

Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: *pars destruens* e *pars construens* delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della *ratio decidendi* del caso Cappato*

IRENE PELLIZZONE**

Abstract: La notevole portata innovativa delle decisioni nn. 207/2018 e 242/2019, sia sul piano della tecnica decisoria che del contenuto, che tanto hanno fatto discutere gli studiosi, non deve offuscare la complessità della questione sollevata sull'art. 580 c.p., che, accanto all'accertamento dell'incostituzionalità, ha richiesto alla Corte di farsi carico della tutela delle persone fragili da abusive istigazioni al suicidio medicalmente assistito. Il presente contributo intende pertanto mettere a nudo le eccezionali ragioni che, a partire dalle specificità del caso concreto, hanno spinto la Corte verso questa ardita soluzione e la perdurante importanza di un intervento del legislatore.

Keywords: Doppia pronuncia, costituzionalmente necessario, procedura scriminante, political question, Parlamento

Sommario

1. La tecnica della doppia pronuncia: le ragioni alla base della scelta della Corte costituzionale. – 2. La protezione del bene vita, la definitività della sua lesione e l'esigenza di controlli preventivi. – 3. *Pars destruens* e *pars construens*: struttura della doppia pronuncia e contenuti innovativi della sent. n. 242 del 2019 rispetto all'ord. n. 207 del 2018. – 4. Il merito della questione e la portata dell'intervento additivo-manipolativo della Corte, riflessa anche dall'emersione del parametro implicito dell'art. 32 Cost. – 5. Invasione nel campo delle *political question* o esercizio da parte dal giudice costituzionale delle competenze? Collocazione della sentenza nel filone giurisprudenziale che si svincola dalle "rime obbligate" in materia penale. – 6. Osservazioni conclusive: la perdurante urgenza di un intervento parlamentare.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione:

I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale*, Roma, 2020, in corso di pubblicazione.

** Professoressa Associata di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano. Indirizzo mail: irene.pellizzone@unimi.it.

1. La tecnica della doppia pronuncia: le ragioni alla base della scelta della Corte costituzionale

Come noto, nel giudizio di legittimità costituzionale riguardante l'art. 580 c.p., la Corte costituzionale ha per la prima volta rinviato l'udienza a data fissa, trattenendo a sé la questione, per permettere al Parlamento di intervenire sulla materia «in via prioritaria» (ord. n. 207/2018) e per poi giungere, a seguito dell'inerzia parlamentare, all'accoglimento della questione (sent. n. 242 del 2019)¹.

In questo contributo, si intende offrire una analisi di questo percorso giurisprudenziale che, alla luce delle specificità del caso concreto da cui è stata sollevata la questione, possa offrire delle chiavi di lettura che saldino le ragioni alla base della tecnica decisoria utilizzata con i nodi sostanziali che la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare. Pur consapevoli delle criticità di alcuni elementi delle due pronunce, infatti, si ritiene che possa essere utile tornare, a distanza di tempo, sulle molteplici specificità di questo caso, non tanto nell'ottica di superare o giustificare eventuali passaggi problematici, ma di comprendere l'eccezionalità e lo specifico fondamento costituzionale del *decisum*, così da evidenziarne gli elementi processuali portanti, suscettibili di essere sistematizzati su un piano teorico e dunque riutilizzati, e il lascito sul piano sostanziale dei diritti coinvolti dalla questione. Si è infatti convinti che su questo "caso" convergano molteplici elementi caratterizzanti², relativi alla materia ed ai beni (il ruolo del bene vita; la materia penale e la posizione dell'imputato), che meritano di essere valorizzati per dare il giusto significato alla strada intrapresa dalla Corte su molteplici piani: processuali (accertamento dell'incostituzionalità non accompagnato dalla sua immediata dichiarazione e conseguente rinvio dell'udienza invitando il potere legislativo a intervenire in prima battuta; rimodulazione della questione sulla base di un parametro implicito, l'art. 32 Cost.) e sostanziali (re-interpretazione della *ratio* dell'art. 580 c.p.; modulazione di quattro condizioni di

¹ Sul ricorso a questa tecnica decisoria gli scritti sono copiosi. Ci si limita a rinviare, in questa sede, agli scritti raccolti in AA. VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte Costituzionale*, Firenze, 2019, ed E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019; C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019 e gli interventi del seminario *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* – Bologna, 27 maggio, in *Rassegna 6 del 2019 del forum di Quaderni costituzionali*.

² Sul caso come miccia che fa deflagrare P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 49

non-punibilità; individuazione di una procedura di controllo preventivo per accedere al suicidio assistito).

