



**GRUPPO
di PISA**
Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

LA NUOVA TECNICA DECISORIA SUL “CASO CAPPATO” TRA DIRITTO PROCESSUALE E SOSTANZIALE*

GIULIO BATTISTELLA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giustificazione della diversità sostanziale tra desistenza terapeutica e aiuto al suicidio. – 3. Le soluzioni che si prospettavano alla Corte per decidere il “caso Cappato”. – 4. La valenza della nuova tecnica decisoria nella dinamica dei rapporti tra poteri dello Stato. La «leale e dialettica collaborazione» tra Corte Costituzionale e Parlamento. – 5. La legge sul consenso informato e le DAT (l. n. 219/2017) quale «punto di riferimento» già presente nel sistema per la disciplina del suicidio assistito: ovvero, di un rapporto di genere a specie. L’aggiunta della Corte Costituzionale. – 6. Tra diritto processuale e diritto sostanziale: l’opportunità della nuova tecnica decisoria. – 7. Il problema della natura e del valore giuridico della ordinanza n. 207 del 2018. – 8. Conclusioni. Prospettive della nuova tecnica decisoria.

1. Premessa

Con la sentenza n. 242 del 2019, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 580, co. 1 c.p., *«nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 [...], agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»*¹.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottorando in *Studi Giuridici Comparati ed Europei*, Università degli Studi di Trento. L’autore ringrazia i *referee* per i preziosi consigli nella revisione del lavoro.

¹ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, in dispositivo.

La decisione è stata presa all'esito di una parabola processuale inedita, che ha spezzato l'iter decisorio in due momenti, l'uno avente un esito formalmente interlocutorio, scaturito nella ordinanza n. 207 del 2018² (che ha rinviato al 24 settembre 2019 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale con monito al Parlamento per introdurre una regolamentazione legislativa dell'aiuto medico a morire³), l'altro culminato nella sentenza n. 242 del 2019⁴, che ha definitivamente chiuso il giudizio di costituzionalità.

² Anche solo considerando la letteratura a commento dei profili processuali dell'ordinanza di rimessione della Corte milanese, si possono ricordare: 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, 14 novembre 2017; M.E. DE TURA, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire?*, in *Oss. AIC*, 2017, 3, 463 ss.; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in www.federalismi.it, 21/2017; E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, in *Oss. AIC*, 2018, 2, 185 ss.; S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *Forum di quad. cost.*, 28 luglio 2018; AA.VV., *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. Morrone, in *Forum di quad. cost.*, ottobre 2018. Tra i primi commenti all'ordinanza n. 207/2018 si veda U. ADAMO, *La Corte è "attendista"...* «facendo leva sui poteri di gestione del processo costituzionale». *Nota a Corte cost.*, ord. n. 207 del 2018, in *Forum di quad. cost.*, 1 dicembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it; 19 novembre 2018; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in www.giurcost.org, 2018, 3, 571 ss.; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, 2018, 3, 568 ss.; U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in www.diritticomparati.it, 23 novembre 2018; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2019, 3, 138 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2019, 2, 644 ss.

³ Una precisazione definitiva si impone. In questo scritto utilizzo il lemma «aiuto medico a morire» come sinonimo di «suicidio assistito», per cui l'uno e l'altro si riferiscono indifferentemente allo stesso concetto. La formula è presa dal documento finale del GRUPPO DI LAVORO IN MATERIA DI AIUTO MEDICO AL MORIRE, *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 3, 159 ss. La proposta terminologica muove, essenzialmente, da un duplice ordine di ragioni: da un lato, le fattispecie nelle quali il medico è richiesto di agevolare la morte di un paziente gravemente malato dovrebbero essere escluse dall'ambito concettuale del «suicidio», essendo piuttosto una forma di accompagnamento alla morte come esito inevitabile del decorso patologico; dall'altro, l'espressione «aiuto medico a morire» vuole essere una formula di compendio comprendente tutte le situazioni – inerenti a contesti esclusivamente medicalizzati – in cui un professionista sanitario dà seguito alla richiesta di morte di un paziente affetto da una patologia grave ed irreversibile, sia nella forma del suicidio assistito, che dell'eutanasia attiva.

⁴ Tra i primi commenti 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; B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", tra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in www.diritticomparati.it, d.d. 09.12.2019; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 2019, 12, 33 ss.; 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*, 2020, 1, 286 ss.; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, *ivi*, 303 ss.; G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, *ivi*, 317 ss.; R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo decisorio*, *ivi*, 343 ss.; L. POLI, *La sent. n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, *ivi*, 363 ss.; O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242*

Questa sequenza ha giustamente attirato l'attenzione della dottrina specialistica, non solo perché evidenzia un uso anomalo dello strumento del rinvio dell'udienza (“a data fissa”), ma anche perché l’ordinanza n. 207 è subito parsa ai commentatori un provvedimento a valenza non meramente interlocutoria, per il fatto che, oltre a disporre («*facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale*»⁵) sulle tempistiche per la continuazione del processo costituzionale, anticipava nella parte motiva le ragioni per cui la normativa impugnata presentasse una «*circoscritta area di non conformità costituzionale*»⁶, ciò che preludeva *ante tempus* ad una pronuncia di accoglimento nel caso in cui il Parlamento non fosse intervenuto a legiferare *in subiecta materia*⁷.

Si tratta, in effetti, di un tipo di provvedimento che non ha precedenti nella storia della Corte Costituzionale italiana: esso presenta la struttura interna tipica di una sentenza, con la classica partizione tra un «ritenuto in fatto» e un «considerato in diritto», ed è provvisto di una motivazione ragionata e puntuale (mentre l’art. 18, co. 4 della L. 11 marzo 1953, n. 87 prevede che esse siano solo «succintamente motivate»). Ma è, soprattutto, l’ampio spazio riservato alla trattazione dei profili di merito a dare l’impressione che si tratti di una sentenza non definitiva⁸ piuttosto che di una ordinanza di rinvio, atteso che il *nomen iuris* non giustifica il rilevante scostamento tra forma e sostanza del provvedimento adottato⁹.

Tutti questi profili di forma sono già stati variamente discussi in dottrina, e non saranno ulteriormente oggetto di trattazione in questo scritto, a parte una rapida divagazione sul vincolo prescrittivo esercitato dall’ordinanza n. 207 verso il Parlamento (e verso i giudici). Piuttosto, scopo del presente contributo è di analizzare la funzionalità della nuova tecnica decisoria nell’ottica dell’implementazione del seguito legislativo in conformità al mandato contenuto nell’ordinanza. A mezzo di questa, la Corte da un lato premeva affinché l’intervento del Parlamento fosse sollecito nel dar seguito alle prescrizioni da essa formulate (secondo «leale e dialettica collaborazione»), dall’altro si

del 2019), ivi, 373 ss.; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2, 1 ss.; A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull’aiuto al suicidio e il «perdurare dell’inerzia legislativa»*, in *Dirittifondamenti.it*, 2020, 1, 746 ss.; F. POLITI, *La sentenza 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e la fine delle “rime obbligate”?* Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile, ivi, 661 ss.; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’inviolabilità della vita e chiama terapia l’aiuto al suicidio*, ivi, 640 ss.; F. RINALDI, *Un totenrecht o diritto di non soffrire?*, ivi, 222 ss.; inoltre i contributi tematici pubblicati in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto* nel fascicolo n. 1/2020.

⁵ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 11 *cons. in dir.*, IV° cpv.

⁶ Espressione testualmente impiegata in Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 2.3 *cons. in dir.*

⁷ Cfr. U. ADAMO, *La Corte è “attendista*, cit., 2; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta*, cit., 569.

⁸ Cfr. U. COREA, *La pronuncia interlocutoria della Corte costituzionale sul caso Cappato, tra “forma” (di ordinanza) e “sostanza” (di sentenza)*, in AA.VV., *Il caso Cappato, Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019, 66 ss. In questo senso anche R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1912.

⁹ Cfr. C. PANZERA, *L’ordinanza “una e trina”*, in *Forum di quad. cost.*, 7 giugno 2019, 3, il quale utilizza la nuova categoria dell’«ordinanza non definitiva», perché rinviene una «singolare discrasia tra veste formale e contenuto sostanziale del provvedimento adottato»; A. RUGGERI, *Venuto alla luce l’ircocervo costituzionale*, cit., 571.

riservava un inedito sindacato in via preventiva sulla «normativa di risulta», che le avrebbe consentito (salva la restituzione degli atti al giudice *a quo*) di vagliare la rispondenza *prima facie* della nuova disciplina ai principi da essa affermati¹⁰.

La tesi avanzata in questo scritto – che intende giustificare appieno la strategia congegnata dalla Corte – è che la nuova tecnica decisoria¹¹ sia l'esito di una composizione armonica tra istanze contrapposte, vuoi di natura etico-sociale vuoi di natura politica, ma soprattutto una valida opzione per rispondere alla «domanda di giustizia costituzionale». La Corte Costituzionale, infatti, aveva riscontrato un profilo di illegittimità dell'art. 580 c.p. che, da un lato, richiedeva un'azione *pro parte* demolitoria (finalizzata non a eliminare la fattispecie di aiuto al suicidio, ma ad escluderne la punibilità in alcune circoscritte ipotesi), ma dall'altro era insuscettibile d'essere sanato a mezzo dell'interposizione pura e semplice di un principio (il diritto di una certa categoria di malati di decidere in autonomia come e quando morire), dovendo l'aggiunta necessariamente accompagnarsi ad una legislazione complementare che prevedesse alcune cautele a difesa, in particolare, delle «persone deboli e vulnerabili».

L'aggiunta doveva, in sostanza, trovar seguito in una congrua disciplina che regolamentasse l'intera materia dell'aiuto medico a morire, per quel che attiene ad aspetti come l'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere assistenza al suicidio (elencando le condizioni oggettive e soggettive che il singolo deve soddisfare per avervi accesso), alla predisposizione delle procedure funzionali a verificare l'autenticità della volontà del richiedente, fino all'individuazione delle strutture abilitate a offrire quel tipo di servizi.

Il problema tecnico-giuridico atteneva alla mancanza di uno strumento capace di sollecitare la pluralità di interventi legislativi necessari a conseguire il risultato ottimale sul fronte tanto degli interessi pubblici che dei diritti dei malati. L'assenza, nel nostro ordinamento, di strumenti di “ottemperanza”¹² nei confronti degli organi legislativi da

¹⁰ Su questi aspetti v. *infra* §§ 6 e 7.

¹¹ La novità della tecnica decisoria è riconosciuta dalla stessa Corte Costituzionale (Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 4 cons. in dir., III° cpv), che però la riconduce al «*collaudato meccanismo della doppia pronuncia*» (sentenza di inammissibilità “con monito” seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità).

¹² Sul punto v., però, la recente prospettiva aperta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 57 del 2019, con nota di F. DAL CANTO, *Conflitto di attribuzione in ottemperanza al giudicato costituzionale*, in *Forum di quad. cost.*, 17 giugno 2019, con la quale è stato accolto il ricorso della Regione Umbria per conflitto d'attribuzione tra enti, promosso nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze e del Dipartimento per le politiche di coesione, avverso il silenzio serbato dagli enti convenuti rispetto alla richiesta della Regione di «*immediato ripristino delle disponibilità economico-finanziarie per il programma parallelo della Regione Umbria per l'importo di euro 18.148.556,00*», somma che era stata distratta dalla originaria destinazione regionale a causa di atti amministrativi attuativi della disposizione di legge dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 13 del 2017. Il conflitto atteneva, comunque, ad una prassi amministrativa violativa del giudicato costituzionale, che inequivocabilmente si poneva in contrasto con i residui margini di esercizio discrezionale delle funzioni ministeriali riconosciuti dalla stessa Corte nella pronuncia *de qua* (visto che l'appagamento delle pretese regionali poteva avvenire anche con mezzi diversi rispetto alla semplice restituzione delle somme sottratte). Il caso trattato in questo contributo è, in ogni caso, sensibilmente diverso, da un lato perché attiene al mancato esercizio *tout court* della funzione legislativa, dall'altro perché il margine di discrezionalità di cui godeva il legislatore nel normare il fine vita avrebbe in ogni caso impedito un effettivo rimedio avverso il prolungato silenzio legislativo, in ottemperanza ai principi espressi nella ordinanza n. 207 del 2018. Sul punto si ritornerà nei §§ 6 e 7.

un lato, e la ristrettezza dei poteri giurisdizionali della Corte Costituzionale dall'altro, impedivano di raggiungere in tempi certi un esito soddisfacente nel bilanciamento di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti. Non potendo, però, ammettersi il silenzio del Parlamento in un ambito così delicato dell'azione umana, la Corte lo ha "costretto" a parlare o, meglio, ha deciso di parlare al posto suo.

2. Giustificazione della diversità sostanziale tra desistenza terapeutica e aiuto al suicidio

Nell'ordinanza n. 207, la Corte individua un *corpus* di norme astrattamente idoneo a prestarsi ad una manipolazione da parte sua, cioè la L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante «*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*». Questa rappresenta l'esito di un lungo processo di confronto e discussione sul fine-vita, attesa da molto tempo, dopo che alcune importanti vicende giudiziarie (delle quali le principali sono i casi di Piergiorgio Welby¹³ ed Eluana Englaro¹⁴), avevano reso palese la necessità di una legge che regolasse compiutamente la materia. Ebbene, è necessario chiarire sul punto che la l. n. 219/2017, se certamente contiene un elemento di novità nell'introduzione delle DAT (art. 4), sancendone la obbligatorietà per il personale sanitario che ha in cura il malato, nondimeno contempla quale unica modalità di anticipazione della morte il rifiuto o la sospensione delle terapie, non anche la somministrazione di un farmaco mortale idoneo a cagionare immediatamente la morte del richiedente.

Si tratta, come è intuibile, di una scelta politicamente strategica, quella di tacere sulle forme di contrazione artificiale della vita mediante suicidio assistito ed eutanasia, sulle quali il legislatore ha preferito non esprimersi onde evitare il prevedibile ostruzionismo nella fase di voto. Sotto altro profilo, mentre il rifiuto o la sospensione delle cure hanno sicuro fondamento costituzionale (art. 32, co. 2 Cost.) – sicché la legislazione in materia costituisce, più che altro, una (necessaria) forma di attuazione del principio là esposto –, l'introduzione di ipotesi di suicidio assistito ed eutanasia rappresenta una libera scelta del legislatore, sul quale non incombono, in linea di principio, vincoli di natura costituzionale (risultando, semmai, dalla Costituzione obblighi positivi a tutela della vita e dell'integrità fisica della persona)¹⁵.

Ciò, peraltro, non vale ad escludere che soluzioni più stringenti possano imporsi su impulso di vicende esemplari, per ragioni di ragionevolezza nel trattamento di situazioni che, pur differenti, presentano un elemento di comune rilievo, che per circostanze del tutto accidentali riceve or tutta or nulla considerazione dal diritto. Nel caso dell'aiuto al suicidio e della desistenza terapeutica il minimo comun denominatore

¹³ G.U.P. presso il Trib. Roma, sent. 17.10.2007, n. 2049.

¹⁴ Cass., Sez. I Civ., sent. 16.10.2007, n. 21748.

¹⁵ 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, 3, 145 ss.

è dato dalla volontà di morire del malato, che nell'un caso è ragione necessaria e sufficiente per rifiutare le cure, nell'altro non rileva affatto.

Questa disparità di trattamento rappresenta una incongruenza secondo la Corte Costituzionale, in particolare quando si tratti di soggetti a) affetti da una patologia irreversibile; b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trovano assolutamente intollerabili; c) tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma restino d) capaci di prendere decisioni libere e consapevoli¹⁶, cioè per coloro che si trovino a vivere una esistenza irrimediabilmente pregiudicata, come era quella di Dj Fabo. Questi soggetti hanno diritto, ai sensi dell'art. 1, co. 5 della l. n. 219/2017, ad anticipare la morte per desistenza terapeutica, cioè privandosi dei trattamenti che assicuravano la loro permanenza in vita, mentre l'assistenza al suicidio è severamente punita per coloro che vi consentano, in qualunque modalità offerta. Dal momento, però, che la legge n. 219 ha già previsto una deroga al principio di assoluta indisponibilità della vita, sancendo non solo il diritto di «lasciarsi morire», ma anche l'obbligo per il medico curante di rispettare la volontà del paziente (art. 1, co. 6), che evidentemente viene elevata per legge ad elemento determinante della scelta di fine vita, conclude la Corte che «*non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato*»¹⁷.

La decisione della Corte è, dunque, principalmente mossa da un problema di ragionevolezza, dovuto al fatto che ad un medesimo elemento distintivo (la volontà del malato la cui condizione sia, dal punto di vista clinico, irreversibilmente compromessa) viene accordato un peso molto diverso in due fattispecie simili sul piano valoriale, entrambe finalizzate a conciliare la morte. Per questa ragione, la mancanza di coordinamento tra la l. n. 219/2017 e l'art. 580 c.p. nel trattamento giuridico delle due fattispecie è, per la Corte, palesemente irragionevole *ex art. 3, co. 1 Cost.*, e merita d'essere rimediata rendendo lecito, in alcune ipotesi, l'aiuto al suicidio.

