

Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*

Davide Paris**

SOMMARIO: 1. Tra *judicial activism* e *judicial deference*. – 2. Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito. – 3. Una *Unvereinbarkeitserklärung* all'italiana.

ABSTRACT:

La legge 219/2017 riconosce al paziente il diritto di rifiutare una cura anche quando a tale decisione consegua la morte, ma si rifiuta di garantire qualsiasi prestazione che provochi direttamente o acceleri il suo decesso. Con l'ordinanza 207/2018 la Corte costituzionale compie un passo ulteriore e supera quel confine tra il rifiuto del trattamento e l'eutanasia che il legislatore non era disposto a superare. Secondo la Corte, dal momento che la legge obbliga a rispettare la volontà del paziente di interrompere la sua esistenza rifiutando un trattamento di sostegno vitale, la stessa legge non può negare al paziente di rendere questo processo più breve, perché ciò equivarrebbe a una discriminazione tra i pazienti in condizioni comparabili. Il dispositivo della decisione, tuttavia, non dichiara la legge incostituzionale. Sorprendentemente, l'ordinanza ha solo aggiornato il giudizio alla fine di settembre 2019, allo scopo di concedere al legislatore il tempo necessario per modificare la legge in discussione. Il presente articolo critica l'attivismo della Corte e analizza questo nuovo tipo di decisione confrontandola con l'*Unvereinbarkeitserklärung* del Tribunale costituzionale tedesco.

*Law 219/2017 grants the patient the right to refuse a treatment even when it leads to death but refuses to provide any treatment that directly causes or accelerates death. Through Order 207/2018 the Constitutional Court goes a step further and crosses that border between refusal of treatment and euthanasia that the legislature was unwilling to cross. In the Court's view, since the law obliges to respect the patient's will to terminate his life by refusing a life-sustaining treatment, the same law cannot refuse the patient's request to make this process shorter, because this would amount to a discrimination between patients in comparable conditions. The operative part of the decision, however, does not declare the law unconstitutional. Surprisingly, it only reschedules the proceeding until the end of September 2019 to give the legislature time enough to amend the questioned law. This paper criticizes the Court's activism, and examines this new type of decision by comparing it with the *Unvereinbarkeitserklärung* of the German Constitutional Court.*

1. Tra *judicial activism* e *judicial deference*

L'ordinanza n. 207/2018 presenta un'interessante combinazione di attivismo giudiziale e deferenza nei confronti del legislatore. Con questa pronuncia, la Corte ha scelto di intervenire in maniera decisa in un ambito estremamente delicato quale quello concernente le decisioni sul fine vita. Qualora la Corte avesse preferito non pronunciarsi nel merito, non le sarebbe stato difficile trovare nell'ordinanza di rimessione elementi sufficienti a giustificare una pronuncia di inammissibilità¹. Altre volte, in passato, la Corte costituzionale ha deciso di non decidere anche in situazioni in cui l'ordinanza di rimessione offriva minori spazi per evitare una pronuncia nel merito². Se questa volta il giudice costituzionale ha scelto di non percorrere questa strada e di pronunciare una parola chiara sul diritto al suicidio assistito, è da ritenere che ciò risponda a una precisa volontà del collegio di intervenire in questa materia.

Tale scelta appare tanto più audace se solo si considera che, nemmeno un anno prima, il legislatore era intervenuto a disciplinare la materia in maniera organica con legge 22 dicembre 2017, n. 219, su cui la Corte ampiamente si sofferma nell'ordinanza. Non si trattava quindi, come in altri casi, di colmare un intollerabile vuoto legislativo³, ciò che, almeno in linea di principio, giustifica un approccio "attivista" da parte del giudice costituzionale. Né si trattava, come nel caso della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, di correggere una scelta profondamente divisiva del legislatore. La legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento è stata approvata

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, paris@mpil.de.

¹ La Corte costituzionale sarebbe potuta giungere a una pronuncia di inammissibilità, rimproverando al giudice rimettente di non aver provveduto all'interpretazione conforme della legge pur in assenza di diritto vivente; oppure a una pronuncia di inammissibilità per assenza di "rime obbligate", decisione che tuttavia non avrebbe evitato alla Corte di pronunciarsi, almeno in parte, sul merito della questione. Inoltre, poiché il giudice rimettente contestava in radice la rilevanza penale delle condotte di mero aiuto al suicidio prive di influenza sulla decisione di suicidarsi, la Corte avrebbe potuto semplicemente dichiarare la questione (manifestamente) infondata, senza ulteriormente interrogarsi, come invece ha fatto, sull'eventuale incostituzionalità di tale criminalizzazione in specifiche situazioni. Su questi aspetti v. i contributi contenuti in *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. MORRONE, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 ottobre 2018, e, in particolare, A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, pp. 3 ss. [l'A. conclude: "i rilevati limiti formali e sostanziali dell'ordinanza di rimessione [...] spingono la vicenda Cappato verso un esito lineare nel senso di una decisione di rigetto (o processuale o nel merito)"]; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, pp. 40 ss.; P. VERONESI, *Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla quaestio Cappato-DJ Fabo?*, pp. 56 ss.; nonché, con specifico riferimento alla portata ampia della questione sollevata e alla possibilità di una sua delimitazione, I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza*, pp. 33 ss.