Venuta meno la irresistibile tentazione di formulare previsioni su un caso così lacerante, ma ragionando «a bocce ferme», infatti, è forse più facile offrire una analisi dell'*iter* avviato dalla Corte con un'ordinanza di rinvio dell'udienza a data fissa così articolata su un piano motivazionale.

La tesi che si tenterà di sostenere è che la Corte abbia percorso la strada maggiormente «sostenibile» su un piano costituzionale, data la complessità e specificità della questione, di cui si dirà: ha dunque optato, dopo avere accertato che una porzione dell'art. 580 c.p. era in contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., per il coinvolgimento «in via prioritaria» del Parlamento, chiamato a procedere all'individuazione delle modalità di controllo preventivo delle condizioni di non punibilità dell'agevolatore (prima pronuncia). La inattività del legislatore, allo scadere del termine, ha imposto alla Corte di cristallizzare in un dispositivo di accoglimento il *vulnus* costituzionale già stigmatizzato dalla Corte nell'ord. n. 207 del 2018 e di canalizzare le sue energie sul pendio più ardito, facendo ricorso ai poteri suoi manipolativi anche in riferimento alla procedura di controllo preventivo al suicidio assistito.

2. La protezione del bene vita, la definitività della sua lesione e l'esigenza di controlli preventivi

Ciò posto, per comprendere le ragioni del rinvio dell'udienza a data fissa, sono necessarie innanzitutto tre premesse relative alla prima pronuncia del binomio.

In primo luogo, la Corte costituzionale, con un'operazione ad alto tasso di manipolatività³, ha ricondotto alla *ratio* di tutela dell'art. 580 c.p. un altro bene, diverso da quello attribuito nel 1930 alla sfera di protezione di questa norma, così da inserirla coerentemente nella *Weltanschauung* del quadro costituzionale italiano sopravvenuto al codice fascista: al centro del divieto penale non vi è più il bene collettivo della forza lavoro italiana, che secondo la logica autoritaria pre-costituzionale sarebbe stata menomata dalla perdita dell'unità della persona suicida, bensì la vita individuale.

La piena consapevolezza, *rectius* il timore, che persone fragili e vulnerabili possano essere indotte al suicidio da altri, costituisce infatti per la Corte costituzionale un gravissimo pericolo per la persona umana, sia per la gravità del

³ Come osserva M. D'AMICO, *Il «fine vita» davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 289.

bene cui attenta, la vita, sia perché alla lesione di tale bene non è possibile porre rimedio *ex post*⁴.

In secondo luogo, nella prima pronuncia la Corte costituzionale accerta una lesione costituzionale della libertà di scegliere come congedarsi dalla vita, permeata a livello costituzionale tramite la libertà di scegliere se e come curarsi, e la libertà del corpo, *ex art.* 13 Cost., nonché del principio della dignità umana: il sindacato di costituzionalità mette in luce che l'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio stride dunque con il contenuto degli artt. 2, 3, 13 e 31 Cost. (sul punto si tornerà oltre).

In terzo luogo, e coerentemente con quanto sopra ricordato, la Corte nell'ordinanza n. 207 del 2018 ritiene costituzionalmente necessaria una verifica della presenza dei requisiti legittimanti che sia preventiva rispetto alla condotta di aiuto al suicidio e rispetto al suicidio stesso: una sanzione penale comminata *ex post* non è infatti un rimedio, per la intuitiva constatazione che la lesione della vita è irrimediabile.

Alla luce di queste premesse, si stagliano con netti contorni le varie ragioni, legate alla conformazione del caso sottoposto al giudizio *a quo* e ai suoi riflessi sui rapporti tra Corte e Parlamento, che hanno spinto i giudici costituzionali ad avventurarsi nel cammino processuale della doppia pronuncia, alcune delle quali possono dunque essere definite di tipo ordinamentale, in quanto riconducibili al principio di separazione dei poteri, altre legate alla necessità di un bilanciamento tra gli opposti diritti coinvolti dalla tematica dell'aiuto al suicidio.

Da un lato, vi è il principio di costituzionalità, che impone alla Corte di annullare la legge illegittima. Questo non solo in ossequio ai diritti costituzionali di libertà della persona malata enucleati con lo scrutinio di costituzionalità; in via sotterranea, deve infatti avere spinto in questa direzione un ulteriore elemento, necessario per comprendere appieno il senso di questo lavoro, ovvero la non sostenibilità del sacrificio dei diritti dell'imputato, a rischio di essere condannato sulla base di una legge incostituzionale, per espressa ammissione della Corte di non

⁴ La Corte infatti sottolinea che «*l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio - in numerosi altri ordinamenti contemporanei - è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere*» (punto 6 del considerato in diritto).

poter colmare il vuoto normativo in vece del legislatore inerte, con cui si sarebbero dovuti fare i conti in caso di inammissibilità con monito della questione⁵.