La rilevanza accordata all'elemento distintivo comune non vale, peraltro, ad affermare che le due fattispecie si equivalgono, giacché la Corte avrebbe altrimenti potuto estendere *tout court* le previsioni di legge alla fattispecie irragionevolmente esclusa. Se ciò non è avvenuto, è perché la Corte ha inteso preservare la diversità di regime tra due ipotesi ontologicamente diverse, meritevoli d'essere trattate in maniera giuridicamente differente: non solo sono diverse le modalità nelle quali la desistenza terapeutica e il suicidio assistito rispettivamente si realizzano, ma diversa è fondamentalmente la portata di disvalore delle due fattispecie alla luce dei valori costituzionali in gioco.

Mentre, infatti, la desistenza terapeutica è un diritto che trova il proprio fondamento in Costituzione, e che la l. n. 219 va semplicemente a disciplinare nelle modalità d'esercizio (precisandone il contenuto pretensivo ed il valore obbligatorio della richiesta nei confronti del personale medico), l'assistenza al suicidio, oltre a non godere di espresso fondamento costituzionale, rappresenta, in sé, un comportamento aberrante, che «*fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una relatio*

¹⁶ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 8 cons. in dir., III° cpv.

¹⁷ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 9 cons. in dir., V° cpv.

ad alteros di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita»¹⁸. L'aiuto al suicidio, in sostanza, mette in pericolo beni giuridici che l'ordinamento è piuttosto tenuto a difendere, poiché «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»¹⁹. Alla stregua di ciò, deve ritenersi pienamente legittima una norma generale come l'art. 580 c.p. che punisce l'aiuto al suicidio, mentre al contrario la sua caducazione avrebbe rischiato di creare vuoti di tutela ancora meno giustificabili sul piano costituzionale.

La disciplina giuridica del suicidio assistito, se sul piano dei principi si presta ad innestarsi nel contesto legislativo relativo al rifiuto o interruzione delle cure²⁰, richiede pertanto procedure ulteriori e, in parte, diverse rispetto a quelle là previste. La medicalizzazione del suicidio, del resto, non è che l'eterogenesi dei fini dell'arte medica nell'età della techno-scienza²¹, capace di “cambiare volto” ad una pratica che, nonostante venga in circoscritte ipotesi (e per fini essenzialmente pietosi) considerata un gesto di solidarietà, rimane in generale – e legittimamente – punita dalla legge penale, e sanzionata come illecito disciplinare dall'ordinamento deontologico²².

La diversità tra le due ipotesi è anche confermata dalle disposizioni date dalla Corte in via sostitutiva nella sentenza n. 242/2019 per rendere provvisoriamente auto-applicativa la decisione. A questo scopo, la Consulta ha previsto, da un lato, che l'assistenza alla morte possa essere praticata esclusivamente presso strutture pubbliche, dall'altro che la richiesta debba essere preceduta dal parere del comitato etico territorialmente competente; inoltre, in chiusura, ha anche previsto il diritto per il personale medico di obiettare alla richiesta del malato. Tutti elementi estranei all'impianto della l. n. 219, che sono stati evidentemente integrati sul presupposto della non totale sovrapposizione tra l'oggetto della legge e l'aiuto al suicidio²³: la l. n. 219 rappresentava un elemento di paragone (un «punto di riferimento»²⁴ già presente nel sistema) sul quale fondare un test di ragionevolezza alquanto incerto, come fonte normativa di rango primario che funge da parametro interposto nel giudizio di

¹⁸ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 6 cons. in dir., V° cpv.

¹⁹ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 5 cons. in dir., II° cpv.

²⁰ S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazioni tra poteri*, in *Forum di quad. cost.*, 30 giugno 2019, 2-3.

²¹ Esclude che il suicidio assistito rientri nell'ambito funzionale della medicina B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, in *Forum di quad. cost.*, 22 giugno 2019.

²² In tema, per lo stato dell'arte successivo alla modifica degli indirizzi applicativi dell'art. 17 del codice di deontologia medica, E. PULICE, *Riflessioni sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto. Il ruolo della deontologia in prospettiva comparata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 173 ss. e A. RIMEDIO, *“Eccezione” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, ivi, 75 ss.

²³ Si tratta, in ogni caso – come sarà meglio precisato *ultra* – di una disciplina cedevole, che lascia impregiudicata la possibilità per il Parlamento di disporre diversamente in una futura legge sul fine-vita. Cfr. R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit. 360.

²⁴ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 5 cons. in dir., IV cpv.

costituzionalità di un'altra norma di legge (l'art. 580 c.p., per l'appunto), riferite a oggetti tra di loro non omogenei.

È, quindi, immediatamente percepibile l'inedita creatività della sentenza, che reagisce al silenzio del legislatore disponendo una disciplina provvisoria dell'assistenza al suicidio, pur in assenza di alcun'altra norma di diritto positivo potenzialmente estensibile alla materia *de qua* (come ordinariamente si sarebbe dovuto procedere²⁵), secondo un modello decisorio che rispecchia in larga parte la *Unvereinbarkeitserklärung* del Tribunale Costituzionale Federale tedesco²⁶.

Lo stratagemma tecnico prescelto dalla Corte è stato accolto in dottrina con reazioni – in prevalenza – sospettose, in alcuni casi eccessivamente critiche verso una soluzione giudicata abnormemente creativa e politicamente sconveniente. L'effetto utile dell'ordinanza n. 207/2018 sarebbe stato, infatti, di «mettere in mora» il Parlamento²⁷,

²⁵ Su questo meccanismo, che consente alla Corte di dichiarare la incostituzionalità di una disposizione illegittima, rimediando contestualmente alla lacuna a mezzo dell'estensione di un'altra norma già presente nell'ordinamento (seppur riferita ad altra materia e/o fattispecie), si veda la recentissima sent. n. 113/2020, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 30-ter, co. 7, della l. 26 luglio 1975, n. 354 («*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*») «nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30-bis, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni». La legge prevedeva, per proporre reclamo sia contro i provvedimenti sui permessi di necessità sia contro i provvedimenti sui permessi premio, un identico termine di 24 ore. Già in una risalente sentenza (n. 235/1996), la Corte Costituzionale aveva rilevato l'irragionevolezza di un termine così breve, ma si era arrestata a dichiarare l'inammissibilità della questione per mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata nell'ordinamento positivo, non senza però rivolgere un accurato invito al Parlamento perché intervenisse a modificare quel termine. A distanza di 24 anni da quella pronuncia, la Consulta si è pronunciata nuovamente su sollecitazione della Corte di Cassazione, e vi ha posto rimedio dichiarando la incostituzionalità della disposizione censurata, sostituendo il termine delle 24 ore per proporre reclamo con quello di 15 giorni previsto dall'art. 35-bis, co. 4 della legge sull'ordinamento penitenziario, introdotto dal D. L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, nella L. 21 febbraio 2014, n. 10, per il reclamo innanzi al Tribunale di Sorveglianza delle decisioni delle autorità penitenziarie che riguardano il detenuto.

²⁶ Per la somiglianza tra la tecnica della «dichiarazione di incompatibilità» tedesca e la nuova tecnica decisoria inaugurata dalla Corte Costituzionale v. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi considerazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 3, 3 ss.; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di quad. cost.*, 25 ottobre 2018; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora...*, cit.; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda*, cit., 108, che conia l'espressione «*vacatio sententiae*», in particolare perché la portata normativa della ordinanza 207 l'avvicina alle sentenze tedesche di *Unvereinbarkeit* che, oltre a lasciare uno spazio di tempo al Parlamento, dettano anche una disciplina provvisoria; N. FIANO, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le unvereinbarkeitserklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 286 ss. Più dubbioso sull'accostamento, invece, R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata del giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *Consulta online*, 2020, 5-6, che rileva come la somiglianza è solo apparente, in quanto l'effetto di incostituzionalità è comunque riconducibile alla sent. 242 del 2019, mentre l'ord. 207 del 2018 potrebbe qualificarsi come di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata».

²⁷ Così E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 3, 539. Critico R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1913, che ritiene problematico il fatto che la Corte sia intervenuta non all'esito di un processo politico già concluso, bensì per sollecitarlo *tout court*.

impartendo a questo tempi e modalità per la legalizzazione dell'aiuto al suicidio. V'è, peraltro, da chiedersi quali e quante alternative avrebbero obiettivamente potuto sortire la stessa efficacia in termini sia di rispetto per la discrezionalità del legislatore che di garanzia dell'effettività dei diritti, atteso che da un lato è corretto ritenere che le tecniche di decisione già collaudate in passato dalla Corte non potessero avere effetti altrettanto soddisfacenti (per ragioni che si esporranno nel prossimo paragrafo), dall'altro che la giustizia costituzionale non è un sistema geometrico perfettamente quadrato (mentre, se lo fosse, i suoi angoli dovrebbero essere continuamente "smussati" per far fronte alle nuove esigenze di giustizia).

3. Le soluzioni che si prospettavano alla Corte per decidere il "caso Cappato"

Come noto, l'invito (o, meglio, l'intimazione²⁸) della Corte non è stato colto dal Parlamento, all'interno del quale la frammentazione delle forze politiche impediva comunque che si potesse raggiungere una maggioranza per approvare una legge sul fine-vita. Desta però sorpresa il coro di voci critiche che si è levato contro quella che viene ritenuta una intromissione della Corte nel terreno della politica²⁹, sulla pretesa che il Parlamento ha assoluta (ed esclusiva) competenza a porre rimedio alle omissioni legislative³⁰.

Seguendo una linea di ragionamento basata su premesse tradizionali si rischia, tuttavia, di creare "bolle" nel sistema dei rapporti tra poteri dello Stato, perpetuando «vuoti di tutela costituzionale»³¹ nella garanzia dei diritti fondamentali: in situazioni di questo tipo, per garantire la tenuta dell'ordinamento in armonia con i principi e i valori che lo informano, è necessario che si creino forme di dialogo tra poteri secondo «leale e dialettica collaborazione», come fisiologicamente dovrebbe avvenire tra Corte Costituzionale e Parlamento³².

Al di là del formale riparto di attribuzioni definito in Costituzione, bisogna prendere atto che questo non è un complesso staticamente immobile o asetticamente estraneo alle dinamiche della contingenza politica, essendo normale che i rapporti tra organi costituzionali subiscano condizionamenti per effetto di decisioni spinte dall'urto

²⁸ Cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di quad. cost.*, 5 giugno 2019, 5, per il quale l'invito con cui si è sollecitato il Parlamento ad approvare una legge che regolasse il tema del fine-vita con assistenza di terze persone è, in realtà, una falsa manifestazione di deferenza verso il legislatore, come dimostra, oltre al breve lasso di tempo lasciato al Parlamento per intervenire, la puntuale elencazione di condizioni che consentono, già di per sé, l'individuazione dei soggetti titolari al diritto in questione. Se di deferenza si fosse veramente trattato, il Parlamento sarebbe rimasto il *dominus* del seguito legislativo.

²⁹ Si vedano, per es., le feroci critiche mosse alla Corte da A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit.; ID., *Pilato alla Consulta*, cit., *passim*; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 531 ss.

³⁰ Su cui, di recente, AA. VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. Cassetti e A. S. Bruno, Torino, 2019.

³¹ L'espressione è utilizzata dall'UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, nel comunicato stampa d.d. 24 ottobre 2018 con cui è stata resa pubblica la decisione di rinviare di un anno l'udienza.

³² Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 11 cons. in dir., VII cpv.

del caso singolo³³, quale prodotto dell'interazione tra fatti e norme che configura sotto altra luce lo scontro tra valori confliggenti, sulla scorta di circostanze politiche, economiche e sociali che alimentano la dinamica costituzionale. L'assetto delle funzioni dei singoli organi definito nella Carta tollera – almeno in una certa misura – intrusioni, assestamenti e supplenze, laddove la disfunzionalità e/o inattività di un organo sia suscettibile di ripercuotersi sulla coerenza del complesso ordinamentale³⁴.

Non mi sembra che la vicenda sottesa al c.d. “caso Cappato” sfugga alla descritta dinamica, sebbene con modalità assolutamente inedite³⁵. Alla Corte Costituzionale spetta, in generale, il compito di salvaguardare la «legalità costituzionale» provvedendo ad accertare la illegittimità di tutte le disposizioni (o norme) di legge che, complessivamente interpretate alla luce dei comuni canoni ermeneutici, si pongano in contrasto con la fonte di rango superiore, espungendole dall'ordinamento dopo averne dichiarato la non conformità a Costituzione. Di questo schema consacrato nell'art. 136 Cost. (c.d. ablatorio-demolitorio)³⁶ la Corte ha progressivamente avvertito l'insufficienza, così spingendosi a perfezionare nuove tecniche di giudizio maggiormente creative ed elaborate, ma pur sempre al pregevole fine di restaurare la legalità violata.

In questo modo hanno visto la luce prima le sentenze interpretative (di rigetto e di accoglimento), che rispondono all'esigenza di salvare dall'incostituzionalità “classica” (anche parziale) i disposti di legge, promuovendo una cultura dell'«interpretazione conforme a Costituzione» che avesse come collaboratore d'elezione i giudici comuni. Ad una medesima linea germinale appartengono le sentenze variamente manipolative e le sentenze sostitutive, con le quali più ardita si fa la tecnica di “incisione” della legislazione ad opera del suo Giudice, oramai non più relegato ad una funzione meramente ablativa, ma direttamente impegnato nell'opera di «manutenzione costituzionale». Infine, a completamento delle tecniche di giudizio collaudate in via pretoria, la Corte giunge ad elaborare le sentenze additive («di principio», «di procedura», «di meccanismo»)³⁷.

³³ Sull'impatto dei “casi” nella lettura della “norma” v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007.

³⁴ Siffatta dinamica costituisce una costante del gioco politico inter-istituzionale, come ad esempio nei rapporti tra Presidente della Repubblica e altri poteri dello Stato, compendiata icasticamente nella figura dei «poteri a fisarmonica», che ad alterni periodi e in presenza di determinate variabili politico-istituzionali si ampliano o contraggono, compensando mancanze o vuoti di funzione. Cfr. A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, 287, evocata già da G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di “Quaderni costituzionali”*, in *Forum di quad. cost.*, 8 giugno 2019, 1. Che questo sia il deludente quadro in cui versano da alcuni anni il Parlamento e il Governo italiani è fuor di dubbio, tant'è che è stato giustamente scritto che «il mutismo di Parlamento e Governo non è il silenzio degli innocenti»: così A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del “caso Cappato”*, cit., 5.

³⁵ Conformemente anche C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, cit., 1.

³⁶ Nella vicenda relativa al “caso Cappato” il ruolo assunto dalla Corte Costituzionale è senz'altro distante dal modello delineato all'art. 136 Cost., non più a stampo meramente ablativo-demolitorio, ma oramai capace di rimediare ad una omissione legislativa. Sul punto E. ROSSI, *L'ord. n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di quad. cost.*, 5 luglio 2019, 1.

³⁷ Una chiara e puntuale ricostruzione storica della elaborazione delle diverse tecniche decisorie, in parallelo con lo sviluppo delle funzioni della Corte, è svolta in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare*,

In questa evoluzione, il tipo di sindacato operato dalla Corte raggiunge un grado di pervasività rispetto alle scelte del potere politico non indifferente: in particolare, le additive di principio infrangono prepotentemente le soglie della discrezionalità politica, per la loro capacità di imprimere all'azione governativa una precisa scelta d'indirizzo, rimanendo riservata al Parlamento la sola scelta dei mezzi idonei ad implementarli. Il potere delle additive, peraltro, sta nella loro tendenziale bidirezionalità, per la loro attitudine cioè a rivolgersi tanto al legislatore quanto (se non soprattutto) ai giudici, facendo quasi scontare al Parlamento il peso dei ritardi fisiologicamente connessi alla sua attivazione. Con lo strumento dell'additiva, la Corte richiama da un lato il Parlamento alla sua primaria funzione *de lege ferenda*, mentre dall'altro soprassiede alle lunghe tempistiche dei suoi lavori permettendo ai giudici di attuare in concreto il principio da essa espresso, evitando in un certo qual modo la paralisi del sistema di protezione dei diritti.

Lontani anni luce dal dogma che describe(va) la Corte Costituzionale come un mero «legislatore negativo»³⁸, gli sviluppi che la giustizia costituzionale ha subito negli ultimi decenni atualizzano il dibattito intorno alla sua anima creatrice di diritto, se non addirittura politica, formalmente negata ma sostanzialmente latente³⁹ nei «casi tragici» che le giungono su sollecitazione dei giudici comuni nelle più controverse questioni, soprattutto bioetiche.

Rispetto all'evoluzione che le tecniche di decisione della Corte hanno storicamente conosciuto, sulla scorta anche dell'esperienza di omologhi Tribunali costituzionali di altri Paesi, come deve essere valutato l'inedito stratagemma ingegnato per risolvere il “caso Cappato”? La Corte Costituzionale si è sentita in dovere di spiegare la sua scelta negli ultimi paragrafi dell'ordinanza n. 207⁴⁰, avendo in particolare cura di motivare sulle ragioni che l'hanno indotta ad scartare il meccanismo della «doppia pronuncia», in base al quale la Corte preferiva arrestarsi, in passato, davanti al limite della discrezionalità politica del legislatore con una sentenza di inammissibilità, accompagnata da un monito al Parlamento per invitarlo ad attivarsi onde colmare i profili critici da essa riscontrati⁴¹.