² V., ad esempio, l'ord. n. 369/2006, in materia di procreazione medicalmente assistita, su cui A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 novembre 2006.

³ Lo nota criticamente L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in corso di pubbl. in *Rivista italiana di medicina legale*, e ora in *www.discrimen.it*, p. 8.

al termine di un percorso parlamentare certo non privo di divergenze ma caratterizzato anche da un certo grado di collaborazione fra forze politiche diverse⁴, nonché, nelle sue linee essenziali, conferma e sviluppa gli approdi cui era precedentemente giunta la giurisprudenza in assenza di una specifica disciplina legislativa⁵. In altre parole, in presenza di una scelta recente, chiara e sufficientemente condivisa da parte del legislatore, un atteggiamento di *self-restraint* da parte del giudice costituzionale non sarebbe certamente apparso inopportuno⁶.

Si noti inoltre che, volendo la Corte pronunciarsi nel merito, la particolarità del giudizio a quo, in cui si decideva (*rectius*: si decide) della responsabilità penale di chi accompagni all'estero una persona per praticare il suicidio assistito, avrebbe forse consentito una soluzione di compromesso che, senza intaccare la volontà recentemente espressa dal legislatore italiano di non consentire il suicidio assistito, evitasse la condanna penale dell'imputato nel giudizio a quo e di altri imputati in situazioni identiche. Si sarebbe potuto, in altri termini, ritagliare la decisione sul modello del caso specifico non solo con riguardo alla situazione delle persone che cercano il suicidio, ma anche con riguardo alle condotte di chi lo agevola, escludendo dalla portata dell'art. 580 c.p. la condotta di chi aiuti una persona a praticare il suicidio assistito in un Paese straniero in cui questo è consentito⁷. Sia come sia, questa soluzione di compromesso non viene considerata dalla Corte, a favore di un'opzione più radicale: l'ordinanza 207, infatti, non si limita ad escludere la punibilità di chi accompagna all'estero una persona per ottenere il suicidio assistito vietato in Italia, ma ritiene costituzionalmente dovuto il riconoscimento del suicidio assistito come diritto anche in Italia.

Questo approccio decisamente audace da parte della Corte costituzionale è tuttavia in parte bilanciato da una grande deferenza nei confronti del legislatore. Attraverso un'inedita tecnica decisoria, la Corte ritiene, almeno per il momento, di non porre rimedio essa stessa

⁴ V. la ricostruzione della relatrice della legge alla Camera dei Deputati, D. LENZI, *La legge 219/2017 e il difficile percorso parlamentare*, in www.dirittoesalute.it, pp. 102 ss.

⁵ C. CASONATO, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2018, p. 11.

⁶ Questo sembra essere del resto l'orientamento del giudice costituzionale francese che, in materia di bioetica, di fronte a un legislatore in grado di raggiungere soluzioni condivise al termine di adeguata istruttoria e di un ampio dibattito parlamentare, tende a non rimetterne in discussione le scelte. Si è cercato di mostrare questa dinamica in D. PARIS, *Interruzione delle cure salvavita in paziente non in grado di esprimere la propria volontà: il Conseil constitutionnel conferma il suo self-restraint in materia di bioetica*, in questa *Rivista*, 2018, 107. Ritiene invece non auspicabile un atteggiamento di *self-restraint* da parte della Corte costituzionale nel caso in esame G. DI COSIMO, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale (Scaletta della Relazione di base)*, in *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 20.