Dall'altro lato, vi è la tutela della vita delle persone fragili, bene supremo protetto dalla sanzione penale dell'art. 580 c.p., che merita una attenzione specifica su un piano costituzionale, non potendo tollerare falle nel sistema di protezione, per la semplice ragione che non è possibile tornare indietro una volta che il suicidio medicalmente assistito è stato posto in essere.

In altre parole, la dichiarazione di incostituzionalità del divieto assoluto di assistenza al suicidio avrebbe aperto una breccia nella cintura di protezione del bene vita, che, usando le parole della Corte, mutate dalla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo, è «costituzionalmente necessaria», aprendo un *vulnus* costituzionale potenzialmente ancora più grave della permanenza nell'ordinamento dell'art. 580 c.p. nella sua assolutezza. Una tutela preventiva deve certamente esserci, non se ne può fare a meno, anche se il *quomodo* della tutela non è «a contenuto costituzionalmente vincolato», volendo mantenere il parallelismo sulla terminologia coniata dalla Corte costituzionale a proposito dei requisiti impliciti di ammissibilità dell'istituto referendario.

Per la Corte è dunque indispensabile che sia introdotto, congiuntamente alla ripermimetrazione dei confini dell'art. 580 c.p., incostituzionale in presenza delle condizioni capaci di assicurare che il suicidio assistito costituisce strumento necessario di tutela degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., un controllo preventivo sulla sussistenza di tali condizioni (libertà e autonomia della scelta di porre fine alla propria vita, gravità delle sofferenze, irreversibilità della malattia, presenza di trattamenti medici di sostegno vitale), che l'ordinanza n. 207 del 2018 chiaramente è già in grado di enucleare.

In tutto questo, si erge tra i principi da bilanciare la insindacabilità della discrezionalità politica spettante al Parlamento, che limita il potere della Corte, organo privo di legittimazione popolare e responsabilità politica: ecco perché l'introduzione del *quomodo* del controllo preventivo *in prima battuta* avrebbe certamente violato la sfera di potere politico dei rappresentanti democraticamente eletti di scegliere come regolare tale controllo, perché le soluzioni compatibili con la Costituzione avrebbero potuto essere le più varie, e indicarne una piuttosto che un'altra avrebbe significato sostituirsi al Parlamento.

⁵ Anche se probabilmente la Corte nell'ordinanza n. 207 voleva evocare anche quelli, quando ha affermato che «I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

Questo il coacervo dei molteplici fattori di complessità della vicenda che, in estrema sintesi, pare abbiano indotto la Corte a percorrere, sperimentandola, una nuova via, diversa dalla dichiarazione di inammissibilità con contestuale invocazione di intervento del legislatore, resa inservibile dalla inconcludente prassi precedente, connotata da troppi moniti dei giudici costituzionali, caduta nel vuoto dell'inerzia politica: trattenere a sé la questione di costituzionalità, dando tempo al Legislatore per intervenire (undici mesi in questo caso)⁶.

Del resto, i motivi per cui nell'ordinanza si *accerta* l'incostituzionalità del divieto assoluto di agevolazione al suicidio, ma non la si *dichiara*, sono alla base della nota definizione usata dall'allora Presidente della Corte Lattanzi, nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, di «incostituzionalità prospettata».

3. *Pars destruens e pars construens*: struttura della doppia pronuncia e contenuti innovativi della sent. n. 242 del 2019 rispetto all'ord. n. 207 del 2018

Su queste basi, constatato dunque come il quadro legislativo fosse immutato, con la sent. n. 242 del 2019 la Corte costituzionale si è «fatta carico», oltre che di dichiarare l'annullamento parziale dell'art. 580 c.p. (*pars destruens*), di inserire nella motivazione e nel dispositivo della sua pronuncia una *pars construens*, con cui si è spinta, stante la perdurante necessità costituzionale della sua supplenza al legislatore, a introdurre una vera e propria procedura di controllo preventivo delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio⁷.

⁶ Per A. RUGGERI, fortemente critico, si tratta di una gestione impropria dei propri poteri processuali da parte della Corte, che la ha condotta, a partire dalla forza trainante del caso concreto, ad un esercizio del controllo di costituzionalità esorbitante il recinto costituzionale sino ad offuscare il suo ruolo di garante, a beneficio di una indebita sovrapposizione coi poteri spettanti al legislatore: in particolare, tra i diversi scritti dell'A., si v. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 27 novembre 2019, dove si sottolinea un uso “disinvolto” delle «tecniche decisione di cui la Corte dispone [...] a mezzo di innaturali mescolamenti dei profili di inammissibilità con quelli di merito delle questioni»; analogamente si esprime R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo - Consulta online*, 24 aprile 2020, spec. 11 e 25, il quale contestualizza l'atteggiamento espansivo della Corte all'intero di ben noti filoni giurisprudenziali affermati danni e rinviene anche limitati alcuni pregi nella decisione.