La Corte, in simili ipotesi, constatava la necessità di un puntuale intervento legislativo piuttosto che di una pronuncia demolitoria o variamente manipolativa, e demandava al Parlamento le determinazioni in merito al c.d. «seguito legislativo». Una

combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale, Napoli, 2013, 86 ss.

³⁸ Tale concezione, come noto, è ascrivibile a H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 174.

³⁹ Su cui, di recente, il bel lavoro di C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, in particolare 410 ss. Scrive l'Autrice (p. 417): «*conciliare politica e giurisdizione è attività complessa e problematica, innanzitutto perché la Consulta è investita del potere di incidere sulla legge, potere, questo, che delinea un tipo di controllo giurisdizionale solo nella forma (in quanto esercitato nella forma del processo, che si svolge davanti ad un giudice imparziale), mentre nella sostanza si tratta di un controllo connotato da un'intrinseca componente di politicità, essendo spesso diretto ad eliminare atti del potere politico, quali sono le leggi*».

⁴⁰ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 11 cons. in dir., I° cpv.

⁴¹ Sulle pronunce monitorie della Corte, e per una analisi del loro seguito in Parlamento, v. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislative*, Padova, 1987, 24 ss. e 115 ss.

pronuncia di inammissibilità, in questi casi, era essenzialmente motivata dal fatto che la Corte reputava sconveniente o, comunque, non risolutiva la propria opera (vuoi perché si trattava di questione politica, da definire nelle opportune sedi; vuoi perché solo l'azione parlamentare era assolutamente indispensabile per costruire una disciplina del tutto mancante). Laddove, tuttavia, il Parlamento si fosse mostrato sordo alle sollecitazioni ricevute, e la stessa q.l.c. prima dichiarata inammissibile fosse stata nel frattempo (anche a distanza di anni) nuovamente riproposta, la Corte provvedeva in seconda battuta a dichiarare la illegittimità della disposizione impugnata a mezzo di una sentenza additiva di principio, soprassedendo a quel limite che in un primo momento l'avevano frenata⁴².

Il meccanismo della «doppia pronuncia» (una prima di inammissibilità con monito al legislatore, a seguire una additiva di principio) ha senz'altro il pregio di consentire al Parlamento di porre rimedio ad una «situazione normativa»⁴³ non conforme a Costituzione, dispensando la Corte dall'alternativa di esercitare funzioni non proprie. L'eventuale successiva pronuncia di accoglimento, accompagnata dall'affermazione del principio applicabile, avrebbe avuto l'effetto d'indirizzare l'attuazione immediata della pronuncia ad opera dei giudici comuni⁴⁴, senza con ciò precludere al Parlamento la potestà di normare in futuro la materia, anche in maniera diversa da come risultante, ad esempio, da un diritto vivente nel frattempo formatosi.

Questa tecnica si presenta, sotto certi aspetti, come un favorevole compromesso tra l'esigenza di garantire i diritti fondamentali della persona e il rispetto dello spazio politico-discrezionale del Parlamento, ed è la soluzione che meglio si presta a favorire graduali avanzamenti nella tutela dei diritti, aprendo ad una qualche funzione «normo-compulsiva» della Corte Costituzionale⁴⁵. Non può nascondersi, peraltro, lo stacco chiaramente non logico con cui si passa da un primo deferente riconoscimento per il primato del Parlamento, ad una improvvisa «invasione di campo» occasionata da una seconda ordinanza di rimessione: il trascorrere del tempo non fa, infatti, usucapire alla Corte una funzione che, per suo stesso riconoscimento, la Costituzione riserva al Parlamento.

È altrettanto vero che i ritardi nel dar seguito ai moniti formulati nelle pronunce costituzionali (che siano di inammissibilità, o di rigetto o di accoglimento) comportano dei costi in termini di sistema che non possono passare inosservati alla Corte, spingendola in certi casi a «forzare la mano» piuttosto che attendere impassibile una

⁴² Sulle sentenze additive di principio v. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

⁴³ L'espressione è di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, pp. 94-95, che definiscono la situazione normativa come «il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamento comporre la "questione" ed a confluire nel giudizio di costituzionalità».

⁴⁴ Sulla «delega di bilanciamento in concreto» v. R. BIN, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574 ss., ma anche R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 126 ss.

⁴⁵ Scrive R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., 350, che «Il monito, interpretato come elemento contenutistico autonomo, è infatti da intendersi come ontologicamente diretto a formalizzare istanze di legalità costituzionale, che per mezzo di esso sollecitano un impegno oltre che l'interesse del Parlamento».

risposta politica che, forse, non arriverà mai. Ogni scelta politica (anche la mera astensione) si presta ad essere valutata in termini di adeguatezza sul piano costituzionale da parte del Giudice delle leggi, il quale è pur sempre chiamato a porvi rimedio qualora lo stato presente rischi di compromettere il complesso delle rispettive funzioni e garanzie⁴⁶. Un sistema costituzionale può dirsi funzionante solo allorché ciascuno degli organi che presiedono alle funzioni fondamentali esercita la propria conformemente a quanto gli spetta fare, nella consapevolezza che se ciascuno “fa il suo” agevola anche l’opera degli altri. E, tuttavia, qualora la funzionalità di taluno di quegli organi rischi di compromettere la piena efficacia dell’azione di un altro organo, non si vede per quale soverchio principio dovrebbero escludersi *a priori* meccanismi di compensazione che permettano di ovviare, *quodammodo*, all’*impasse*⁴⁷.

Nel “caso Cappato” la Consulta si è trovata ad affrontare uno di questi dilemmi: sulla base di un giudizio prognostico che poi si è rivelato fondato (e che la dottrina aveva a sua volta reputato verosimile), la Corte si era da subito prefigurata il problema dell’eventuale inerzia del Parlamento, ritenendo di non potersi tirare indietro con una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, vista la specificità della questione giuridica che si trovava ad affrontare. Si trattava, in altre parole, o di far prevalere il principio della riserva parlamentare in materia legislativa, oppure di dare la precedenza alla garanzia dei diritti: sul piano dei principi, entrambe le soluzioni ponevano dei problemi in relazione al riparto di poteri, per cui si trattava di optare per la soluzione più equa e compatibile con il complesso del sistema, bilanciando ragionevolmente tutti gli interessi e le istanze in gioco.

Nell’arco di tempo tra l’ordinanza 207 e la sentenza 242, il confronto tra studiosi non ha mancato di evidenziare profonde (interessantissime) divergenze di opinioni, che li hanno portati a ritenere utili per la decisione del presente caso praticamente tutte le tecniche poco sopra richiamate: così una nutrita parte della dottrina proponeva di attenersi al meccanismo della «doppia pronuncia»⁴⁸; altra preferiva che la questione

⁴⁶ Cfr. F. BIONDI, *L’ord. n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 2. Su questi aspetti v., inoltre, anche R. PINARDI, *Brevi note sull’«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia legislativa*, in AA.VV., *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 327 ss.

⁴⁷ È del resto carattere quasi fisiologico delle democrazie contemporanee la tendenza a trasferire sul piano giudiziario i conflitti sociali che non vengono composti in Parlamento, ciò che conferma la «necessità di strategie giudiziarie che accompagnino o sostituiscano battaglie politiche vere e proprie», così M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 288. Esprime giudizio positivo sulla nuova tecnica della Corte anche 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 quad. cost.*, 2020, 2, 473.

⁴⁸ Così, ad esempio, G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, cit., 6, per il quale la soluzione migliore sarebbe stata «una additiva di principio che colpisca l’art. 580 c.p. nella parte in cui non prevede che vadano esenti da responsabilità penale coloro i quali aiutano a morire i soggetti identificati dalle quattro caratteristiche sopra richiamate, se la condotta si svolge nel rispetto di alcune indicazioni operative di massima, atte a scongiurare i rischi paventati nell’ordinanza». Lo stesso Autore, peraltro, si mostra consapevole della non piena satisfattività della soluzione proposta, e tuttavia ritenuta più conveniente alla luce della funzione svolta dalla Corte, alla quale è certo consentito di demandare ai giudici comuni la soluzione dei casi loro prospettati, in attesa di un intervento legislativo, in luogo di una sostituzione *tout court* al legislatore nell’opera legislativa. Nello stesso scritto l’Autore non

venisse definita con una sentenza interpretativa di rigetto⁴⁹; infine non è mancato chi ravvisava gli estremi per una pronuncia interpretativa di accoglimento⁵⁰. Tutte queste proposte scaturivano dalla preoccupazione di preservare la formale apoliticità della Corte, tanto più in un caso che richiedeva una manipolazione eccessivamente creativa da parte sua⁵¹.

Ed effettivamente si trattava – nel caso sollevato dalla Corte d’assise di Milano – di una questione che, in relazione al «verso» della pronuncia, condivideva una discreta carica di politicITÀ⁵², atteso che ciò che concretamente si chiedeva alla Consulta era di sancire l’esistenza di un «diritto a morire con dignità»⁵³ come specificazione del più generale diritto all’autodeterminazione terapeutica. L’effetto pratico che il giudice rimettente chiedeva era l’eliminazione *tout court* del divieto penale di aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.*⁵⁴, sostituendo una propria opzione ideologica alla valutazione svolta *illo tempore* dal legislatore penale, e ribadita di recente in sede di discussione della proposta di legge scaturita nella l. n. 219/2017.

disdegna nemmeno i benefici che deriverebbero dall’adozione di una sentenza interpretativa di accoglimento (cit., 7). V. anche C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 3, 582. *Contra* G. SORRENTI, *Intervento al Seminario*, cit., 4, per la quale nel “caso Cappato” mancherebbero i presupposti per adottare una additiva di principio, dal momento che – almeno nella lettura proposta dall’Autrice – in questo caso non difettavano le “rime obbligate”, almeno nella materia penale, mentre la sollecitazione rivolta al legislatore avrebbe ad oggetto un altro settore dell’ordinamento, quello civile, che comunque esula dall’oggetto principale della questione deferita alla Corte Costituzionale.

⁴⁹ Così, ad esempio, P. CARNEVALE, *Sull’esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale*, in *Forum di quad. cost.*, 28 giugno 2019, 3, nonché M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 660.

⁵⁰ In questo senso G. SORRENTI, *Intervento al Seminario*, cit., 1, secondo la quale questa tecnica consentiva di tenere indenni da responsabilità penale casi simili a quello di Cappato (ma a questo punto non sarebbe stato necessario rinviare a nuova udienza) e allo stesso tempo avrebbe evitato il rischio di una generalizzazione del diritto a morire con dignità. Nello stesso senso anche G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 2, 27 ss. e 45 ss., il quale proponeva di risolvere il “caso Cappato” con una sentenza interpretativa di accoglimento, accompagnata da una «*réserve d’interprétation transitoire*» alla francese, in modo da orientare i giudici verso una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione impugnata e, allo stesso tempo, conferire alla pronuncia la tipica efficacia *erga omnes*.

⁵¹ Per questa esigenza si mostrava favorevole tanto ad una additiva di principio quanto ad una interpretativa di rigetto R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di quad. cost.*, 23 giugno 2019, *passim*.

⁵² Il che alimenta un *trend* costante sull’aumentato ruolo politico della Corte. Sul punto A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quad. cost.*, 27 maggio 2019, 2.

⁵³ Secondo G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, cit., 4, non si tratterebbe di un diritto in senso proprio, quanto piuttosto di un «*obbligo di protezione*» verso il malato che, a causa della gravità della propria patologia, si appresta a morire in condizioni non degne.

⁵⁴ Il “verso” della decisione formulato nel *petitum* della ordinanza di rimessione della Corte d’assise milanese mirava a conseguire un effetto molto simile a quello che, di lì a poco, sarebbe stato affermato dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco nella sentenza BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, - 2 BvR 2347/15 -. Per un commento alla decisione in ottica comparata con il “caso Cappato” mi sia consentito rinviare a G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 2, 319 ss.

Anche astraendo dalla vicenda storica che aveva dato corso agli eventi, la q.l.c. involgeva profili tecnici difficilmente risolvibili alla luce dei consueti canoni rimediali, in particolare per il tipo di manipolazione che la Consulta avrebbe dovuto operare per permettere al giudice rimettente di fare giustizia⁵⁵. La Corte era chiamata, infatti, a giudicare della conformità a Costituzione di una (isolata) disposizione del codice penale che puniva indifferentemente tutte le forme di istigazione e aiuto al suicidio, mentre il «verso» della decisione auspicabile era, secondo la Consulta, nel senso di una caducazione parziale del divieto d'aiuto al suicidio (con l'effetto di renderne legittime alcune ipotesi), abbinata ad una disciplina di dettaglio sulla procedura da seguire per certificare, con i crismi della pubblicità e professionalità di un organo tecnico istituito *ad hoc*, la sussistenza delle condizioni che legittimano il malato ad ottenere aiuto a morire.

La Corte conferma quindi la persistente validità, nel quadro dell'attuale sistema costituzionale, della scelta di incriminare (anche) l'aiuto al suicidio, salvo dichiarare la non conformità parziale della disposizione nella parte in cui costringe, nella sua assolutezza, i malati che potrebbero già morire per desistenza terapeutica a morire in una modalità da essi reputata non degna⁵⁶. Il risultato ambito dalla Corte non poteva, tuttavia, conseguire puramente e semplicemente dalla caducazione parziale della disposizione censurata⁵⁷, poiché il riconoscimento del nuovo diritto⁵⁸ doveva necessariamente accompagnarsi ad una regolamentazione di legge che impedisse abusi da parte degli operatori. Ragione per cui la parola non poteva che essere lasciata, in prima battuta, al Parlamento, come ineccepibilmente ha fatto la Corte⁵⁹.

⁵⁵ Conformemente anche P. CARNEVALE, *Incappare... in Cappato*, in *Consulta online*, 2019, 2, 373. V. anche G. P. DOLSO, *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 3, il quale scrive: «Il punto dolente sta nell'azione di regolazione dei confini. In questa complessa opera la Corte si muove tra due poli: da una parte insiste sulle specifiche caratteristiche della situazione da cui muove il giudizio, evocate a più riprese in motivazione. [...] Dall'altra parte insistiti sono i riferimenti al quadro legislativo, a quello vigente, e a quello che dovrà essere composto, attraverso una interlocuzione con il legislatore che, prima di essere "sistematizzata" in chiusura dell'ordinanza, viene "praticata" nel corso della motivazione».

⁵⁶ Cfr. C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018, e L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire "rapidamente"? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (Ord.) n. 207/2018*, in *disCrimen*, 19 dicembre 2018. V. anche P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato": cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum di quad. cost.*, 12 giugno 2019, 2, il quale parla di «incostituzionalità sopravvenuta» della norma di cui all'art. 580 c.p., dal momento che la sopravvenienza di innovazioni scientifiche e tecnologiche capaci di strappare alla morte pazienti in situazioni estremamente compromesse avrebbe reso possibili situazioni in cui la protezione dei beni fondamentali risulta eccessivamente sbilanciata a tutela della vita meramente biologica, nonostante il venir meno della voglia di vivere in capo al soggetto interessato.

⁵⁷ Cfr. Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 10 cons. in dir.

⁵⁸ I parametri costituzionali rilevanti (artt. 2, 3, 13, 32 Cost.) sono norme assai labili, interpretabili estensivamente, e dunque terreno fertile per i «nuovi diritti», tanto che C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire"*, in *Forum di quad. cost.*, 14 giugno 2019, 2, le ha definite «norme voraci» per la loro attitudine ad accogliere tutte le fattispecie sconosciute e che si vorrebbero elevare alla dignità di diritti fondamentali.

⁵⁹ Una parte della dottrina (F. DAL CANTO, *op. cit.*, 4) ritiene che la Corte, a fronte delle ampie premesse concettuali sul diritto all'autodeterminazione terapeutica e sulla fondatezza, in principio, della scelta legislativa di criminalizzare l'aiuto al suicidio, avrebbe potuto da subito procedere ad una

A dispetto della prassi passata, questa volta la Consulta ha ritenuto di dover «rimodulare» il meccanismo della «doppia pronuncia», fissando un «termine all'adempimento» al Parlamento, in modo da evitare le lungaggini di un processo politico inconcludente, assicurando che il diritto al suicidio assistito non rimanesse sospeso *ad libitum Parlamenti*. Il nuovo «modulo decisorio»⁶⁰ rappresenta una riedizione della tecnica della doppia pronuncia, con il pregio però di riunire i due momenti (l'inammissibilità con monito e l'addizione del principio) nell'ambito di un medesimo incidente di costituzionalità.

4. La valenza della nuova tecnica decisoria nella dinamica dei rapporti tra poteri dello Stato. La «leale e dialettica collaborazione» tra Corte Costituzionale e Parlamento

È dunque nell'ottica di non relegare quel diritto al rischio della sua inattuazione che ha spinto la Consulta ad aggiungere, al suo taccuino, una tecnica decisoria non ancora collaudata, più funzionale e maggiormente efficace a bilanciare i beni che di volta in volta vengono a collidere. Per altro verso, appare giustificato il timore di quella dottrina che contesta che un modo così imprevedibile di operare offusca vieppiù la dimensione oggettiva del sindacato costituzionale, formalmente di mera legittimità ma, nei fatti, portato a debordare – anche se per ragioni contingenti – nel merito “politico” delle problematiche ad esso connesse.

