n. 141/1989, in GU, 1° serie speciale, 29 marzo 1989, n. 13.

73 Corte cost., ordd. 6 luglio 1989, n. 377, e 13 luglio 1989, n. 405.

di là di qualsiasi previsione»; d'altro canto, «l'apposizione di un termine assumerebbe il significato di un “*mandamus*” al legislatore di dubbia legittimità, quasi che questi possa ritenersi subordinato alle direttive della Corte costituzionale»⁷⁴. In effetti, come la medesima Corte ha poi riconosciuto, sia pure in una materia completamente diversa, l'autonomia delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni primarie «si estrinseca non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche nella determinazione di quando approvare»⁷⁵.

Al termine del seminario, riassumendo i risultati della discussione, Valerio Onida considerò il problema degli eventuali vuoti nocivi causati dalle sentenze di accoglimento e della necessità di consentire, e allo stesso tempo assicurare, l'intervento del legislatore. Mentre era stata generalmente esclusa una «dichiarazione di incostituzionalità ad effetto differito», furono ventilate soluzioni di due tipi. In primo luogo, alcune «di tipo procedimentale, cioè che attengano non al contenuto della pronuncia, ma al modo in cui si giunge ad essa»: tra queste, «al limite», anche «un semplice rinvio della decisione», motivato dall'opportunità di «valutare sulla base di una esperienza più prolungata nel tempo il carattere della legislazione denunciata», oppure di lasciare a un *iter* legislativo in corso il tempo di compiersi⁷⁶. In alternativa, la possibilità di una doppia pronuncia, inizialmente di rigetto ma con le premesse per un eventuale successivo accoglimento: in sostanza, rigetti monitori, non dissimili da quelli noti alla prassi e già menzionati sopra; ma senza la fissazione di termini precisi, giacché «la Corte non può programmare con precisione un proprio successivo giudizio, né tanto meno vincolare giuridicamente se stessa ad emettere, in futuro, una pronuncia con un determinato contenuto, e quindi con determinati effetti»⁷⁷.

Queste considerazioni aiutano a inquadrare il caso di oggi e a metterne in luce una fondamentale ambivalenza dell'ordinanza. La diffusa e complessa motivazione, compresa la parte in cui essa si rivolge al legislatore, sfocia nel dispositivo, per definizione, meno impegnativo e più aperto. Non può sorprendere che ciò venga ritenuto decisivo nella lettura della pronuncia e nella previsione di ciò che ad essa dovrebbe seguire⁷⁸.

7. Sui problemi del seguito

Nelle primissime letture, vi è già chi ha provato ad argomentare che l'ordinanza promette un annullamento sicuro, in assenza di tempestivi adeguamenti da parte del

⁷⁴ Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 201.

⁷⁵ Corte cost., ord. 16 giugno 2016, n. 149, su conflitto di attribuzioni in merito alla gestione dei tempi del procedimento legislativo alla luce del regolamento del Senato.

⁷⁶ *Relazione di sintesi*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., pp. 339-340.

⁷⁷ Ivi, pp. 340-341.

⁷⁸ Ance su questo fa leva L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in questo medesimo fascicolo, pp. XXX ss.

legislatore, e anzi già contiene, nella propria motivazione, i lineamenti di un dispositivo chiaramente enucleabile⁷⁹.

In realtà, anzitutto, la Corte resta interamente padrona della causa e del suo esito⁸⁰: sulla base degli argomenti già disposti sul tavolo, di ciò che accadrà nei prossimi mesi⁸¹ e della sensibilità che, alla fine, il collegio di Palazzo della Consulta vorrà dimostrare per tutto ciò. I nodi si presentano davvero spinosi, a maggior ragione se si ragiona su situazioni non esattamente sovrapponibili a quella di Fabiano Antoniani. Inoltre, quand'anche ci si volesse muovere per linee interne alla motivazione e sviluppare alcuni degli spunti ivi presenti verso un dispositivo di accoglimento, si dovrebbero fronteggiare gravi difficoltà, che chiamano in causa il ruolo della giustizia costituzionale. È a questo proposito che si intende svolgere, qui, una singola considerazione – del tutto cursoria, esplorativa e parziale – su un singolo aspetto.