⁷ Definibile «scriminante procedurale», sul modello elaborato dal tribunale costituzionale tedesco in tema di aborto, per cui v. M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

Ci si riferisce, quanto alla *pars destruens*, alle già ricordate quattro condizioni di: libertà e autonomia della scelta di porre fine alla propria vita, gravità delle sofferenze, irreversibilità della malattia, presenza di trattamenti medici di sostegno vitale; quanto alla *pars construens*, (i) alla verifica della libertà della scelta di congedarsi dalla vita secondo le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), (ii) in una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, (iii) previo parere del comitato etico territorialmente competente.

La differenza tra la *pars destruens* e la *pars construens* è dimostrata anche dalla modulazione degli effetti dell'incostituzionalità nel tempo. Infatti la Corte, ben consapevole di aver introdotto *ex novo* una procedura di garanzia, per la previa verifica delle condizioni che rendono la pena per l'aiuto al suicidio incostituzionale (*pars construens*), ne ha limitato gli effetti nel tempo, valevoli solo *pro futuro* e non nei casi pregressi, ovvero realizzati prima della pubblicazione della sentenza. In questi casi, ai fini della non punibilità dell'aiuto al suicidio, è necessaria una sostanziale – ma non puntuale – equivalenza delle condizioni in presenza delle quali la pena dell'art. 580 c.p. sarebbe incostituzionale (*pars destruens*): usando le parole della Corte, «riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata (...) al fatto che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti».

Nei casi pregressi dunque, in ossequio al principio di irretroattività in *malam partem*, l'agevolatore non può essere tenuto a rispettare, non essendone a conoscenza quando ha realizzato la condotta penalmente rilevante, i vincoli procedurali introdotti dalla Corte. La duplicità di effetti dell'annullamento, in parte retroattivo e in parte irretroattivo, è insomma specchio fedele delle ragioni sostanziali sui cui riposa la doppia pronuncia.

Questo inquadramento ha dei riflessi sul rapporto intercorrente tra ordinanza e sentenza.

Le riflessioni sopra proposte, in altre parole, portano ad affermare che le due pronunce fanno corpo, non solo e non tanto perché nella sentenza si richiama l'ordinanza, ma anche perché rappresentano due fasi dello stesso giudizio: la sentenza costituisce il completamento di quanto già deciso nell'ordinanza o, detto altrimenti, contiene la *pars construens*, per cui la Corte ha anzitutto richiesto l'intervento del Parlamento e che, nel suo silenzio, è stata elaborata necessariamente a partire dalla *pars destruens* contenuta nell'ordinanza.

In tema v. inoltre M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema penale*, 10 febbraio 2020.

È dunque da intendersi mantenuto il nucleo fondante dell'accertamento dell'incostituzionalità della prima pronuncia⁸, che ruota attorno alla illegittimità dell'imposizione di «un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

Secondo questa lettura, giocoforza, i parametri costituzionali posti alla base della *ratio decidendi* dell'ordinanza, che non compaiono nella *ratio decidendi* della sentenza, cioè l'art. 3 Cost. e il supremo principio della dignità umana, costituiscono comunque base fondante del dispositivo e, dunque, possono essere ritenuti sorpassati o superati dall'*iter* motivazionale più timido della sentenza⁹.

La Corte costituzionale infatti, proprio perché la seconda pronuncia si impegna sulla *pars construens*, non aveva bisogno alcuno di ritornare, mettendolo per ciò stesso in discussione, su quanto già deciso in riferimento alla *pars destruens*.

È così spiegabile la ragione per cui i giudici costituzionali abbiano scelto, quanto agli aspetti sostanziali dei diritti violati dall'assolutezza dell'art. 580 c.p., di dare spazio solo ad alcune carenze che possono incidere negativamente sulla tutela delle persone fragili nella fase finale della vita, cogliendo l'occasione per lanciare un grido dall'allarme alle istituzioni coinvolte. Ci si riferisce agli ampi riferimenti alla rete, già disciplinata in modo organico e capillare, ma non attuata in modo uniforme sul territorio nazionale, per l'erogazione delle cure palliative e della sedazione profonda. Consapevole del carattere deficitario dell'erogazione di tali fondamentali cure, la Corte ha però ritenuto anche importante sottolineare la distinzione essenziale tra congedo dalla vita mediante rinuncia alle terapie e somministrazione delle cure palliative, tra cui la sedazione profonda, e suicidio medicalmente assistito, laddove afferma che «occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile».