Vero è anche che la specificità del caso concreto non permetteva – a mio parere – alla Corte di decidere diversamente, nemmeno nelle modalità auspiccate dalla dottrina⁶¹. Ciò, in particolare, perché nel caso alla mano esisteva una inestricabile connessione tra i profili sostanziali del diritto rivendicato e i profili di diritto processuale⁶², in quanto il potere di accertamento – e il connesso potere di sanzione – della Corte Costituzionale è funzionalmente vincolato ai limiti che incontra questo tipo di giurisdizione: essa, infatti,

declaratoria parziale di illegittimità costituzionale «nella parte in cui essa contemplava la punibilità della condotta di aiuto al suicidio anche in presenza di quelle peculiari condizioni indicate dalla Corte e illuminate dal caso». L'effetto pratico di questa soluzione decisoria sarebbe stato di scaricare sui giudici comuni l'onere di accertare *ex post factum* se il caso sottoposto alla loro giurisdizione si fosse integrato alle condizioni indicate *sub a) b) c) d)* dell'ord. n. 207/2018. Per ragioni meglio esposte nel prosieguo del presente contributo ritengo, nondimeno, che la soluzione escogitata dalla Corte meglio si prestasse a dare tutela effettiva ai malati nelle stesse condizioni di Antoniani e allo stesso tempo dare al Parlamento la possibilità di adempiere a quanto richiesto/dovuto. Similmente P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore*, cit., 4. Di «delega giurisprudenziale» deferita sul modello dell'art. 76 Cost. parla A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di quad. cost.*, 27 maggio 2019, 1.

⁶⁰ L'espressione è di R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit.

⁶¹ Cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 542. Sostiene l'Autore che la scelta di discostarsi dalle comuni regole processuali fosse dovuta alle specifiche (straordinarie) circostanze del caso concreto, e che si tratterebbe di una eccezione elevabile a nuova regola processuale.

⁶² In termini sostanzialmente analoghi M. D'AMICO, *Il “caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 1; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità*, cit. 476. Credo che si riferisca a questo aspetto, laddove invita a rifiutare una «lettura panprocessualistica della vicenda», anche P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato*, cit., 2.

se gode di “pieni poteri” quanto alla *pars destruens*, non è altrettanto libera di intervenire sulla *pars construens*, che rientra in larga parte nell’attività politica del Parlamento, e rispetto alla quale la Corte ha un limitato potere d’intervento.

La posizione della Corte nell’ambito della giustizia costituzionale si connota, in effetti, per la sua funzione rimediale, quale giudice che interpola la sua decisione in un contesto normativo generalmente già definito dal legislatore, operando essa come operatore di secondo grado che agisce in via successiva – su ricorso o eccezione di parte – perfezionando un prodotto frutto della concertazione politica⁶³. Rispetto a questo assetto di lavoro, il Giudice costituzionale incontra un duplice ordine di limitazioni allo scrutinio delle leggi: da un lato il vincolo al *petitum* per come formulato dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rimessione; dall’altro la ristrettezza degli strumenti manipolativi di cui dispone per intervenire sul testo di legge (c.d. «significante»), che deve già esistere *in tabulis*⁶⁴. Una legge, in altre parole, è necessario che già esista nell’ordinamento oggettivo affinché il suo «giudice naturale» possa manipolarla al fine di ristabilire la legalità costituzionale, poiché esso non gode della legittimazione politica per farsi *conditor legis* al pari del Parlamento.

L’assetto formale delle funzioni degli organi costituzionali definito nella Carta non esclude, peraltro, che vi possano essere evoluzioni nella maniera in cui rispettivamente si coadiuvano: il binomio Corte Costituzionale-Parlamento designa un rapporto non di reciproca commutabilità, ma di «sussidiarietà funzionale», nel senso che la prima è, di regola, tenuta ad intervenire allorché le dinamiche che affliggono il secondo si ripercuotono in maniera patologica nella gestione del conflitto tra contrapposte istanze che legittimamente auspicano riconoscimento. Appartiene alla fisiologia della democrazia costituzionale che ciascun conflitto sociale trovi composizione nell’ambito della concertazione politica (dunque, in Parlamento)⁶⁵, e tuttavia la dinamica costituzionale degli ultimi anni non fa che confermare che quel meccanismo di contrattazione non sembra più funzionare, con la conseguenza che il conflitto si è spostato dalla sede politica al fronte giudiziario, importando un sempre maggior coinvolgimento della Consulta in questioni politicamente connotate.

La posizione della Corte nello scacchiere istituzionale muta perciò a seconda del modo in cui essa si rapporta agli altri attori dell’ordinamento, in un gioco di ruoli nel quale l’elemento dirimente (e variabile) è come la Corte interpreta la propria funzione di garanzia quando si fa portatrice di determinate istanze. Le sue sollecitazioni non possono rimanere indifferenti agli altri attori dell’ordinamento, poiché il tono e la direzione impressa all’azione politica da ciascuna pronuncia fanno sì che la decisione sia percepita vuoi come forma di correzione/collaborazione, vuoi come forma di

⁶³ Sulla differenza tra il riconoscimento dei diritti per via politica e per via giurisprudenziale insiste, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, e anche in R. BIN, *Il giudice*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, Special Issue n. 2, 187 ss.

⁶⁴ Deve, del resto, ricordarsi che, a dispetto dei tentativi che alcuni autori hanno fatto per cercare un rimedio alle omissioni del legislatore, nell’ordinamento italiano non esistono dei veri e propri strumenti tramite i quali dare “esecuzione” alle sentenze nelle quali la Corte Costituzionale individua una carenza di legislazione. Lo ricorda anche, da ultimo, R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 22.

⁶⁵ R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 1, 19 ss.

concorrenza e/o invasione nell'esercizio di prerogative altrui⁶⁶. Ciascuna tipologia di decisione è capace di veicolare messaggi di natura ottativa che implicitamente sollecitano, da parte dell'interlocutore, una risposta ad un bisogno socio-culturale e politico-istituzionale.

L'apporto creativo della Corte nell'opera di epurazione della legislazione incostituzionale è, dunque, una verità che non dovrebbe destare scalpore, da un lato perché – come già ricordato – il modello kelseniano del «legislatore negativo» è un prototipo ideato in un momento storico che precede le democrazie mature di età post-bellica; dall'altro, perché le esperienze europee di giustizia costituzionale confermano la tendenza normo-creativa della loro giurisprudenza. In simili casi, la decisione della Corte non si risolve in un intervento meramente annullatorio del dispositivo di legge, ma si impreziosisce di un apporto ulteriore che orienta verso precise scelte di principio, quantunque estranee all'agenda politica della maggioranza di governo⁶⁷. Ragione per cui è sempre opportuno che il Giudice delle leggi faccia un uso prudente delle proprie tecniche di decisione⁶⁸, non rinunciando a quella *modesty* che si addice ad un organo giurisdizionale.

Cionondimeno, bisogna considerare le alternative che oggettivamente si prospettano alla Corte nella sua duplice veste di giudice dei diritti e dei conflitti: decidendo di propendere per l'una o per l'altra istanza, la Corte esprime un ordine di priorità tra valori costituzionali concorrenti, bilanciandoli in modo che nessuno di essi risulti interamente soddisfatto o frustrato. Nel “caso Cappato”, la Corte ha ritenuto di dover “calcare la mano” ed assumersi la responsabilità di rispondere alla domanda di giustizia, nella consapevolezza che una risposta politica non sarebbe (presumibilmente) arrivata. E lo ha fatto dando seguito alle aspettative che aveva nel frattempo fatto insorgere nella società civile, dichiarando *in parte qua* la illegittimità dell'art. 580 c.p.⁶⁹

Ma qual era l'aspettativa che gravava sul Parlamento? Come risaputo, l'incostituzionalità della disposizione era già stata prospettata⁷⁰, e le condizioni elencate nell'ordinanza n. 207/2018 sono state definitivamente recepite nella sentenza n. 242/2019. La *quaestio* sul diritto al suicidio assistito era già stata ampiamente risolta

⁶⁶ Nel caso di specie la Corte si è, infatti, riservata di approntare essa stessa un «seguito giurisprudenziale» per il caso in cui non vi avesse provveduto per via legislativa il Parlamento. Cfr. R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., 348.

⁶⁷ Cfr. L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 194 (nt. 9-10) e 211 ss.

⁶⁸ In ottica comparata, il dialogo ricercato dal nostro Giudice costituzionale col Parlamento si ispira (per sua stessa ammissione) alla tecnica che, pochi anni prima, la *Supreme Court* canadese aveva impiegato per sollecitare una disciplina sull'assistenza medica a morire. Sul punto v. C. CASONATO-M. TOMASI, *Constitutional dialogues in Canada*, in AA.VV., *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 191 e ss.

⁶⁹ La Corte, infatti, si è fin da subito premurata di confermare la legittimità della scelta politico-criminale di sanzionare penalmente l'istigazione e l'aiuto al suicidio, pur inscrivendo la norma di cui all'art. 580 c.p. entro una nuova cornice valoriale, “depurata” dagli scopi di regime che essa assolveva ai tempi in cui era nata (1930). Sul *pattern* della “riabilitazione” di norme criminali di epoca fascista nella vigenza della Costituzione repubblicana v. M. D'AMICO, *Il “caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, cit., 3.

⁷⁰ Espressione impiegata dal Presidente della Corte G. LATTANZI, *Relazione del Presidente*, in www.cortecostituzionale.it, 21 marzo 2019, 12.

nella prima pronuncia: ho in altra sede sostenuto⁷¹ che la Corte nella ordinanza n. 207 ha ricavato il «minimo costituzionale» del diritto all'aiuto a morire, nel senso che le quattro condizioni là individuate definiscono i requisiti minimi in presenza dei quali quel diritto è sicuramente garantito nel nostro ordinamento. Le quattro condizioni sono state, in effetti, estrapolate *de deducto* dal caso concreto (non a caso i commentatori sono rimasti spiazzati dalla estrema «concretezza» del giudizio costituzionale⁷²), che presentava connotati estremamente emblematici rispetto ai casi e alle ipotesi in cui il suicidio assistito avrebbe dovuto essere legalizzato, ma solo per quel che concerne il suo «nucleo duro». Per questa ragione – a parere di chi scrive – le quattro condizioni hanno carattere esemplificativo, essendo tarate sul caso di specie, e non possono valere come “limite massimale”, valevole per tutti i casi astrattamente ipotizzabili.

La vicenda che aveva originato il processo principale esponeva plasticamente la profonda ingiustizia cui conduceva una applicazione irremovibile dell'art. 580 c.p.⁷³ La circostanza che la legge, di fatto, imponesse a Dj Fabo di vivere una vita non più voluta e a lui diventata irricognoscibile non poteva lasciare indifferente nessun giudice, e infatti la Corte è stata ben generosa a soprassedere rispetto alle (numerose) anomalie dell'ordinanza di rimessione⁷⁴: essa ha, infatti, prima “convertito” il parametro dell'art. 3 nell'art. 2 Cost.⁷⁵, poi ha aggiunto ai parametri di giudizio l'art. 32 Cost. (non evocato nell'ordinanza del giudice *a quo*)⁷⁶, ed infine ha “chiuso un occhio” dinanzi a un *petitum* che a rigore era *incipite*⁷⁷.

Il meccanismo della «sospensione condizionale del processo costituzionale con messa alla prova del Parlamento» mirava, se non altro, a stimolare una discussione seria sul fine-vita in seno a quest'ultimo. All'esito di questo tentativo di mediazione non andato a buon fine, la Corte Costituzionale si trovava di fronte al bivio di retrocedere rispetto al limite della discrezionalità del legislatore oppure di surrogarsi, per quanto di necessità, a questo. E la Corte ha ritenuto che, tra il valore dell'effettività dei diritti e quello del rispetto delle prerogative del legislatore, il primo prevale e merita la

⁷¹ Cfr. GIULIO BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento*, cit., 330.

⁷² Cfr. G. RIVOSECCHI, *Osserzioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile “seguito”*: una doppia pronuncia ritagliata sul caso concreto, in *Forum di quad. cost.*, 22 giugno 2019, 3, per il quale la soluzione della Corte è mossa dall'esigenza di «contemperare caso e questione», al fine di «minimizzare l'impatto ordinamentale rispetto ad una caducatoria secca».

⁷³ Del resto, come afferma A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 257, «proprio quelli *limite* sono i *casi decisivi*» (corsivi testuali).

⁷⁴ Sul “ruolo tutorio” della Corte Costituzionale nel rimediare alle imperfezioni della questione di legittimità costituzionale per come in origine formulata dal giudice rimettente v. C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla mortecit.*, 568.

⁷⁵ Cfr. Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 1 *rit. in fatto*, II° cpv.

⁷⁶ Cfr. M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte Costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Oss. sulle fonti*, 2018, 3, 6

⁷⁷ Cfr. P. ZICCHITU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, cit., 11; A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, cit., 9.

precedenza⁷⁸. Ciò però non sottende tanto una gerarchizzazione tra valori concorrenti, quanto un bilanciamento in termini di “costi” da parte della Corte: comunque questa avesse deciso, uno dei due valori avrebbe subito necessariamente una “perdita” o un “allentamento” nella sua cogenza, ma in definitiva si è ritenuto che il costo sarebbe stato maggiore, in termini di giustizia costituzionale, se la Corte avesse abdicato alla giurisdizione piena sui diritti a favore della discrezionalità del legislatore⁷⁹ (che questi non ha voluto, o non ha potuto, esercitare⁸⁰).

Ciò, comunque, non fa che confermare l’assunto poco sopra esposto: che, cioè, la Corte ha sentito la necessità di bilanciare tra il rispetto rigoroso delle regole processuali e le istanze di giustizia del caso concreto che, altrimenti, sarebbero state sicuramente disattese dal legislatore, a conferma che nell’ambito della giurisdizione di legittimità costituzionale le tipologie decisorie sono insuscettibili d’essere incasellate nel dualismo rigetto-accoglimento, dovendosi addivenire a soluzioni intermedie che meglio si prestino a dare una risposta equilibrata a tutte le istanze coinvolte, dando ascolto tanto alle ragioni dell’autorità quanto a quelle dell’individuo.

5. La legge sul consenso informato e le DAT (l. n. 219/2017) quale «punto di riferimento» già presente nel sistema per la disciplina del suicidio assistito: ovvero, di un rapporto di genere a specie. L’addizione della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale ritiene che l’ordinamento non sia totalmente sprovvisto di referenti logici ai quali richiamarsi per disciplinare il suicidio assistito, e ravvisa tale antecedente nella recente l. n. 219/2017, qualificata come «punto di riferimento»⁸¹ già presente nel sistema normativo.

A differenza della gran parte della dottrina che ha commentato le due pronunce Cappato, che vede nella l. n. 219/2017 nientemeno che il *tertium comparationis* sul quale appuntare il giudizio di ragionevolezza, si ritiene di dover meglio valorizzare le sfumature concettuali che la Corte si premura di fare. La Corte Costituzionale si è mostrata consapevole della non perfetta sovrapposibilità tra la desistenza terapeutica e l’aiuto al suicidio, e infatti ha dovuto introdurre dei correttivi specificamente riferiti alla seconda fattispecie (di cui, più avanti, sarà dato conto).

⁷⁸ Del medesimo avviso, nel senso cioè che il limite della discrezionalità del Parlamento vada sdrammatizzato rispetto all’enfasi che la stessa Corte ne dava in passato, anche M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 664.

⁷⁹ Critico invece R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 35, per il quale non sarebbe consentito alla Corte di bilanciare interessi di natura processuale con diritti/interessi di natura sostanziale, anche perché una operazione di questo genere comporta inevitabilmente un allentamento del vincolo al *petitum*, che è, tra l’altro, garanzia della «giurisdizionalità» dei criteri di decisione della Corte Costituzionale. Simile critica era già stata formulata in R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1901.

⁸⁰ L’argomento del «mancato esercizio delle proprie funzioni» per impossibilità politica o volontaria mancanza di iniziativa riecheggia, come noto, l’accusa con cui la Corte Costituzionale aveva seccamente respinto il ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato nel “caso Englaro” (ordinanza n. 334 del 2008).

⁸¹ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 5 *cons. in dir.*, IV° cpv.

Se la legge 219 fosse stata un vero e proprio *tertium*, la Corte non avrebbe avuto problemi ad estendere *tout court* il regime ivi previsto alla fattispecie irragionevolmente esclusa dalla legge, come pianamente accade nei giudizi parametrati sull'art. 3, co. 1 Cost. Al contrario, il *quid pluris* aggiunto dalla Corte conferma che la disciplina della l. n. 219 funge da «punto di riferimento» in quanto depositaria dei principi applicabili alle fattispecie di fine-vita in senso lato, nonostante la diversità ontologica che le separa⁸². Del resto, i profili oggetto di accertamento ed esecuzione nella procedura di suicidio assistito sono in parte diversi e ulteriori rispetto a quelli disciplinati dalla legge di paragone, dacché in caso contrario non si sarebbe resa necessaria la sospensione del processo costituzionale con delega *illico et immediate* al legislatore⁸³.