Il caso e la decisione non cadono in un momento qualsiasi. L'art. 580 cod. pen. è una norma tutt'altro che obsoleta non solo perché, come spiega la Corte costituzionale, risponde a una *ratio* ancora ben riconoscibile; ma anche perché, nella sostanza, è stato recentemente riesaminato e confermato dal Parlamento, nei lavori preparatori della l. n. 219/2017. Si è trattato di un *iter* lungo (ancora di più, se si tiene conto dei progetti legislativi anteriori) e i resoconti parlamentari sono pieni di riferimenti all'art. 580 (e all'art. 579) cod. pen., alle nozioni di suicidio assistito ed eutanasia e ai loro confini, e ai dubbi se la legge si ponga al di qua o al di là di questi confini. La relatrice di maggioranza, sul presupposto che queste pratiche fossero estranee al contenuto della legge, si è espressa in senso contrario sia agli emendamenti espressamente dedicati ai relativi divieti, sia a quelli, pure presenti, «che, invece, introducono l'eutanasia nel nostro sistema giuridico»⁸². È stato approvato dall'aula, con il parere favorevole dei relatori di maggioranza e minoranza, l'articolo aggiuntivo poi divenuto l'art. 2 della legge⁸³ e uno dei suoi punti chiave, in materia di terapia del dolore e sedazione profonda. Contemporaneamente, non è nemmeno iniziato l'esame delle proposte⁸⁴ – comprese alcune di iniziativa popolare⁸⁵ – in senso ancora più risolutamente eutanasi. Dunque, alle cure palliative spetta un ruolo essenziale nel garantire la dignità nella fase finale della vita: lo aveva raccomandato il CNB, lo ha stabilito la legge e anche la Corte costituzionale lo riconosce nella propria decisione, in termini incisivi.

Qui si pone, però, un problema. In questa legislatura la XII Commissione della Camera (Affari sociali) sta svolgendo una indagine conoscitiva sull'attuazione della legge

79 Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., *passim*.

80 Cfr. A. RUGGERI, *Venuta alla luce*, cit., p. 575.

81 Dopo l'annuncio e il deposito dell'ordinanza commentata, sono stati depositati i disegni di legge AS 900, Cerno (PD) e altri (Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia), e AS 912 Mantero (M5S) e altri (Disposizioni in materia di eutanasia).

82 On. Lenzi, resoconto della seduta n. 773 del 4 aprile 2017.

83 Articolo aggiuntivo 1.01. Cfr. riformulazione e dibattito nella seduta n. 781 del 19 aprile 2017.

84 XVII Legislatura, AC 2218, AC 2973, AC 3336.

85 XVII Legislatura, AC 1582 (vedi ora XVIII Legislatura, AC 2). La proposta era stata sostenuta dalla stessa associazione cui aderisce Marco Cappato (cfr. www.associazionelucacoscioni.it).

15 marzo 2010, n. 38, in materia di accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore (in particolare, ma non solo, in ambito pediatrico). Le audizioni sin qui svolte, da un lato, confermano la qualità di questa normativa; dall'altro lato, danno voce a preoccupazioni per la sua applicazione parziale e disomogenea, sotto molti profili. Si cita una singola pagina, a titolo di esempio: secondo il presidente della Società italiana di cure palliative, queste cure sono nate per le patologie oncologiche «e, a oggi, ancora l'assistenza verso i malati non oncologici è molto ridotta. Sembrerebbe che circa un 15 per cento riesce ad avere un'assistenza adeguata in cure palliative attraverso le strutture o l'assistenza domiciliare»⁸⁶.

Orbene, secondo la stessa Corte costituzionale, la disponibilità effettiva di terapie del genere dovrebbe essere «un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo». Ma una messe di difficoltà organizzative, finanziarie, di informazione e di formazione ostacolano questa disponibilità⁸⁷. Si risolveranno entro 10 mesi? Se non si risolveranno, in che modo la Corte si porrà dinanzi ad esse, posto che non si tratta di circostanze modificabili mediante pure e semplici correzioni del libro delle leggi? Come si regolerebbe, se il Parlamento volesse confermare la mediazione faticosamente raggiunta nel 2017 e dare priorità al completamento della rete per le cure palliative, nel convincimento che, anzitutto, si debba verificare se esse (insieme all'applicazione della l. n. 219/2017) rispondano adeguatamente alle domande di dignità alla fine della vita? A prescindere dalla veste formale che assuma⁸⁸, una posizione di questo tipo potrebbe considerarsi arbitraria, esattamente nella prospettiva degli artt. 2, 3 e 32 Cost.?

Insomma, sembra difficile prevedere tutte le conseguenze che potrebbero scaturire – per le strutture, i medici, le famiglie, in ultima analisi sempre per i pazienti – dall'ipotetica affermazione del diritto al suicidio assistito in un momento in cui il diritto alle cure palliative esiste sulla carta per tutti, ma nei fatti solo per alcuni. Eppure, in un giudizio come quello in esame, per i principi che coinvolge e le tecniche decisorie impiegate, la Corte sa bene – e riconosce espressamente – di dovere valutare con attenzione il problema di tutte le possibili conseguenze, nelle sue varie sfaccettature.

Dinanzi a tutto ciò, oggi la Corte si è arrestata. Non è detto che domani la difficoltà svanisca, e ciò non necessariamente per ignavia, slealtà o mero arbitrio del legislatore. Non si può escludere che ciò determini un complessivo ripensamento della questione. Già i commentatori ragionano della possibilità che la prosecuzione del giudizio slitti ulteriormente⁸⁹. Chi scrive non riesce a immaginare se ciò sarebbe sufficiente, e quale

86 Resoconto della seduta n. 1 di giovedì 27 settembre 2018. Essenziali per la verifica dello stato di attuazione della normativa in materia di cure palliative dovrebbero essere i meccanismi di monitoraggio e referto periodico al Parlamento previsti dalla l. n. 38/2010 (art. 8) e dalla l. n. 217/2019 (art. 11). Cfr. al riguardo L. BUSATTA, *La relazione al Parlamento sull'applicazione della legge*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 1, pp. 81 ss. (commento al cit. art. 8).