⁸ Si tratta dunque di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, come sottolinea, tra gli altri. R. PINARDI, *op. cit.*, 6.

⁹ In senso contrario, v. M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Oss. cost. AIC*, 1/2020, 292 e C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, 7; nel senso del testo, v. invece G. REPETTO, *La Corte, l'aiuto al suicidio e i limiti del controllo di costituzionalità*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*.

4. Il merito della questione e la portata dell'intervento additivo-manipolativo della Corte, riflessa anche dall'emersione del parametro implicito dell'art. 32 Cost.

Giunti ora a esaminare il merito della pronuncia costituzionale, occorre ricordare che i giudici costituzionali hanno voluto annullare solo una frazione dell'area originariamente ricompresa nel perimetro dell'art. 580 c.p., tenendo questa norma in vita nel suo complesso, per garantire alle persone fragili una cintura di protezione. Per lo stesso motivo, hanno introdotto una procedura medicalizzata per l'aiuto al suicidio, consapevoli che l'incostituzionalità dell'intero art. 580 c.p. avrebbe determinato un vuoto di tutela del bene supremo della vita delle persone vulnerabili.

Questa preoccupazione ha influito sull'elaborazione delle condizioni, sostanziali e procedurali, che rendono l'aiuto al suicidio non punibile, ovvero che l'aiuto non può essere punito se la persona che ha maturato il proposito di suicidio, nella *fase detruens* delle due decisioni, ad opera dell'ord. n. 207 del 2018: a) è tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; b) è affetta da una patologia irreversibile; c) tale patologia è fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili; d) la persona è pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Si tratta di condizioni che, se prese tutte assieme, restringono l'accesso all'aiuto al suicidio a ipotesi perfettamente coincidenti con quelle che darebbero diritto a morire attraverso la rinuncia alle cure salvavita. Si tratta di una importante cautela per la Corte, che può averla aiutata a percepire il suo intervento come meno dirimpente, in ragione del fatto che il congedo dalla vita per quanti, a seguito della sua pronuncia, potranno accedere al suicidio assistito, si sarebbe già potuto raggiungere, per effetto della l. n. 219 del 2017, con una strada diversa: la rinuncia alle cure circondata dai presidi delle cure palliative e della sedazione profonda.

Di queste condizioni, particolarmente problematica pare la necessità di un trattamento di sostegno vitale, ovvero un trattamento salvavita, nel senso medico del termine (cioè preordinato a sostenere le funzioni vitali). Come già posto in evidenza dal processo in corso a Massa, per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini da parte di Mina Welby e Marco Cappato¹⁰, in cui non ricorre la condizione dei trattamenti di sostegno vitale, distinguere il trattamento dell'agevolatore in base a questa circostanza può rivelarsi discriminatorio, perché essa non incide né sull'autonomia, consapevolezza o libertà della decisione di porre fine alla propria

¹⁰ La morte di Davide Trentini, malato di sclerosi multipla dal 1993, è avvenuta nel 2017, mentre nel settembre 2018 il pubblico ministero ha chiesto il rinvio a giudizio, che, su istanza accolta degli imputati, è immediato. Nel momento in cui si scrive, il giudizio è ancora pendente (l'udienza è stata fissata per l'8 luglio 2020).

vita, né sulla gravità delle sofferenze, né sulla urgenza di recuperare la propria dignità, liberandosi da un corpo divenuto prigionia¹¹.

Quanto alla procedura scriminante, che, come già accennato, rende l'aiuto qualcosa di ontologicamente diverso dall'aiuto al suicidio, e dunque ne elide la punibilità, si richiede in primo luogo che siano rispettate le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

In base all'art. 1, in sintesi, la manifestazione di volontà deve essere acquisita «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» e documentata «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare», per poi essere inserita nella cartella clinica; l'obbligo di accurata comunicazione da parte del medico e relativa annotazione in cartella clinica si trasmette alla condizione di irreversibilità della malattia e alla gravità delle sofferenze, accertata anch'essa dal medico; deve rimanere ferma, ovviamente, «la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà» (comma 4). Ancora, il medico deve prospettare al paziente «le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative», promuovendo «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica», nonché di azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore (comma 5).

In base all'art. 2, poi, il medico deve garantire «un'appropriate terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38».