Nella sent. n. 236/2016 (nella quale si trattava della discrezionalità del legislatore nel modulare la dosimetria sanzionatoria tra fattispecie simili⁸⁴) – evocata dalla Corte quale precedente cui rifarsi rispetto al *pattern* decisorio – si legge che «*obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze*»⁸⁵, e che tale controllo è possibile a mezzo di una «valutazione relazionale» con altre norme o fattispecie che compongono il sistema. Per quanto due fattispecie incriminatrici non siano del tutto coincidenti (come era il caso trattato nella sentenza n. 236), e per quanto diverse siano le modalità nelle quali si realizzano, la Corte ritiene nondimeno che esse siano raffrontabili sulla base degli elementi che le accomunano, che meritano d'essere valorizzati alla stregua di un medesimo metro di valutazione: mirando entrambe a tutelare uno stesso bene giuridico, è consentito alla Corte di uniformare la metrologia sanzionatoria uniformando il grado di afflittività connesso alla sua violazione.

⁸² La mancanza di omogeneità tra due termini di paragone precludeva alla Corte, in passato, di procedere con il giudizio di ragionevolezza, in quanto contravveniva al dogma delle «rime obbligate», che aveva il pregio di definire in maniera abbastanza sicura il perimetro oggettivo del sindacato della Corte. Questa teoria è stata progressivamente superata dalla Consulta, ma continuava a resistere in un ambito nel quale il principio di legalità rappresenta la garanzia principe dei diritti: la materia penale. Con le «pronunce Cappato», la Corte Costituzionale ha incrinato il dogma delle «rime obbligate» anche in materia penale, con ciò sbandierando una nuova stagione di attivismo in cui la discrezionalità del legislatore non rappresenta più un limite invalicabile, (auto)legittimando future decisioni «ad alto grado di additività» pur in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata: così P. VERONESI, «*Ogni promessa è debito*», cit., 7; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza "rime obbligate"*, in *Oss. AIC*, 2020, 288 ss.

⁸³ Sul peculiare meccanismo della «delega giurisprudenziale» al legislatore v. A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di quad. cost.*, 27 maggio 2019, 1.

⁸⁴ Sul nuovo corso aperto dalla sentenza n. 236/2016 e sugli ultimi sviluppi, in relazione al problema delle rime obbligate in materia penale, v. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, ma anche R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2570 ss.

⁸⁵ Corte Cost., sent. 10.11.2016, n. 236, cons. in dir., § 4.4.

Il caso richiamato si riferisce ad un contrasto realizzatosi all'interno di uno stesso contesto normativo⁸⁶ (la legislazione penale), ma le risultanze raggiunte in quella sede valgono anche per il caso in cui il contrasto si verifichi tra valori positivizzati in diversi ambiti dell'ordinamento (come tra la legislazione civile e quella penale). Nel caso che qua si va discutendo, si trattava di sciogliere l'incongruenza esistente tra la l. n. 219/2017 e l'art. 580 c.p., che riservavano un trattamento giuridico completamente diverso alla volontà di morire del malato⁸⁷: essa è l'elemento che accomuna le due fattispecie, che riceve molta considerazione nell'una, nessuna invece nell'altra, senza una effettiva ragione che giustifichi tale disparità di trattamento⁸⁸.

A questo punto, dunque, l'opera della Corte appare necessaria e legittima. Ciò, peraltro, non vale a negare che le due fattispecie non si sovrappongono perfettamente. L'aiuto medico a morire è, infatti, cosa ben più problematica sul piano dei valori costituzionali. Sotto un primo profilo, si tratta di una pretesa al cui esercizio sono titolate solo alcune categorie di malati, quelli che versano nelle quattro condizioni elencate nell'ordinanza n. 207⁸⁹, mentre al contrario la l. n. 219/2017 ipostatizza principi che si applicano, in generale, a tutti i pazienti che entrano in relazione col medico, indifferentemente dalla loro condizione clinica. Sotto altro aspetto, la complessità della valutazione tecnica sottesa alla decisione di ammettere un malato al suicidio assistito presuppone oneri di accertamento e procedure di garanzia non previsti – o non sufficientemente disciplinati – nella legge n. 219⁹⁰.

La decisione di prestare assistenza professionale alla morte merita di essere presidiata da una procedura informata a valori pubblicistici, in quanto atto dalle

⁸⁶ In questo caso, addirittura, si applica il principio di ragionevolezza all'interno di una medesima fattispecie di reato. Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 267.

⁸⁷ In sostanza, l'intervento additivo sposta il centro di gravità della questione dall'autista (colui che è stato incriminato per il reato di cui all'art. 580 c.p.) all'aspirante suicida (colui che legittimamente ha esercitato il diritto a morire con dignità, anche nelle forme dell'aiuto prestato da terzi). Cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato*, cit., 4; G. BATTAGLIA, *Forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018)*, in *attesa della pronuncia che verrà*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2019, 1, 161; B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018*, cit., 4; G. CAMPANELLI, *Quali le possibili motivazioni di una sentenza sul merito della Corte, a fronte di un legislatore silente*, in *Forum di quad. cost.*, 29 giugno 2019, 4.

⁸⁸ Ne è conferma il fatto che il percorso argomentativo seguito dalla Corte per legalizzare, a certe condizioni, il suicidio assistito parte dal presupposto che questo sia un riflesso del principio di autodeterminazione terapeutica ex art. 32, co. 2 Cost. (cfr. M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte Costituzionale e Parlamento*, cit.).

⁸⁹ Non si tratta, quindi, di una indiscriminata liberalizzazione dell'aiuto al suicidio, ma una limitatissima eccezione per i malati che versano in «specifici contesti biomedicali di fine-vita», così F. G. PIZZETTI, *L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del "caso Cappato", e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un'agonia lenta e non dignitosa*, in *BioLaw Journal*, 2019, 3, 159.

⁹⁰ Non è nemmeno chiaro il ruolo effettivamente svolto dalla l. n. 219/2017 nel processo dinanzi alla Corte. Ma mentre in alcuni passaggi dell'argomentazione della Corte la legge sembra assurgere a *tertium comparationis* per la regolamentazione del suicidio medicalmente assistito, in altri la stessa legge sembra diventare oggetto effettivo del sindacato di legittimità costituzionale (accanto all'art. 580 c.p.), la cui disciplina «realizza una disarmonia irragionevole, o meglio una disparità di trattamento tra malati in condizioni analoghe»: così F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato*, cit., 3. Che la l. n. 219/2017 non possa fungere da *tertium comparationis* rispetto alle vicende omologhe a quelle di Dj Fabo si veda pure P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore*, cit., 6, per il quale è più corretto parlare di un «apparentamento tra situazioni che presentano un significativo vallo di separazione».

implicazioni irriducibili ad una mera «questione privata». Sul piano delle categorie civilistiche, la fattispecie del diritto a ricevere aiuto medico a morire potrebbe definirsi «a formazione progressiva», e si perfeziona grazie al concorso di plurimi fattori, alcuni di natura oggettiva (la irreversibilità, allo stato delle conoscenze scientifiche, della patologia fisica o psicologica; la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale), altri di natura soggettiva (l'incapacità personale a tollerare il male fisico o psicologico cagionato dalla malattia; la persistente capacità di prendere decisioni libere e consapevoli), ciascuno dei quali deve essere asseverato da un organo certificatore terzo e imparziale, provvisoriamente individuato dalla Corte nei comitati etici territorialmente competenti⁹¹.

Alle quattro condizioni espressamente enunciate in motivazione sembra debba aggiungersene un'altra, implicitamente già presupposta nelle maglie della motivazione dell'ord. n. 207/2018⁹², ma che fa una comparsa “a piede teso” nella sent. n. 242/2019 quando si dispone sul «pregresso»⁹³: la Corte, infatti, precisa che la non punibilità delle condotte poste in essere prima della pubblicazione della sentenza si estende ai fatti anteriori, nei quali *«l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti»*⁹⁴. Tra queste si indica anche la condizione *«che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime [alle sue condizioni di salute, ndr], sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione palliativa profonda»*⁹⁵. Pertanto, un ulteriore requisito necessario⁹⁶ affinché il medico sia tenuto esente da responsabilità penale è che abbia esposto al richiedente l'alternativa di una morte per desistenza accompagnata da sedazione continua del dolore, modalità che potrebbe essere già ritenuta dal malato conforme alla propria concezione di dignità. La

⁹¹ Sul problema della “competenza” dei Comitati etici a rendere tale parere v. 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 *Oss. AIC*, 2020, 1, 294 ss.

⁹² La Corte Costituzionale, nella ordinanza n. 207 del 2018, al § 10 del cons. in dir., VIII° cpv., ammoniva il legislatore che *«Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente»*.

⁹³ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 7 cons. in dir.

⁹⁴ *Ibidem*, § 7 cons. in dir., IV° cpv.

⁹⁵ *Ibidem*, § 7 cons. in dir., V° cpv.

⁹⁶ Non è invece chiaro nella sentenza se il percorso di cure palliative debba immancabilmente essere praticato al malato, salvo poi permettere a questi di accedere al suicidio medicalmente assistito, oppure debba essergli solo prospettato in via di ipotesi. Sul punto P. VERONESI, *“Ogni promessa è debito”*: la sentenza costituzionale sul “caso Cappato”, in *www.giustiziansieme.it*, 11 dicembre 2019.

morte per suicidio assistito deve, in definitiva, essere l'*extrema ratio* da praticarsi solo qualora il malato abbia espressamente scartato le altre strade ammesse dalla legge⁹⁷.

Ai profili strettamente procedurali si aggiungevano, inoltre, altre connesse questioni rispetto alle quali la Corte aveva riconosciuto un margine di discrezionalità per il legislatore. Mi riferisco, in particolare, alla individuazione delle strutture sanitarie legittimate a prestare il servizio suicidiario e alla possibilità di riconoscere al personale sanitario il diritto all'obiezione di coscienza.

Sotto il primo profilo, la Corte ha ritenuto che in assenza di una previsione espressa di legge il suicidio medicalmente assistito debba rimanere un servizio prestato esclusivamente dalle strutture sanitarie appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale, sull'assunto che le strutture pubbliche sono – in assenza di procedure di garanzia nella

⁹⁷ Questa gradazione di tecniche è, a mio parere, espressiva di un ordine di preferenza tra modalità d'esercizio della libertà d'autodeterminazione terapeutica che si impone in base alla definizione di dignità in senso oggettivo. Le questioni di legittimità costituzionale che la Corte si trovava a dover affrontare ruotavano, in fin dei conti, attorno al ruolo da riconoscersi alla dignità nel contesto dei diritti e delle libertà personalissime, che pongono l'uomo in rapporto all'opinione che esso ha di se stesso. La Costituzione italiana non dà una definizione di «dignità», e utilizza questa categoria per assegnare contenuto assiologico al valore «persona», che certamente ha primazia assoluta tra i beni di rango costituzionale. In generale, il «sistema nervoso» della nostra Costituzione è programmato in modo tale da ritagliare al singolo una sfera di immunità dall'intrusione dello Stato e di altri poteri estranei alla sua volontà nel processo di autodeterminazione. Apparentemente, dunque, la Carta Costituzionale sembra accogliere una definizione di dignità in senso soggettivo (così anche G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in *Forum di quad. cost.*, 28 giugno 2019, 1 ss.; P. VERONESI, «Ogni promessa è debito», cit., 3), quasi fosse un contenitore che viene poi di volta in volta riempito mediante l'apporto del patrimonio biografico e culturale del singolo individuo. Questa concezione è stata tuttavia rigettata, nella sua radicalità, dalla Corte Costituzionale, la quale ha ribadito nella ordinanza n. 207/2018 che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è, in principio, giustificata dalla legittima finalità di perseguire tutte le condotte che attentano alla vita della persona umana, considerata un «valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi» (Corte Cost., ord. n. 207/2018, § 6 cons. in dir., III° cpv.). La Corte Costituzionale ha, quindi, ragionevolmente ripudiato la prospettiva proposta dalla Corte rimettente, che deduceva *tout court* la illegittimità dell'art. 580 c.p. perché, asseritamente, impediva l'esercizio incontrastato del diritto all'autodeterminazione individuale; al contrario, la Corte Costituzionale ribadisce che l'art. 580 c.p. è «funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento» (*ibidem*, § 6 cons. in dir., II° cpv.): la realtà dimostra che in numerose occasioni e circostanze l'individuo è, in concreto, incapace di autodeterminarsi perseguendo il proprio bene, e sono proprio quei casi per i quali la Costituzione prevede il presidio solidaristico del sostegno della pubblica autorità, «anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita» (*ibidem*, § 6 cons. in dir., VI° cpv.). Casi ed esperienze che mettono in dubbio il paradigma libertario basato su una «concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (*ibidem*), e che, se ignorate dalla legge, spingerebbero agevolmente la Corte Costituzionale a dichiararne la illegittimità per irragionevolezza ex art. 3, co. 1 Cost. (se non addirittura perché quel «velo d'ignoranza» impedirebbe alla legge di attuare il fine ex art. 3, co. 2 Cost., di rimuovere gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana). Se, allora, la gradazione tra tecniche volte a conciliare la morte è funzionale a trovare un punto di raccordo tra la dignità in senso soggettivo (intesa come libertà di autodeterminarsi) e la dignità in senso oggettivo (intesa come preservazione del contenuto minimo intangibile di cui giammai la persona può spogliarsi, o essere spogliata) è dato supporre che, nell'inflessibile indeterminatezza delle disposizioni costituzionali, la Corte abbia voluto ribadire che non incombe sullo Stato alcun dovere d'azione che comporti la morte di un uomo, a meno che la morte per suicidio assistito non rappresenti l'*extrema ratio* cui il malato sia giunto dopo aver vagliato ogni altro percorso alternativo. Secondo C. TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, in *BioLaw Journal, Special Issue* 2019, 2, 413, il ruolo da riconoscersi alla dignità viene in qualche modo bypassato nella sent. n. 242/2019, a differenza della ord. n. 207/2018 nella quale era invece centrale.

selezione di strutture private, come ad es. meccanismi di autorizzazione – quelle più indicate a fornire il relativo servizio in maniera avulsa da interessi di ordine (prevalentemente) economico⁹⁸. Ciò, comunque, non osta a che il Parlamento in futuro possa disporre diversamente.

Quanto, invece, alla questione inerente alla possibilità, per il personale medico, di fare obiezione, nella sentenza n. 242 la Corte la prevede esplicitamente, in ciò innovando rispetto alla disciplina della l. n. 219/2017. Se è vero, come nota autorevole dottrina⁹⁹, che il diritto di obiettare del personale sanitario condiziona la prestazione dell'assistenza al suicidio alla libera disponibilità del professionista, non mi sembra tuttavia che la Corte (e, a mio parere, nemmeno il legislatore) avrebbe potuto fare diversamente. Essendo il diritto ad obiettare un diritto fondamentale in capo a coloro che si trovano a dover svolgere – in ragione della propria professione o rapporto di servizio – prestazioni contrarie alle proprie convinzioni personali di ordine morale o religioso, non è a mio parere ammissibile che non si riconosca il diritto all'obiezione quando si tratta di una pratica tanto controversa come il suicidio procurato¹⁰⁰, dal momento che il diritto all'autodeterminazione del malato incontra un naturale limite nel diritto del prestatore a mantenere l'integrità della propria coscienza.

Su questo aspetto, quindi, l'innovazione era d'obbligo, perché l'orizzonte avuto di mira dalla l. n. 219/2017 è ontologicamente e strutturalmente diverso rispetto all'oggetto della pronuncia della Corte. La legge disciplina infatti il rapporto medico-paziente nell'ottica di consolidare la concezione della relazione di cura come «alleanza terapeutica», in cui la prestazione del medico è mirata a curare la malattia, con lo scopo di riportare la persona ad una condizione di completa salute fisica e psichica. Anche nel caso in cui il decorso della malattia sia inarrestabile, e l'esito fatale inevitabile, la relazione definita nella l. n. 219 è pur sempre finalizzata alla cura della vita, contribuendo a far sì che anche nell'approssimarsi della morte la persona viva gli ultimi momenti della propria esistenza in maniera dignitosa, magari servendosi delle cure palliative e della terapia del dolore *ex* L. n. 38/2010¹⁰¹. La legge, però, non autorizza il

⁹⁸ Analogamente a quanto aveva già stabilito in passato quando aveva ammesso la diagnosi genetica preimpianto. Cfr. I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità*, cit., 480.

⁹⁹ Critica sul punto M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 301, per la quale si tratterebbe, così ragionando, di un «diritto fondamentale subordinato alla "coscienza" del medico», di una «coscienza che avrà potere sul diritto di una persona, che, oltretutto, si trova in una condizione di estrema fragilità». Del medesimo avviso anche P. VERONESI, «Ogni promessa è debito», cit., 9.

¹⁰⁰ Che l'obiezione di coscienza fosse un elemento solo eventuale della disciplina normativa del suicidio medicalmente assistito è l'opinione invece di E. ROSSI, *L'ord. n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, cit., 6.