87 Alcune di queste difficoltà sono alla base di emendamenti presentati alla legge di bilancio in corso di approvazione (XVIII Legislatura, AC 1334): vedi ad es. emendamento 41.18 sui requisiti di idoneità dei medici che operano nelle reti palliative (comma 280 del DDL AC 1334-A).

88 Nel Considerato in diritto, § 11, la Corte considera l'eventualità della «sopravvenienza di una legge che regoli la materia», ma anche, più in generale, «ogni opportuna riflessione e iniziativa» del Parlamento.

89 Eventualità plausibile secondo M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., § 5, lettera b); non secondo A. RUGGERI, *Venuta alla luce*, cit., p. 575.

sarebbe un termine adeguato. Sarà davvero importante il contributo del dibattito politico, ma anche scientifico, bioetico, medico e sanitario.

8. Conclusioni

Nel 1997, in due casi celebri⁹⁰, la Corte suprema degli Stati Uniti (a maggioranza) fece salvi i divieti legali di suicidio assistito. Si trattò di sentenze notevoli, anche perché la tesi del diritto a scegliere la morte, invece della continuazione della sofferenza, era stata perorata in un *amicus curiae* firmato da filosofi illustri⁹¹, primo fra tutti Ronald Dworkin. Qui interessano meno le due sentenze, che il commento dedicato ad esse da un altro costituzionalista statunitense – Cass Sunstein – in vari scritti⁹² e poi in un capitolo di una celebre monografia⁹³. Il commento non intende né contestare gli argomenti filosofici, né tanto meno negare in linea di principio la possibilità di dedurre, dalle categorie tipiche del diritto costituzionale statunitense, un diritto al suicidio assistito, quantomeno in casi estremi. Sottolinea, invece, che si tratta di una materia delicata, aperta al rischio di abusi, e che essa era stata, all'epoca e in molti casi, valutata di recente dagli organi politici, senza difetti o squilibri evidenti nei loro processi decisionali. Per quanto qui interessa, l'autore fa valere soprattutto un argomento istituzionale: i giudici si troverebbero dinanzi a serie difficoltà di bilanciamento, a incertezze fattuali e al rischio di conseguenze impreviste, qualora si cimentassero nella specificazione di procedure e condizioni; e ciò anche perché, in concreto, le singole situazioni umane possono essere le più disparate, anche molto diverse da quelle che fungono da casi pilota nelle aule giudiziarie⁹⁴. In queste circostanze, secondo Sunstein, ai giudici si addice il minimalismo: la preferenza per decisioni di portata ridotta e senza premesse teoriche troppo ambiziose; la tendenza a lasciare i punti più delicati e difficili impregiudicati, evitando di annullare le leggi esistenti (o di dare loro una patente di costituzionalità). Bene aveva fatto, quindi, la Corte suprema a lasciare che fosse la normale dialettica politica e sociale a pronunciarsi sul se, come e quando del diritto controverso – con quel tasso di sperimentalismo che è favorito dall'assetto federale degli Stati Uniti.

La brutale sintesi non fa giustizia a queste pagine, ancora suggestive venti anni dopo. Le si richiama solo per dire che la prospettiva di un accoglimento – a prescindere dalle perplessità sulle premesse, e in aggiunta a esse – istraderebbe la Corte costituzionale italiana esattamente verso gli ardui problemi preconizzati da Sunstein. Per il momento, la Corte si è attestata su una posizione interlocutoria, sulla base di un metodo nuovo, suscettibile di conseguenze difficili da prevedere in assenza di precedenti. Passa

90 *Washington v. Glucksberg* 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill* 521 U.S. 793 (1997).

91 *The Philosophers' Brief*, in *New York Rev. Books*, 27 marzo 1997, pp. 41 ss.

92 C.R. SUNSTEIN, *The Right to Die*, in 106 *Yale Law Journal* (1996), pp. 1123 ss.; *Id.*, *From Theory to Practice*, in 29 *Arizona State Law Journal* (1997), pp. 389 ss.

93 *Id.*, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999, pp. 75 ss.

94 Cfr. *ibidem*, pp. 94-98, per un catalogo dei rischi cui sono esposti i pazienti più fragili, o esposti a pressioni, e il profilo generale dell'impegno delle autorità e dei medici ad accompagnare le situazioni umane più difficili con soluzioni costruttive.

ora alla politica e agli esperti l'onere di prendere la parola. Si vedrà poi come la Corte le valuterà e, in ultima analisi, quale sarà il dosaggio di prudenza e interventismo giudiziario in questa vicenda tormentata. Chi scrive non dubita che, se le risposte saranno ben ponderate e motivate, il giudizio finale le considererà con sensibilità e saggezza, senza atteggiamenti meccanici o eccessi di spirito geometrico.

* Professore associato di istituzioni di diritto pubblico, Università Cattolica del S. Cuore.