Infine, tali condizioni e le modalità di esecuzione del suicidio devono essere verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale¹², previo parere del comitato etico territorialmente competente, «organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità» (disciplinato dall'art. 12, comma 10, lettera c, del d.l. n. 158 del 2012; art. 1 del decreto del Ministro della salute 8 febbraio 2013, recante *Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici*).

¹¹ In questo senso, v. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 19 luglio 2019, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*.

¹² Limite introdotto, come si è visto, sulla base di un precedente della Corte in tema di fecondazione medicalmente assistita, per cui cfr. la sent. n. 96 del 2015, sulla cui portata v. volendo I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (4 novembre 2015, § 4, cui si rinvia, volendo, per riflessioni sul possibile significato da attribuire al requisito procedurale della struttura pubblica operante nel servizio sanitario nazionale).

I comitati etici territorialmente competenti peraltro, come già accennato, nascono col compito di svolgere funzioni consultive rispetto a sperimentazioni cliniche o uso di medicinali e dispositivi medici al fine di tutelare i diritti e i valori della persona umana¹³.

Ferma restando ulteriori elementi di incertezza applicativa di queste misure (ad es., il parere del comitato etico territorialmente competente sarà vincolante o meno?), su un piano generale preme sottolineare che la Corte preferisce inserire, stanti i rischi per la vita delle persone fragili, il suicidio assistito in una procedura fortemente medicalizzata, temendo i rischi di un'assistenza al suicidio in casa propria (suicidio «fai da te») e di una «prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere alle cure palliative», così da porlo «in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza».

È importante però ribadire che non si tratta dell'unica soluzione costituzionalmente obbligata, ma costituzionalmente necessaria e che l'impianto della fase *consturens* della doppia pronuncia, in cui la Corte ha dovuto sacrificare la discrezionalità legislativa a tutela delle libertà costituzionali violate dall'assolutezza del divieto dell'art. 580 c.p., ne conferma il carattere *cedevole* e la necessità di un intervento parlamentare, che, potendo modificare anche in modo profondo l'attuale normativa di risulta, dia alla materia una disciplina chiara e organica.

Può essere interessante a questo punto soffermarsi brevemente sui parametri costituzionali violati dall'art. 580 c.p. e, in particolare, sull'art. 32 Cost. e sulle molteplici ragioni che hanno portato la Corte a imperniare su di essa l'incostituzionalità, estendendo il ricorso disinvolto ai suoi poteri processuali anche alla conformazione del *thema decidendum*. Si deve infatti tenere a mente che questa norma costituzionale non era evocata come parametro dall'ordinanza di rimessione, esulando dalle norme costituzionali annoverate esplicitamente dal giudice *a quo* tra quelle eventualmente violate dalla norma oggetto, ma è stato nondimeno valorizzato in modo estremo dalla Corte costituzionale a partire dall'ord. n. 207 del 2018, tanto da divenire parametro centrale dell'accoglimento¹⁴.

Si è consapevoli che possa sembrare paradossale che la norma costituzionale posta a presidio del diritto alla salute si presti a essere usata come base costituzionale della non punibilità dell'aiuto al suicidio.

¹³ Perplexità riguardo al coinvolgimento dei comitati etici sono in particolare espresse da P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 19 e nota 70.

¹⁴ Si tratta di un aspetto altamente manipolativo delle regole del processo, essendo pochi i casi in cui la Corte ha individuato un parametro implicito. Per osservazioni sul punto v. M. D'AMICO, *op. cit.*, p. 289.

In realtà, come noto e messo in luce in maniera potenziata dai casi strategici che hanno condotto, a distanza di anni, all'approvazione di una legge che consenta di rifiutare cure di sostegno vitale e redigere disposizioni anticipate di trattamento¹⁵, il secondo comma dell'art. 32 Cost. tutela una libertà negativa, giacché indica le condizioni legittimanti i trattamenti sanitari obbligatori; il tenore testuale e lo spirito della norma dimostrano quindi che la regola deve essere il consenso al trattamento sanitario e, dunque, la libertà di scelta sull'*an* e *quomodo* delle cure e della loro cessazione. L'eccezione è l'obbligo, ma il sacrificio di libertà di scelta delle cure deve comunque avere uno scopo nella salute collettiva e, comunque, non violare mai il «rispetto della persona umana».

Ma non si tratta “solo di questo”: la ricollocazione dell'art. 32 Cost. al centro della scena, con un'operazione non scontata e non comune nella giurisprudenza costituzionale, è stata infatti funzionale ad abilitare i giudici costituzionali a porre più limiti e medicalizzare il suicidio assistito, puntellandolo dei requisiti procedurali di cui si è detto per garantire un controllo medico *ex ante* delle quattro condizioni.