¹⁰¹ Mentre le «cure palliative» sono definite come «l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici» (art. 2 lett. a) della l. n. 38/2010) e sono specificamente previste per il malato in condizione terminale, la «terapia del dolore» è «l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore» (art. 2, lett b) della l. n. 38/2010). La l. n. 38/2010 e la l. n. 219/2017 avrebbero, dunque, introdotto un preciso obbligo per il medico di «difendere» il malato dal dolore provocato dalla patologia da cui è affetto, obbligo che se disatteso comporta la sua chiamata in responsabilità per

medico a porre in essere azioni che, in via diretta o indiretta, siano causa (co)efficiente della morte del paziente¹⁰².

Nell'ammettere il suicidio assistito si finisce per anettere al rapporto terapeutico una prestazione estranea alla cura, che ha di mira non il mantenimento in vita ma l'induzione della morte¹⁰³. Si tratta di una differenza essenziale per quanto concerne i risvolti della coscienza, a nulla rilevando che ciò avvenga per scopi pietosi o nell'interesse del paziente: il diritto all'obiezione deve misurarsi, infatti, non secondo la teleologia finale dell'azione in relazione alla quale si rivendica l'astensione (e, quindi, nell'ottica di fare il bene del paziente e di rispettare la sua volontà), ma alla stregua del sistema di valori che il professionista accoglie e fa proprio.

6. Tra diritto processuale e diritto sostanziale: l'opportunità della nuova tecnica decisoria

Risulta ora chiaro lo stretto collegamento tra profili processuali e di merito cui poco sopra facevo riferimento, in una combinazione che nel presente caso vede le ragioni sostanziali antecedere (e prevalere) sugli ostacoli di ordine processuale, che avrebbero altrimenti condotto la Corte a dover dichiarare la questione inammissibile¹⁰⁴.

I Giudici costituzionali si sono trovati ad un guado difficilmente superabile, perché la «situazione normativa» sulla quale erano chiamati ad intervenire abbisognava di una manipolazione altamente creativa, tale per cui la perimetrazione della fattispecie penale avrebbe dovuto accompagnarsi alla creazione *ex nihilo* di una nuova fattispecie civilistica, una nuova figura di diritto (una specie di diritto potestativo, ma limitato nel suo contenuto facoltizzante da circostanze di ordine oggettivo) che legittimasse il malato a ricevere aiuto medico al suicidio. Tale nuovo diritto, facendo la sua comparsa come una creazione pretoria della Corte Costituzionale, necessita(va) di una compiuta

«procurato danno da sofferenza». Su questi profili cfr. C. TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, cit., 408.

¹⁰² *Contra* G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 12, per la quale la l. n. 219/2017 si presterebbe già ad applicazioni eutanasiche.

¹⁰³ Per tale ragione, secondo B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018*, cit., 6, la previsione della clausola di coscienza conferma la bontà della tesi secondo cui la prestazione in questione si porrebbe comunque al di fuori del rapporto di cura tra il medico e il paziente, e non sarebbe pertanto da qualificare come «pratica terapeutica». Nello stesso senso, ma con toni assai più critici verso la soluzione della Corte, G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forum di quad. cost.*, 9 giugno 2019, 1. Sotto altro profilo, è stato sostenuto da C. TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, cit., 417 che la possibilità di obiettare conferma che la richiesta di aiuto al suicidio non assurge a un vero e proprio diritto assoluto, appunto perché ad esso non corrisponde un correlato dovere di prestazione in capo a terzi. Personalmente ritengo – anche se non mi è possibile approfondire la questione in questa sede – che questo argomento sia errato, perché la qualificazione di una situazione giuridica soggettiva non dipende tanto dall'assenza o meno di un opposto diritto/dovere in capo a terzi, quanto piuttosto dalla formulazione della disposizione normativa e dal contenuto che alla norma venga riconosciuto sulla base dell'indirizzo politico attuato dal legislatore nel momento in cui si è determinato a riconoscerla.

¹⁰⁴ Sulla rivisitazione parziale della q.l.c. per come formulata dal Collegio milanese v. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e nuovi diritti: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2019, 6, 4.

regolamentazione da parte del legislatore ordinario, che fosse in grado di mediare adeguatamente – bilanciandole – le diverse (e potenzialmente confliggenti) istanze di tutti i soggetti coinvolti: il diritto del malato ad ottenere l'aiuto richiesto, la garanzia per il professionista di rimanere impunito in caso di prestata collaborazione, il diritto del personale sanitario a rifiutare la prestazione se contraria alle proprie convinzioni etiche, la pretesa dello Stato ad una attuazione rigorosa e sorvegliata del diritto *de quo*, conformemente alle prescrizioni di legge.

La regolamentazione che la Corte si attendeva con il rinvio alla nuova udienza del 24 settembre 2019 avrebbe dovuto investire un duplice aspetto: da un lato, la determinazione dei presupposti e delle condizioni in presenza delle quali la richiesta suicidiaria potesse essere accolta; dall'altro, la predisposizione di una procedura per *step* progressivi diretta all'attuazione dell'intento suicidiario¹⁰⁵.

Le quattro condizioni elencate nell'ordinanza n. 207/2018, secondo l'opinione più corretta, sono da intendersi vincolanti solo per quel che attiene al «contenuto minimo» del diritto a ricevere assistenza al suicidio (sebbene in una maniera che si presta a far insorgere altre controversie innanzi la Corte, visto che le condizioni elencate creano meccanismi di inclusione/esclusione questionabili sotto il profilo dell'uguaglianza¹⁰⁶), mentre lasciano libero il legislatore di modularle diversamente secondo propri apprezzamenti politici¹⁰⁷. L'intervento legislativo, sotto questo aspetto, non era dunque di per sé urgente, perché il varco aperto dai giudici costituzionali era sufficiente a condizionare nella maniera auspicata il processo principale da cui era partita la q.l.c.

Il rinvio a nuova udienza con monito al Parlamento è stato, allora, disposto soprattutto perché venisse sollecitamente approvata una legge che introducesse presidi e cautele nell'interesse degli aspiranti suicidi, affinché l'aiuto al suicidio fosse prestato esclusivamente ai soggetti realmente intenzionati a morire, e non anche a coloro che vi si fossero determinati per ragioni di difficoltà, minorità o isolamento risolvibili con interventi di assistenza sociale. Esigenza ribadita dalla Corte in conclusione alla sent. n. 242/2019¹⁰⁸, e che nell'ord. n. 207/2018 aveva richiamato precisando che «è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili

¹⁰⁵ Cfr. P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato"*, cit., 3; nello stesso senso anche U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 43-44.

¹⁰⁶ Il problema è dato, in specie, dal requisito dei «trattamenti di sostegno vitale», che la Corte ha espressamente sancito sulla base delle condizioni cliniche di Dj Fabo ma che, *re melius perpensa*, potrebbe dar luogo a intollerabili disparità di trattamento tra persone affette da patologie diversamente invalidanti. Non si dimentichi che la pronuncia della Consulta ha reso legittimo il solo suicidio assistito, sicché il malato che richieda assistenza deve essere in grado di attivare da sé il meccanismo di iniezione letale. Questo comporta una discriminazione verso coloro i quali, a causa della propria invalidità, non sono nemmeno in grado di muovere la bocca o le dita, avendo bisogno di ricevere assistenza sotto forma di eutanasia attiva. Cfr. C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2018, 1, 18.

¹⁰⁷ Sembra aderire a questa interpretazione anche E. ROSSI, *L'ord. n. 207 del 2018*, cit., 6. Nello stesso senso, confrontando alcune proposte di legge depositate alla Camera dei Deputati, anche O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. AIC*, 2020, 1, 385.

¹⁰⁸ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, cons. in dir., § 9.

situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)»¹⁰⁹.

A fronte di queste difficoltà, e avendo già tenuto in conto di rimanere inascoltata (*repetita iuvant!*), la Corte ha cercato di rimediare a monte sperimentando una nuova tecnica di decisione. Grazie ad essa la Consulta, da un lato, abbandona – o quantomeno affievolisce – il dogma della discrezionalità del legislatore, stabilendo che i diritti della persona hanno precedenza rispetto ad essa; dall’altro, “concede” in via preferenziale al Parlamento di esercitare la sua funzione, pur nell’arco di un limitato spazio di tempo (undici mesi). La Corte affida all’ordinanza le statuizioni sul merito della q.l.c., accertando ma non dichiarando il *vulnus* provocato dalla normativa indubbiata, mentre alla sentenza riserva (oltre alla dichiarazione formale di incostituzionalità, con tutti gli effetti *ex art. 136 Cost.*) un ruolo di supplenza dell’auspicato intervento parlamentare, allo scopo di rendere il diritto immediatamente esercitabile. La funzione suppletiva viene assicurata provvedendo un «seguito giurisprudenziale» in luogo del classico «seguito legislativo», ad efficacia cedevole ed – eventualmente – provvisoria¹¹⁰.

Convincentemente, quindi, è stato affermato¹¹¹ (prima della seconda udienza) che l’ordinanza n. 207 assomiglia, per la sua peculiare struttura e per la valenza sostanzialmente decisoria, alle «sentenze di condanna generiche» *ex art. 278 c.p.c.*, che possono venir impiegate «quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la prestazione dovuta» (cit. testuale). La Corte, in effetti, aveva già riconosciuto «in via provvisoria» la fondatezza costituzionale di quella pretesa e il contenuto minimo di essa, senza escludere che possano ammettersi previsioni di maggior favore rispetto a chi, come e quando può esservi titolato. In questo caso, il *quantum* di cui all’art. 278 c.p.c. non si riferisce, evidentemente, ad una prestazione di natura patrimoniale, ma alla latitudine di coloro che sono titolati a quel diritto e alle sue caratteristiche strutturali, che permettono in astratto di “quantificare” le occasioni e le circostanze nelle quali il diritto può venir esercitato.

Trasposta tale tipologia di decisione nel contesto della giustizia costituzionale, il suo impiego non può che avvenire nell’ambito di una contesa di accertamento sui diritti fondamentali, in particolare in tema di «nuovi diritti»¹¹², rispetto ai quali sia necessario un intervento legislativo di attuazione e – visto lo specifico ambito al quale ineriscono e nel quale si realizzano – una disciplina di bilanciamento sia assolutamente necessaria. L’evoluzione sociale e tecnologica comporta, del resto, l’emersione di nuove istanze e rivendicazioni, che se non trovano riconoscimento per via politica, sovente emergono per via giurisprudenziale: si pensi al diritto all’aborto¹¹³, all’obiezione di coscienza¹¹⁴, all’identità di genere¹¹⁵, per citarne solo i più noti. Ma un riconoscimento occasionale ad opera della giurisprudenza non è in grado di soddisfare l’esigenza che sia introdotta una

¹⁰⁹ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, cons. in dir., § 6, VI° cpv.

¹¹⁰ Come correttamente affermato da R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit.

¹¹¹ Cfr. J. LUTHER, *Corte “incappata”?*, in *Forum di quad. cost.*, 3 luglio 2019, 3.

¹¹² Su cui sono ancora attuali le pagine di F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 13 ss.

¹¹³ Corte Cost., sent. 18.02.1975, n. 27.

¹¹⁴ Corte Cost., sent. 24.05.1985, n. 164.

¹¹⁵ Corte Cost., sent. 06.05.1985, n. 161.

disciplina che definisca come e quando quei diritti possono essere esercitati, sicché l'intervento del legislatore è un completamento necessario per bilanciare la pluralità di interessi che vicendevolmente si interfacciano in ambiti così innovativi dell'azione umana.

Questa spiegazione ha il pregio di valorizzare la stretta interconnessione tra profili processuali e di merito cui accennavo poc'anzi, che discende in poche parole dal fatto che la Consulta è istituzionalmente chiamata a svolgere un ruolo di garanzia della legalità costituzionale nel suo complesso, ma è funzionalmente limitata negli strumenti di cui può servirsi per rimediare ai vizi o alle lacune della legislazione sottoposta al suo scrutinio.

7. Il problema della natura e del valore giuridico della ordinanza n. 207 del 2018

Veniamo adesso al profilo della natura giuridica dell'ordinanza. È stata giustamente evidenziata in dottrina la anomalia di un atto formalmente interlocutorio, che veste la forma di ordinanza ma si presenta nella sostanza (e anche nella strutturazione interna¹¹⁶) come una sentenza¹¹⁷, che accerta l'incostituzionalità di una norma di legge senza però dichiararla¹¹⁸, che rimette la questione controversa in prima battuta al Parlamento, ma si rivolge nell'immediato anche ai giudici, e che sebbene non abbia carattere definitivo (né formalmente cogente per i soggetti istituzionali chiamati ad applicare la legge) ha già di fatto fortemente impattato sul diritto oggettivo, imponendo di sospendere l'applicazione della disposizione penale, ricorrendo le condizioni di cui all'ordinanza¹¹⁹. A ragione della sua inedita natura, il regime giuridico dell'ordinanza n. 207 deve essere determinato tenendo conto, complessivamente, della tecnica decisoria nella quale si iscrive: essa non è un provvedimento meramente interlocutorio, ma una specie di sentenza di accoglimento parziale, non rappresenta un momento isolato della dinamica endo-processuale, bensì un nucleo decisorio «allo stato dello sviluppo processuale» che prelude ad un successivo provvedimento a definizione dell'incidente di costituzionalità.

L'ordinanza n. 207 potrebbe, sotto certi aspetti, ascrivere a quelle che Claudio Panzera definisce «sentenze miste», cioè a quelle «*pronunce nel cui dispositivo sono*

¹¹⁶ Cfr. U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., 3.

¹¹⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere*, cit.

¹¹⁸ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte Costituzionale*, cit.; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., 3; P. VERONESI, *Un'incostituzionalità solo "di fatto" del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del "caso Cappato"*, in *Studium Iuris*, 2019, 3, 277-278; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e nuovi diritti: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 4.

¹¹⁹ Per una critica di questo irrituale dispositivo di «non applicazione» pur in assenza di dichiarazione di incostituzionalità v. G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 4 e ss. Critico anche R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 13, il quale rimarca che l'ord. 207, al di là delle sue peculiarità, rimane una ordinanza, provvedimento che come tale è inidoneo a creare vincoli "disapplicativi" sui giudici comuni.

impiegate in modo congiunto plurime tecniche decisorie: additive e riduttive, manipolative del testo e degli effetti temporali, interpretative e additive di principio, e così via»¹²⁰, con l'unica differenza che si tratta di una ordinanza, e quindi di un provvedimento (formalmente) non decisorio. L'intuizione dell'Autore mostra, nel nostro caso, tutta la sua perspicacia: l'ordinanza in commento ha a) un effetto riduttivo, in quanto ridimensiona lo spettro applicativo della fattispecie penale; b) un effetto additivo, che vorrebbe essere di principio ma, di fatto, è sia di regola che di procedura, e suscettibile d'essere immediatamente applicato; c) un effetto interpretativo, in quanto fornisce ai giudici comuni una "bussola" per il caso in cui si trovassero – nelle more del rinvio a nuova udienza – a giudicare di vicende simili a quelle di Cappato; infine d) un effetto manipolativo degli effetti temporali, in quanto accerta ma non dichiara la incostituzionalità dell'art. 580 c.p., differendo l'effetto annullatorio tipico delle pronunce di accoglimento ad un momento successivo alla seconda udienza, nella speranza che fosse sopravvenuta una innovazione legislativa. L'effetto manipolativo riferito alle vicende pregresse deve ricondursi formalmente alla sentenza n. 242, e ciò è dovuto non tanto alla tecnica decisoria in sé e per sé, quanto al fatto che la decisione definitiva dispone a mo' di "seguito" giurisprudenziale quanto il Parlamento avrebbe dovuto prevedere in via legislativa.

Potrebbe parlarsi di una decisione *lato sensu* «additiva di principio»: da essa deriva, in effetti, «*un potere interinale per i giudici di riparare all'omissione nel caso concreto e un obbligo costituzionale per il legislatore di intervenire nella materia nonché la possibilità per la Corte di controllare l'adempimento, una volta che questo sia intervenuto*»¹²¹. Anche per quanto riguarda il vincolo al *decisum* l'effetto è simile a quanto accade nelle additive, in quanto «*per il Parlamento la portata additiva della sentenza risulta caratterizzata da un'efficacia eventuale ed in ogni caso differita*»¹²².

Ma questa spiegazione è, almeno in parte, fuorviante, in quanto descrive pianamente la situazione che si verifica nelle classiche additive, e trascura lo specifico «vincolo all'adempimento» che incombeva sul Parlamento a seguito dell'ordinanza n. 207: in questo caso la prescrizione additiva è anticipata fin dal momento monitorio per dettare i principi cui dovrà ispirarsi il successivo momento di elaborazione parlamentare, che perde il carattere della «eventualità» per assumere quello della «doverosità», ed è differito – si è detto – al solo scopo di consentire che si svolgesse il procedimento legislativo¹²³, per normare un ambito nel quale non possono ammettersi vuoti di disciplina. Non può dunque parlarsi di un semplice «monito», poiché si trattava

¹²⁰ C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Napoli, 2013, 217.

¹²¹ La citazione è di R. GRANATA, citato in L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, cit., 96.

¹²² L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi*, cit., 109, il quale accosta le sentenze additive di principio alle «sentenze interpretative di accoglimento a valenza multipla», la cui efficacia è non già di dichiarare la interpretazione da ritenere costituzionalmente illegittima, bensì di escludere tutte le soluzioni interpretative incompatibili con l'applicazione del principio costituzionale espresso in motivazione.

¹²³ Simile alla prospettazione da me proposta l'opinione di F. S. MARINI, *L'ordinanza "Cappato": la decisione di accoglimento parziale nella forma dell'ordinanza di rinvio*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019, 213, per il quale si tratterebbe di una decisione «ad incostituzionalità immediata e ad annullamento differito».

piuttosto di un «imperativo»¹²⁴, tanto morale quanto politico-costituzionale, al quale il Parlamento non poteva sottrarsi (se non al costo di vedersi surrogare nella funzione legislativa dalla Corte stessa)¹²⁵.

A rigore non può nemmeno parlarsi di «mero principio», perché il sèguito viene a tratti già puntualmente disegnato dalla Consulta. I principi da essa affermati erano praticamente già suscettibili di applicazione diretta da parte dei giudici comuni¹²⁶, ma ciò, se da un lato conferiva alla decisione la capacità di rimediare di per sé all'eventuale inerzia parlamentare, dall'altro scontava la possibilità che se ne dessero applicazioni differenziate, circostanza che la stessa Corte Costituzionale ha cercato di scongiurare fissando un termine al Parlamento per l'approvazione di una legge. Il legislatore era infatti mandato non solo ad assicurare l'effettività del diritto affermato, ma soprattutto a riscrivere la disposizione incriminatrice chiarendo i contorni della fattispecie a seguito dell'intervento manipolativo della Corte¹²⁷.

Quand'anche il Parlamento fosse intervenuto a modificare l'art. 580 c.p. conformemente alle indicazioni della Corte, l'esito sarebbe stato nei fatti simile, e cioè sostanzialmente caducatorio, a parte il fatto che nell'un caso sarebbe conseguito ad una declaratoria di incostituzionalità ad effetto annullatorio, nell'altro al sopraggiungere di una nuova normativa che, in quanto *lex mitior*, avrebbe retroagito rispetto alle fattispecie verificatesi in passato¹²⁸. Sta di fatto, comunque, che l'effetto parzialmente abrogativo sarebbe stato solo formalmente tale, poiché in verità recepiva il *decisum* dell'ordinanza, che in nessun caso avrebbe potuto essere eluso. Era dunque prevedibile che, in caso di mancato riscontro da parte del Parlamento, all'esito dell'udienza del 24 settembre 2019 la Consulta pronunciasse una sentenza ad effetto additivo-manipolativo¹²⁹.

¹²⁴ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 3, parla di un «monito dalla idoneità intimidatoria».

¹²⁵ A differenza di quanto sarebbe potuto avvenire ad es. nel sistema inglese, ove la *Supreme Court* ha il potere di dichiarare la difformità di una legge alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, senza tuttavia produrre effetti di natura ablativo-manipolativa sul diritto oggettivo, in omaggio al principio della *Parliamentary Sovereignty*. Sul punto v. M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di quad. cost.*, 1 dicembre 2018, 9.

¹²⁶ Cfr. P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 35. Nello stesso senso anche L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 3, 6.

¹²⁷ Perplessa sul «verso» della decisione G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., 7.

¹²⁸ Ciò, peraltro, non necessariamente avrebbe escluso la punibilità di Cappato, nel caso in cui la nuova legge si fosse limitata a modificare il disposto di legge senza introdurre un regime di intertemporalità per il passato che tenesse indenni da responsabilità penale coloro i quali avessero violato l'(abrogato) art. 580 c.p., ma non soddisfacessero le condizioni di esenzione di cui al nuovo art. 580 c.p. Con la conseguenza che il giudice *a quo* avrebbe dovuto sollevare nuova q.l.c. con riferimento alla mancata previsione di una disciplina *pro praeterito*.

¹²⁹ Come suggerito da P. VERONESI, *Un'incostituzionalità solo "di fatto" del reato di aiuto al suicidio*, cit., 277, a detta del quale l'ordinanza contiene «un'autorevole promessa di incostituzionalità del reato di aiuto al suicidio». L'Autore, nel successivo scritto a commento della sentenza n. 242/2019, scrive che l'accoglimento della questione era dovuta *in primis* per la Corte, poiché «ogni promessa è debito». Secondo R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 18 ss., una pronuncia di accoglimento non poteva dirsi scontata, da un lato perché un'ordinanza non crea alcun vincolo rispetto al giudice che la emette, dall'altro perché – secondo l'Autore – alla Corte era concesso anche di fare un passo indietro, e

La prescrizione *in iure* contenuta nell'ordinanza era inoltre, a parere di chi scrive, immediatamente vincolante anche per i giudici comuni, dovendo questi applicare *medio tempore* l'art. 580 c.p. «ai sensi di cui in motivazione» dell'ordinanza, tenendo esenti da responsabilità penale tutti coloro i quali avessero agito alle condizioni là individuate¹³⁰, e se del caso avrebbero dovuto, a loro volta, sollevare q.l.c. dell'art. 580 c.p.¹³¹ Anche senza sapere quale tipo di decisione la Corte avrebbe adottato all'esito della seconda udienza, le diffuse argomentazioni di diritto dell'ordinanza 207 non potevano considerarsi indifferenti per i giudici che affrontavano casi simili, e se anche si volesse negare l'efficacia vincolante dell'ordinanza (o, comunque, ritenerla solo *inter partes*), non mi sembra scorretto affermare che questa avesse quantomeno efficacia interpretativa, capace di indirizzare i giudici verso un'interpretazione riduttiva dell'art. 580 c.p., come aveva fatto nel recente passato la giurisprudenza di merito¹³². Il fatto che la Consulta non abbia subito optato per una sentenza interpretativa dimostra, comunque, che lo scopo perseguito andava oltre il caso di specie, ma questa circostanza nulla toglie alla efficacia ermeneutica immediatamente riconducibile all'ordinanza n. 207.

È vero che una simile spiegazione sembra artificialmente costruita, e crea una cesura illogica tra il tipo provvedimento e la sua efficacia vincolante, ma è anche vero che le caratteristiche del processo costituzionale sono irriducibili ai compartimenti stagni delle categorie tradizionali: la giustizia costituzionale si pone al limine tra il diritto e la politica, e i suoi canoni di decisione sono insuscettibili di ridursi ad un fatto meramente giurisdizionale. Mentre, del resto, le vicende processuali dei giudizi comuni (civili, penali, amministrativi) hanno una rilevanza limitata allo specifico contesto oggettivo e soggettivo che li originano (art. 2909 c.c.), il processo costituzionale è naturalmente portato ad avere un seguito in sede politica (soprattutto nel caso di

optare per una sentenza interpretativa (di rigetto o di accoglimento), o anche per una additiva pura e semplice, salvo poi la difficoltà a giustificare il rinvio a nuova udienza per la trattazione delle questioni (lo stesso Autore critica la dicitura «rinvio della trattazione», impiegato dalla Corte, dal momento che la trattazione nel merito c'era già stata). Sempre PINARDI ritiene, poi, condivisibilmente, che la Corte avrebbe potuto anche concedere, se del caso al Parlamento un nuovo termine per approvare l'agognata legge, disponendo un ulteriore rinvio dell'udienza, ma solo qualora un progetto di legge fosse stato in procinto di essere approvato, mentre in caso contrario (pur a fronte di un *iter* di discussione già avviato) sarebbe stato comunque corretto decidere definitivamente con sentenza sulla originaria q.l.c.

¹³⁰ A me sembra che un dovere di intervenire sia stato espresso a chiare lettere dalla Corte, altrimenti non avrebbe avuto senso che si lasciasse una cornice temporalmente limitata al Parlamento perché intervenisse. *Contra* G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 2, 3; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 573.

¹³¹ Nell'ordinanza n. 207 del 2018, al § 11, IV° cpv., scrive la Corte che «negli altri giudizi spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua». Qualunque fosse il dispositivo formale dell'ordinanza, risulta, secondo me, una precisa volontà del Giudice delle leggi di sospendere l'applicazione dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità» alle condizioni da essa elencate. Si tratta, in sostanza, di una delega ai giudici a comportarsi «come se» la parte sovrabbondante della fattispecie penale fosse già stata messa fuori gioco. Diversa la lettura di R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 12, che in considerazione del comportamento prudente della Corte ritiene che l'unica soluzione per i giudici comuni fosse di sospendere i processi e sollevare q.l.c.

¹³² App. Venezia, sent. 10.05.2017 (caso Tedde).

pronunce di accoglimento, ma non solo), come è dimostrato dal fatto che le sue decisioni devono essere comunicate alle Camere per le opportune attività consequenziali, essendo ciascuna decisione da apprezzarsi alla luce del dialogo che instaura con il potere politico.

Come si vede, le difficoltà dell'interprete a cogliere la reale natura dell'ordinanza n. 207 del 2018 sono sia di ordine formale che operativo, essendo impossibile cogliere l'innovatività di questa decisione se non si comprende il meccanismo di raccordo che la tecnica decisoria complessivamente instaura con gli organi politici. La sua valenza giuridico-istituzionale si apprezza alla luce del suo impatto sulla forma di governo¹³³, della «leale e dialettica collaborazione» tra Corte Costituzionale e Parlamento, che segna il passaggio dal momento dell'accertamento a quello dell'attuazione e/o esecuzione. Ciò è a maggior ragione vero se si considera che prima di questo momento non erano mai state elaborate forme così raffinate di dialogo e collaborazione.

Nel recente passato si era, in verità, già assistito ad un importante precedente nel quale la Corte Costituzionale si era sostituita al legislatore nell'apprestare un rimedio *ad hoc* onde far fronte ad una falla nella garanzia dei diritti: ci si riferisce alla sentenza n. 113/2011, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹³⁴.

La questione atteneva alla mancanza, nel codice di procedura penale italiano, di un rimedio effettivo che consentisse di riaprire la trattazione di un processo già definito con sentenza di condanna passata in giudicato, che la Corte EDU avesse in seguito giudicato «non equo». La Corte Costituzionale, adita in prima battuta, aveva dichiarato la questione non fondata (sent. n. 129/2008), ma aveva rivolto al legislatore un forte monito sottolineando la «improrogabile necessità di predisporre adeguate misure», volte a riparare le violazioni ai principi in tema di «equo processo», accertate dalla Corte EDU, conformemente a quanto richiesto dall'art. 46 CEDU (nella versione modificata dal Protocollo n. 14). Una volta che una nuova questione era stata sollevata, la Corte dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., prevedendo che tra le ipotesi

¹³³ L'attitudine della giurisprudenza costituzionale a sviluppare la forma di governo era già stata oggetto di discussione nel volume collettaneo AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, 1982, in particolare nei contributi di F. Modugno e G. Zagrebelsky. Con riguardo al caso che ci interessa v. A. CELOTTO, *Il caso Cappato "in controluce": la Corte costituzionale nella forma di governo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 2, che parla della Corte come di un «potere costituente permanente».

¹³⁴ Corte Cost., sent. 04.04.2011, n. 113, in dispositivo. Sul punto v. G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1542 ss.; G. REPETTO, *Corte Costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistematici*, in *ivi*, 2011, 2, 1548 ss.; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in *ivi*, 2011, 2, 1557 ss. Sul punto si vedano anche i contributi di G. CANZIO-R. E. KOSTORIS-A. RUGGERI, *Gli effetti dei "giudicati europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2011, 2, *passim*; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3308 e ss.

di revisione vi fosse il caso di condanna della Corte EDU per violazione del principio del giusto processo (c.d. «revisione europea»).

Di tal guisa, però, è evidente che la Corte non solo rimediava ad una mancanza della legge, ma individuava da sé una sede normativa ove inserire l'aggiunta: tale operazione, da un punto di vista giuridico, non era indifferente, in quanto implicitamente significava optare per un istituto (avente un suo regime giuridico) tra i tanti che astrattamente si prospettavano al Parlamento (ferma restando la discrezionalità del legislatore di intervenire in qualunque momento per introdurre un altro istituto che meglio si prestasse ad adeguare la legislazione italiana agli obblighi internazionali). In quell'occasione si trattava per la Corte di trovare un punto della legislazione vigente che si prestasse ad una addizione pura e semplice da parte sua, e che è stata, tutto sommato, innocua, atteso che la soluzione tecnica adottata dalla Consulta era «cedevole» e lasciava il legislatore libero di disporre diversamente (si noti che, ad oggi, la situazione è rimasta immutata).

Giova comunque rimarcare che, nel caso appena richiamato, la Corte non ha creato *ex nihilo* una nuova disciplina di legge. Nel “caso Cappato” il livello di creatività non ha precedenti ed è, senza mezzi termini, qualificabile come para-legislativo, o finanche co-legislativo¹³⁵: l'operato della Corte non si è, infatti, limitato ad un «aggiustamento» della legislazione vigente, ma ha per la prima volta previsto un «obbligo di legiferare» che spiana la strada ad una tecnica di legislazione co-prodotta, grazie alla combinazione sinergica dell'elemento normativo-additivo aggiunto dalla Corte e, per quanto «di spettanza», delle determinazioni discrezionali del Parlamento¹³⁶.

Un altro elemento inedito è che la nuova tecnica decisoria riserva alla Corte la possibilità di svolgere un controllo immediato astratto sulla legge eventualmente sopraggiunta. In simili ipotesi, la regola giustamente consolidatasi in passato era la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, affinché valutasse l'applicabilità della legislazione sopravvenuta al caso concreto, e quindi svolgesse una nuova valutazione della rilevanza. Si ritiene, tuttavia, che nell'ambito del nuovo modulo decisorio la regola della restituzione degli atti possa essere derogata, quantomeno nel caso in cui la legge eventualmente approvata avesse un contenuto prescrittivo immediatamente contrastante con le statuizioni di principio/regola elencate nell'ordinanza di rinvio dell'udienza: in tal caso, si tratterebbe di una violazione grave ed evidente dei «principi di diritto» espressi dalla Consulta, che si palesano tali al suo giudice anche a prescindere da una valutazione sulla rilevanza svolta dal giudice *a quo* (si tratterebbe, in sostanza, di una q.l.c. che la Corte Costituzionale solleva *omisso medio* davanti a sé stessa per «manifesta fondatezza», che non necessita di una valutazione in concreto della «rilevanza»). Così non sarebbe, invece, nel caso in cui la

¹³⁵ M. PANEBIANCO, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos*, 2020, 1, 9 ss.

¹³⁶ Questa tecnica di decisione si potrebbe definire «costituzional-transattiva», nel senso che rappresenta un metodo di spartizione delle attribuzioni tra organi che condividono – ciascuno a suo modo – potestà normativa. Tema che era già stato indagato da G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss. e, più di recente, da C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di Governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, 497 ss.

violazione non fosse «manifesta», nel qual caso s'impone la rimessione degli atti al giudice *a quo*.

La stessa Corte Costituzionale ha rinviato l'udienza per valutare «*l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela*»¹³⁷, dando ad intendere che le regole da essa elaborate sono vincolanti nei confronti del potere politico¹³⁸, e che nel caso di effettiva sopravvenienza della legge la questione originariamente prospettata sarebbe stata “trasferita” sulla «normativa di risulta». Questa, pertanto, non può essere frutto di una scelta politica puramente discrezionale, ma deve muovere dalle statuizioni dell'ordinanza n. 207, che funge da parametro interposto, al pari di una legge di delegazione, anche per qualsiasi futura legge che dovesse innovare sul fine-vita, sicché una legge che se ne discostasse sarebbe pianamente incostituzionale (si potrebbe dire, per violazione del «giudicato parziale»).

Inoltre, è noto che la Corte, in passato, ha già avallato ipotesi di scrutinio costituzionale in via astratta, rispetto a leggi non ancora applicate, e tuttavia palesemente in contrasto con principi già precisati in una precedente pronuncia¹³⁹, a dimostrazione che la strategia decisoria nel “caso Cappato” non sorge dal nulla, ma si inserisce in una linea d'evoluzione della giustizia costituzionale già da tempo in atto, quale reazione ad un fenomeno oramai evidente come la crisi del sistema parlamentare.

8. Conclusioni. Prospettive della nuova tecnica decisoria

Le considerazioni svolte in questo contributo non hanno la pretesa di divinare il futuro, ma muovono dalla convinzione che la nuova tecnica elaborata dalla Corte

¹³⁷ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, cons. in dir., § 11, IV° cpv.

¹³⁸ Quanto al problema della forza (auto)vincolante dei precetti dell'ordinanza verso la Corte, se una parte della dottrina si è espressa per la libertà della Corte Costituzionale, all'esito dell'udienza del 24.09.2019, di cambiare idea o di fare un passo indietro alla luce di nuove evenienze istruttorie, mi sembra invece preferibile la soluzione che considera l'ordinanza *de qua* un atto pienamente vincolante anche verso sé stessa. Così anche G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 2.