5. Invasione nel campo delle *political question* o esercizio da parte dal giudice costituzionale delle competenze? Collocazione della sentenza nel filone giurisprudenziale che si svincola dalle “rime obbligate” in materia penale

Così collocata nel contesto delle esigenze di sostenibilità costituzionale dell'annullamento la tecnica decisoria elaborata nelle due pronunce in commento, è lecito domandarsi se, quanto alla *pars construens*, il giudice costituzionale si sia spinto troppo in là rispetto al limite della discrezionalità legislativa, di cui all'art. 28 della legge n. 87 del 1953¹⁶.

Occorre al riguardo essere consapevoli della problematicità del filone giurisprudenziale¹⁷, oramai piuttosto consolidato in ambito penale, che non ritiene

¹⁵ Il significato di questa norma emerge infatti non solo nelle due decisioni costituzionali sul caso Cappato, ma anche in tutte le altre pronunce di corti di legittimità e merito che hanno riguardato la libertà di scelta nella fase finale della vita (casi Welby, Trib. Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, Englaro, Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, Piludu, decreto del Tribunale tutelare di Cagliari, in data 16 luglio 2016) e nelle pronunce costituzionali riguardanti il consenso informato (sent. n. 438 del 2008).

¹⁶ Secondo la tesi sostenuta, ad esempio, da E. FURNO, *Il «caso Cappato» ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 303 ss.

¹⁷ Per cui v. su tutte la sent. n. 236 del 2016, la sent. n. 222 del 2018, le sentt. nn. 40 e 112 del 2019. In tema v. tra i costituzionalisti M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 4, 1 ss., A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 2019, 791 ss. e S. LEONE, *La Corte*

più necessarie per uno scrutinio nel merito le c.d. «rime obbligate», considerando sufficiente, per l'ammissibilità della questione, l'esistenza nell'ordinamento di «precisi punti di riferimento normativi» già vigenti nel sistema, «che fungono da coordinate dell'intervento di accoglimento», *rectius* del contenuto manipolativo della sentenza¹⁸.

Nel caso che ci occupa, pienamente inseribile in questo filone, la l. n. 219 del 2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento è chiamata dalla Corte, proprio in quest'ottica, a puntellare il contenuto manipolativo della pronuncia; e fin qui – forse – *nulla quaestio*, perché, prendendo per buono questo filone, tale fonte normativa consiste in una norma previgente alla sentenza, dunque già in vigore, in un settore contiguo a quello del suicidio assistito; analogamente, è chiamata in causa la legge che regola i comitati etici, i quali dovranno rendere parere preventivo sulla richiesta del farmaco letale: tuttavia, l'analogia con la l. n. 219 del 2017 è solo apparente, perché tali comitati siano stati introdotti, regolati e tarati nella loro composizione al fine di dare pareri sulla sperimentazione dei farmaci, e non certo

costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili", in *Quaderni costituzionali*, 2019, 184 ss., e, tra i penalisti, V. MANES, *Proporzionalità senza geometria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 2106 e ss. e R. BARTOLI, *Dalle 'rime obbligate' alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2567. Riconduce autorevolmente le due pronunce in questione al citato filone, contestualizzando il fenomeno in modo ampio e articolato, R. PINARDI, *op. cit.*, 36 ss.

¹⁸ In tema v. su tutti M. RUTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, che svolge alcune riflessioni sul tema proprio inserendo le due pronunce in commento in questo filone; cfr. inoltre, più in generale, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolativo*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 3 febbraio 2020, p. 1 ss., che rinviene nel superamento delle rime obbligate quale ostacolo al sindacato nel merito un irrobustimento dell'attenzione della Corte alle esigenze di giustizia che rimarrebbero inevase senza il suo intervento.

Questo filone può suscitare perplessità, non solo un piano teorico, ma anche per le complesse ricadute di simili decisioni, giacché lo scarto tra ambito per cui i «precisi punti di riferimento normativi» sono stati elaborati e introdotti dal Parlamento, da una parte, e ambito in cui la Corte li estenderà, dall'altra parte, può essere foriero di non poche difficoltà applicative, con corredo di ricadute problematiche anche per il principio di determinatezza in materia penale.

al fine di vagliare la presenza delle condizioni del suicidio assistito¹⁹; infine, vengono richiamate le strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, sulla base di un precedente giurisprudenziale della Corte che le aveva richieste, in un'ottica precauzionale, nel dichiarare incostituzionale il – diverso – divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie sterili o infertili (la sent. n. 95 del 2015), ritenendole evidentemente garanzia di maggiore indipendenza da logiche meramente economiche legate al profitto.