¹³⁹ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 35 del 2017, con la quale, per la prima volta nella sua storia, la Consulta ha accolto una questione di legittimità costituzionale su una legge (sul c.d. *Italicum*, ovvero sulla l. 6 maggio 2015, n. 52 di riforma del sistema di elezione della Camera dei Deputati, approvata a seguito della sentenza n. 1 del 2014) in assenza del requisito della «concretezza» (quindi attenuando il meccanismo dell'incidentalità), poiché si trattava di legge impugnata davanti ad una giurisdizione ordinaria prima che trovasse applicazione. Il tribunale di Messina era, in effetti, stato adito con ricorso ex art. 702-bis c.p.c. prima che venissero indette le elezioni politiche per la Camera dei Deputati, e quindi in assenza di un interesse diretto, concreto e attuale alla contestazione di una lesione provocata dall'applicazione della legge *de qua* (che ordinariamente sarebbe avvenuta innanzi al giudice amministrativo). Il tribunale messinese, tuttavia, respingeva l'eccezione sollevata dall'Avvocatura dello Stato, accogliendo l'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui il diritto di voto «*rappresenta l'oggetto di un diritto inviolabile e “permanente”, il cui esercizio da parte dei cittadini può avvenire in qualunque momento*» (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 17 maggio 2013, n. 12060), e citando l'autorevole *obiter dictum* espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014, secondo cui «*già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante*». Senza addentrarci nei particolari di quella vicenda giudiziaria, basti notare che lo stratagemma ideato dalla Corte per superare il divieto di c.d. *fictio litis* le ha consentito di pronunciarsi di una normativa che non era ancora stata applicata, operando un sindacato in via meramente astratta.

Costituzionale sia frutto di un percorso storico ed istituzionale inscindibilmente connesso alle difficoltà che essa sempre più di frequente riscontra nel rapportarsi con il Parlamento. Questa tecnica era, in qualche modo, una soluzione “necessitata” da uno stato di cose che alimentava la diffidenza tra istituzioni, ed è alla luce di questa premessa che ci si dovrebbe interrogare se la tecnica decisoria inaugurata con le “pronunce Cappato” sia destinata a rimanere un’eccezione, o preluda ad una stagione di rinnovato attivismo della Corte. La risposta che traspare dalle pagine che precedono va in quest’ultima direzione, ma si tratta di una conclusione nient’affatto scontata né pacifica tra gli studiosi, che per ragioni di merito o di opportunità avrebbero preferito che si scongiurasse una così rilevante politicizzazione della Corte.

Una parte della dottrina, ad esempio, ritiene che non sia corretto parlare di «nuova tecnica decisoria» o «nuova regola di giudizio», poiché «*non qualsiasi condotta processuale è idonea ad assurgere a (nuova) regola processuale*»¹⁴⁰. La stessa dottrina auspica, semmai, che il “caso Cappato” rimanga un episodio isolato, nel quale la Corte avrebbe in via del tutto eccezionale derogato agli ordinari canoni processuali al solo scopo di rispondere alla «domanda di giustizia». Al di là dell’opinione fortemente diffidente verso il maggiore attivismo della Corte Costituzionale, v’è da notare che lo stratagemma del rinvio dell’udienza a data fissa suscita(va) in generale forti perplessità tra gli studiosi del processo costituzionale, i quali per la gran parte avrebbero preferito che la Corte decidesse, nonostante il rinvio dell’udienza, con uno degli strumenti già collaudati in passato (sentenza interpretativa o additiva-manipolativa)¹⁴¹. Sennonché tale esito avrebbe contraddetto in pieno la logica del rinvio dell’udienza, rivelandone la inutilità. Il disagio era dovuto essenzialmente alla difficoltà di accettare una Corte tanto interventista e “legiferante” da porsi in termini concorrenziali rispetto al Parlamento, né era immaginabile che la Consulta dettasse *ope eiusdem* regole tanto puntuali sul suicidio assistito in sostituzione del (mancato) seguito legislativo.

A fronte di queste perplessità, non sono da trascurare le ragioni che, al contrario, militano a favore della «routinarizzazione» della nuova tecnica¹⁴² nelle controversie aventi ad oggetto i diritti fondamentali, al fine di scongiurare in futuro “l’ambiguo malanno” di diritti che esistono ma non possono essere esercitati. Il nuovo modulo congegnato permette, infatti, di assicurare tutela ai diritti (soprattutto di nuovissima generazione) in un sistema in cui l’accesso alla giustizia costituzionale è, per il privato cittadino, astretto al vincolo della «incidentalità» e della «rilevanza» delle questioni sollevate, introducendo una deviazione alla normale dinamica processuale, e così acquisendo, grazie al meccanismo di “trattenimento” della q.l.c., l’utilità che in altri

¹⁴⁰ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ord. n. 207/2018*, cit., 533.

¹⁴¹ Cfr. *infra* § 3, ntt. 46, 47, 48, 49.

¹⁴² Così M. D’AMICO; più dubbioso G. P. DOLSO, *Profili processuali dell’ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 5-6. Secondo C. PANZERA, *L’ordinanza “una e trina”*, cit., 5, la stessa Corte Costituzionale darebbe ad intendere negli ultimi passaggi della motivazione in diritto dell’ordinanza n. 207 che la nuova tecnica congegnata potrebbe trovare un utilizzo sistematico in futuri consimili casi, laddove medesime fossero le esigenze di bilanciamento tra valori costituzionali concorrenti. Nello stesso senso anche R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit. 345, laddove conclude, a proposito del nuovo modulo monitorio, che «*possa realisticamente trattarsi più che di un’operazione episodica, dettata dall’eccezionalità della questione prospettata, di un cambio di rotta interno alla sistematica delle pronunce monitorie del giudice costituzionale*».

ordinamenti è data dalla coesistenza, accanto al controllo concreto e indiretto, di un controllo sulle leggi preventivo e astratto¹⁴³.

La possibilità che la nuova tecnica decisoria entri a far parte degli strumenti ordinari con cui la Corte si rapporta con il Parlamento per porre rimedio a situazioni di incostituzionalità difficilmente rimediabili, se non attraverso una riforma organica dell'intero ambito normativo interessato, sembra trovare apparentemente conferma in una recentissima decisione della Corte, la ordinanza n. 132 del 2020, con la quale è stato disposto il rinvio dell'udienza al 22 giugno 2021 per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Salerno e Bari in merito alla disciplina vigente per la diffamazione a mezzo stampa da parte dei giornalisti, che prevede il cumulo della pena detentiva (da uno a sei anni) con la pena pecuniaria¹⁴⁴.

Bisogna premettere che questo caso non è pienamente sovrapponibile alla vicenda Cappato, dal momento che una legge avente ad oggetto la materia *de qua* esiste né, in ogni caso, alcun nuovo diritto viene riconosciuto dalla Corte. Mentre infatti nel caso della ordinanza n. 207 del 2018 la problematica riscontrata era duplice, poiché duplice era l'operazione che la pronuncia avrebbe importato (riconoscimento di un nuovo diritto e bilanciamento delle posizioni in conflitto), con l'ordinanza n. 132 del 2020 viene chiesto al legislatore di modificare la legislazione vigente per renderla più conforme al quadro assiologico emergente dalle norme costituzionali e convenzionali, per come interpretate alla luce della più recente giurisprudenza. Nella specie, si tratta di un problema di bilanciamento tra più beni costituzionali in conflitto, tale per cui «*appare necessaria e urgente una complessiva rimediazione del bilanciamento, attualmente cristallizzato nella normativa oggetto delle odierne censure, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica*»¹⁴⁵.

In una professione, come quella giornalistica, in cui si intrecciano diversi diritti aventi fondamento costituzionale (diritto alla libertà di manifestazione del pensiero; diritto all'informazione; diritto al rispetto della propria reputazione; diritto all'oblio;

¹⁴³ Cfr. J. LUTHER, *Corte "incappata"?*, cit., 1.

¹⁴⁴ Si tratta del combinato disposto dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 («*Disposizioni sulla stampa*»), e dell'art. 595, co. 3 c.p. Il problema è dato, in questo caso, non tanto dalla "rigidità", quanto dalla "poca flessibilità" della norma penale, che impone – in caso di accertamento della colpevolezza dell'imputato – la comminazione tanto della pena detentiva (con un minimo di un anno) quanto della pena pecuniaria, precludendo al giudice di calibrare la sanzione penale in virtù dell'effettiva gravità della condotta del giornalista, nonché di valutare se l'inflizione della pena detentiva sia, in concreto, inappropriata perché suscettibile di dissuadere i giornalisti da un esercizio "scomodo" della loro professione. La questione poteva essere risolta dalla Corte semplicemente a mezzo di una manipolazione sostitutiva del testo di legge, dichiarando l'art. 13 incostituzionale «nella parte in cui prevede che il giornalista imputato per diffamazione a mezzo stampa sia condannato in via cumulativa anziché alternativa alla pena della reclusione e al pagamento di una somma di denaro». Tuttavia, v'è un altro elemento della normativa indubbiamente suscettibile d'essere caducato con una pronuncia di accoglimento, e cioè la previsione di un minimo edittale di un anno in riferimento alla sanzione detentiva: in tal caso la Corte avrebbe potuto far cadere il limite minimo annuale, lasciando al giudice la discrezionalità di giudicare in concreto il *quantum* di pena detentiva da irrogare, a seconda delle circostanze del caso di specie e della gravità della condotta perpetrata. Il rinvio dell'udienza è stato probabilmente disposto per sollecitare il Parlamento, oltre che a modificare l'intera disciplina della materia, a precisare alcuni principi orientativi per i giudici.

¹⁴⁵ Corte Cost., ord. 09.06.2020, n. 132, § 7 *cons. in dir.*

diritto all'esercizio indipendente della propria professione) spetta al legislatore, *in primis*, apprestare una disciplina affinché ciascuna istanza trovi riscontro e protezione da parte dell'ordinamento, in un giusto bilanciamento che non determini il sacrificio di nessuno di essi. La problematica del conflitto tra valori nella disciplina della professione giornalistica è infatti aggravata, da un lato, dal rischio che un sistema di sanzioni troppo afflittivo possa dissuadere i professionisti dall'esercitare la loro fondamentale funzione di controllo dei pubblici poteri, dovendo la legge necessariamente lasciare al giornalista uno spazio di immunità dalla responsabilità penale; dall'altro, dal fatto che lo specifico settore dell'informazione risente del rapido progresso tecnologico dei mezzi di diffusione. Di talché «*il punto di equilibrio tra la libertà di "informare" e di "formare" la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall'altro, non può però essere pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti*»¹⁴⁶.

Si può inoltre notare una evidente differenza¹⁴⁷ rispetto alla ordinanza n. 207, perché la ordinanza n. 132 si limita a segnalare al legislatore la inadeguatezza della disciplina vigente in materia di responsabilità giornalistica, precisando per principi latenti e generali il modo in cui i beni in conflitto dovrebbero essere bilanciati, senza addentrarsi troppo nei particolari. Il ricorso alla "tecnica decisoria Cappato" in un caso di questo tipo dimostra da un lato che la Corte intende progressivamente abbandonare il meccanismo della «doppia pronuncia» in favore di una più efficace tecnica di interlocuzione con il Parlamento; dall'altro che la nuova tecnica può validamente essere impiegata non solo per rimediare a pure omissioni legislative, ma anche per intervenire su discipline di legge già esistenti che, a causa di una «incostituzionalità sopravvenuta», non possono più ritenersi adeguate all'attuale contesto storico e fattuale nel modo in cui bilanciano i beni giuridici in conflitto, e necessitano, quindi, di una complessiva rivisitazione.

La nuova tecnica decisoria potrebbe – se la proposta non è avventata – diventare la regola in tutti quei casi nei quali si pongono problemi di bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti: ipotesi che tendenzialmente hanno copertura nelle c.d. leggi «costituzionalmente necessarie» anche se non a «contenuto costituzionalmente vincolato», la cui indispensabilità risiede nel fatto di essere funzionalmente tese alla mediazione di conflitti che, inevitabilmente, si verificano in quegli specifici settori dell'ordinamento. È in particolare in quegli orizzonti dell'azione umana ove più prossima si fa l'interazione/scontro tra plurime sfere di interesse che il Parlamento è tenuto a legiferare, senza ritrarsi dietro un astensionismo che causa difficoltà agli operatori del diritto e potenziali disparità di trattamento tra i soggetti coinvolti.

Il diritto dell'inizio e del fine vita (ed, in particolare, il diritto delle tecniche di riproduzione artificiale), il diritto sanitario, il diritto dell'informazione, il diritto della sperimentazione tecnico-scientifica, il diritto delle nuove tecnologie, il diritto della filiazione e vari altri ambiti dell'agire umano (soprattutto quelli aventi riflessi bio-etici e

¹⁴⁶ Corte Cost., ord. 09.06.2020, n. 132, § 7.3 *cons. in dir.*

¹⁴⁷ A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 2020, 2, 406.

bio-giuridici) danno luogo ad intrecci inestricabili di rapporti, diritti e doveri che abbisognano d'essere governati secondo criteri certi, che solo la legge è in grado di garantire, grazie ai suoi caratteri di astrattezza e generalità che tradizionalmente sono garanzia di certezza dei rapporti giuridici e di uguaglianza tra i cittadini. Ambiti sui quali le Corti Supreme e Costituzionali vengono sempre con maggiore frequenza chiamate a pronunciarsi, e – ma questo è un prognostico di chi scrive – con riferimento ai quali la nuova tecnica decisoria potrebbe essere un utile strumento per contemperare l'aspirazione di giustizia del caso singolo con le prerogative di ciascun organo costituzionale.

In questi casi il bilanciamento è l'unica formula di mediazione che consente di pervenire a decisioni costituzionalmente sostenibili, ma la questione che sta sullo sfondo del problema è: chi è titolato per Costituzione a bilanciare, qual è l'organo responsabile della mediazione sociale e politica, chi è meglio attrezzato per garantire il pluralismo e la pari dignità di parola, che sono gli “arnesi” della pacificazione tra schieramenti opposti? In un sistema democratico la risposta dovrebbe essere: le istituzioni rappresentative e di governo. La circostanza che esse, nei fatti, si astengano dall'assumersi tale responsabilità comporta, inevitabilmente, che l'onere del bilanciamento si scarichi sui giudici, i quali sono al contrario soggetti al «divieto di *non liquet*», essendo tenuti a decidere «secondo scienza e coscienza» nell'interesse della collettività. Ma un simile “passaggio di consegne” acuisce il problema piuttosto che risolverlo, poiché la irriducibile diversità tra diritto politico e diritto giurisprudenziale è un fattore ineliminabile anche nei sistemi democratici contemporanei, nei quali se da un lato il principio della separazione dei poteri viene interpretato non per compartimenti stagni quanto piuttosto come reciproco contemperamento, dall'altro permangono importanti differenze di legittimazione e di efficacia tra il diritto prodotto dal Parlamento e quello prodotto dai giudici.

Il giudizio di legittimità costituzionale, pur formalmente disancorato dal merito delle questioni politiche, finisce poi per forza di cose per lambirlo, in quei casi – e alla presenza di quelle condizioni – che fanno sfumare i contorni tra legittimità e merito del sindacato sulle leggi. Ciò vale, a maggior ragione, laddove il “costo” politico delle decisioni della Corte sia compensato dal “guadagno” in termini di una migliore garanzia dei diritti e delle libertà costituzionali.

In conclusione, a me pare che con questo nuovo modo di decidere la Corte abbia fatto progredire il nostro ordinamento verso una nuova stagione di attuazione della Costituzione¹⁴⁸, e abbia così svelato una potenzialità intrinseca del costituzionalismo contemporaneo, mettendo fine ad un'epoca in cui i diritti della persona erano “tenuti in ostaggio” dai perduranti ritardi (quando non precisa volontà di inattuazione) del legislatore ordinario¹⁴⁹. Lunghi dall'essere indice di uno «straripamento di potere» da

¹⁴⁸ Conformemente anche S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207*, cit., 4.

¹⁴⁹ M. D'AMICO, *Il “fine vita davanti alla Corte costituzionale*, cit., 287, per la quale fin troppo spesso il coordinamento tra poteri dello Stato vien meno a causa di una insanabile distanza che avvelena il dialogo tra Istituzioni.

parte della Corte¹⁵⁰, il nuovo espediente decisorio crea le condizioni per un migliore raccordo tra istituzioni aventi «pari dignità costituzionale» nel comune mandato di attuare la Carta Fondamentale, ed è conferma del fatto che la democrazia italiana è un apparato funzionante¹⁵¹, dotato di componenti strutturali che fisiologicamente compensano le patologie dell'attuale dinamica costituzionale¹⁵².

¹⁵⁰ Non ci sono indifferenti, tuttavia, le critiche mosse da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss., il quale comunque parte dal presupposto che sia un fenomeno “naturale” l’espansione dell’attività del giudice costituzionale.

¹⁵¹ Come ricorda A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul “caso Cappato”*, in AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., il cittadino non è “disarmato” quando si trova ad affrontare le conseguenze di una legge incostituzionale, e proprio un utilizzo “combattivo” dell’incidente di costituzionalità permette di «veicolare battaglie di scopo miranti al superamento di una legge ingiusta e il ripristino della legalità costituzionale».

¹⁵² In adesione al predetto orientamento v. F. BIONDI, *L’ord. n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 3.