Volendo avventurarsi in brevi considerazioni sulla «sostenibilità costituzionale» di un allentamento così marcato dei vincoli costituzionali al potere della Corte, occorre notare che la lesione dell'area di discrezionalità del Parlamento può essere forse giustificata, perché l'incostituzionalità serve a caducare (come sempre avvenuto sinora, non solo nel caso Cappato) una norma penale troppo ampia, dunque a beneficio delle garanzie costituzionali del reo, grande assente nell'*iter* motivazionale delle pronunce, ma probabilmente ben tenuto a mente dai giudici, sia pure sullo sfondo²⁰.

Ricordando le parole del Presidente emerito della Corte costituzionale Lattanzi, pare di potersi affermare che le ragioni dell'interventismo della giurisprudenza costituzionale oggi prevalgono, quando «vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica». In questo caso, infatti, «è sembrato sempre più inconcepibile che la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»²¹.

¹⁹ In tema v., per una panoramica sui comitati etici oggi operativi e sugli scenari aperti dalla sentenza n. 242 del 2019 rispetto all'aggiunta del compito di dare il parere qui in esame, v. C. PERTINI, *Suicidio assistito. Dopo la sentenza della Consulta, quattro scenari per i comitati etici abilitati ad esprimersi su eventuali richieste*, in *www.quotidianosanita.it*, 18 febbraio 2020.

²⁰ Decisioni di questo tipo, ma dagli effetti peggiorativi per il destinatario della norma penale, o in *malam partem*, non sono ammissibili e paiono dunque da evitare in modo assoluto da parte della Corte, perché il sacrificio della sfera di libertà di scelta politica di rappresentanti democraticamente eletti non è bilanciato dal conseguimento di altri beni di rilievo costituzionale.

²¹ Relazione del Presidente Lattanzi alla giurisprudenza costituzionale del 2018.

6. Osservazioni conclusive: la perdurante urgenza di un intervento parlamentare

In conclusione, può essere importante soffermarsi ancora un momento sulle forzature che la Corte costituzionale ha dovuto compiere per pronunciarsi su una questione così complessa a seguito dell'inerzia legislativa, percorrendo la strada più sostenibile su un piano costituzionale.

Una di queste, forse tra le meno eclatanti, deriva dalla centralità attribuita alla legge n. 219 del 2017. Questo atto normativo predispone infatti gli strumenti necessari ad assicurare «voce» al paziente che ha perso la capacità di intendere e di volere e di esprimere la sua volontà circa le cure da seguire.

Invece, il caso sottoposto all'attenzione della Corte richiede di confrontarsi con un malato capace di intendere e di volere, che riesce a far sentire la propria «voce», per porre fine alla propria sofferenza, ma non riesce a realizzare la sua volontà di congedarsi dalla vita in modo rapido e preservando la capacità di intendere e di volere fino alla fine, come enfatizza in modo particolare la sent. n. 242 del 2019²².

Il malato si sente perciò prigioniero del proprio corpo ed è martoriato da sofferenze gravissime. Per motivi attinenti alla sua sfera personalissima, insondabili e insindacabili, non chiede però l'interruzione delle cure, accompagnata da terapia del dolore e sedazione profonda, che può portare a una agonia protratta per un tempo indefinito, ma l'assunzione di un farmaco che porta al congedo dalla vita e dai propri casi in pochi istanti e senza perdere coscienza e volontà.

Come si è detto, i plurimi riferimenti alla l. n. 219 del 2017 sono serviti a circondare l'agevolazione al suicidio di una cintura di protezione, traendovi punti di riferimento già vigenti nell'ordinamento.

Il risultato è una disciplina cedevole in caso di futuro intervento legislativo, la quale, sebbene consenta di attuare una tutela minima *costituzionalmente necessaria* della vita delle persone vulnerabili, non è a *contenuto costituzionalmente vincolato*: il Parlamento ben potrà infatti modificarla.

Fino ad allora, il diritto del malato a una morte dignitosa sarà garantito, al netto delle verosimili ritrosie culturali all'applicazione del *decisum* costituzionale nella parte relativa alla procedura da seguire, attraverso il dispositivo delineato dalla Corte costituzionale, coi problemi di cui si è detto. Ecco perché, stante il coacervo di diritti fondamentali riconosciuti a monte dai giudici costituzionali, l'intervento parlamentare è diventato – se possibile – ancora più urgente.

²² Nell'unico punto in cui pare aggiungere qualcosa anche all'*iter* motivazionale della *pars destruens*, appannaggio, per le ragioni che si è cercato di spiegare nel § 3, dell'ordinanza di rinvio dell'udienza.