⁷ Una soluzione di questo tipo certamente presta il fianco all'obiezione secondo cui, in questo modo, si crea una discriminazione fra chi può permettersi di viaggiare all'estero e chi no. Ma se non si vuole limitare la libertà di circolazione nel continente europeo, e fintantoché gli Stati rimarranno liberi di disciplinare le scelte di fine vita in maniera autonoma, questa disparità di opportunità è difficilmente evitabile. A meno che non si voglia applicare una sorta di clausola della nazione più liberale, in base alla quale la legislazione di tutti i Paesi europei (e, perché no, del mondo) deve adeguarsi a quella del Paese più permissivo, in quanto diversamente si discrimina fra chi può permettersi di viaggiare nel Paese dalla legislazione più permissiva e chi no (direzione in cui sembra andare Corte cost., sent. n. 162/2014, in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo).

all'incostituzionalità accertata, rimettendo tale compito interamente in capo al legislatore. Fino all'intervento del legislatore, il giudizio a quo, così come altri giudizi analoghi che dovessero nel frattempo sorgere, rimangono, almeno nelle intenzioni della Corte, sospesi⁸. La deferenza nei confronti del legislatore, tuttavia, è forse più apparente che reale. La pronuncia contiene infatti un'indicazione precisa dei tempi entro cui il Parlamento deve intervenire, così come del contenuto minimo necessario della disciplina, nonché diversi "suggerimenti" riguardanti gli ambiti e le modalità di disciplina, e persino la "sede" in cui l'intervento del Parlamento deve situarsi. Con un paragone forse ardito, l'ordinanza 207 è, nei confronti del Parlamento, ben più precisa e dettagliata di quanto frequentemente non siano le leggi delega nei confronti del Governo.

2. Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito

Le questioni sollevate dal giudice a quo – la Corte d'assise di Milano – sono due e riguardano entrambe l'art. 580 c.p. La prima questione, la sola affrontata dalla Corte⁹, contesta radicalmente la legittimità dell'incriminazione delle condotte di mero aiuto al suicidio, vale a dire di quelle "condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima". Si prende cioè in considerazione l'ipotesi in cui un soggetto abbia maturato autonomamente la decisione di suicidarsi e un'altra persona si limiti a prestargli aiuto nell'esecuzione del proposito suicidario. Dubitando della compatibilità di tale incriminazione con gli articoli 2 e 13 della Costituzione, e 2 e 8 della CEDU, intesi quali presidio di una piena "libertà di scegliere quando e come porre fine alla propria vita", il giudice rimettente prospetta alla Corte una pronuncia meramente ablativa, tale da "rendere penalmente irrilevante l'agevolazione dell'altrui suicidio che non abbia inciso sulla decisione della vittima".

La Corte rigetta la questione, non condividendo, nella sua assolutezza, la premessa da cui muove l'ordinanza di rimessione: la criminalizzazione dell'aiuto al suicidio non è incostituzionale per violazione di un presunto diritto a morire derivato dall'art. 2 Cost., o di un generico diritto all'autodeterminazione individuale scaturente dagli artt. 2 e 13, c. 1 Cost., bensì si giustifica in quanto "funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto

⁸ Sottolinea A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in www.giurcost.org, 20 novembre 2018, che "nessun obbligo giuridico può predicarsi, in punto di astratto diritto, per gli altri giudici né di investire la Corte di analoga questione né [...] di non applicare la legge, laddove ad esempio reputino che si diano i margini per la sua interpretazione conforme".

⁹ La seconda questione di legittimità riguardava il trattamento sanzionatorio delle condotte di mero aiuto al suicidio, "punito con la medesima, severa pena prevista per le più gravi condotte di istigazione". Sulla severità della sanzione delle condotte di istigazione e aiuto al suicidio in Italia rispetto agli altri Paesi europei v. J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, in questa *Rivista*, 2/2018, pp. 413 ss.

delle persone più deboli e vulnerabili”. Alla concezione astratta, fatta propria del giudice rimettente, di una persona razionale che autonomamente decide quando e come porre termine alla propria vita, la Corte oppone una più realistica visione di una persona vulnerabile cui lo Stato, anche in forza dell’art. 3, c. 2 Cost., deve prestare aiuto per evitare che il prematuro congedarsi dalla vita appaia come la via più semplice per sottrarsi alle difficoltà dell’esistenza. Così, pur ritenendo di non dover punire direttamente l’interessato, attraverso l’incriminazione dell’aiuto al suicidio, lo Stato “gli crea intorno una cintura protettiva, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui”.

Se dunque l’incriminazione dell’aiuto al suicidio non può ritenersi in via generale incompatibile con la Costituzione, la Corte ritiene tuttavia che a diverse conclusioni si debba pervenire in specifiche situazioni, come quella oggetto del giudizio a quo, in cui tale incriminazione si risolve in una negazione nei confronti del malato dell’ “unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.”. Ciò si verifica, secondo la Corte, quando il paziente richieda l’interruzione di un trattamento salvavita in presenza delle seguenti condizioni: “il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”. È a questo punto della motivazione che la Corte modifica, nella sostanza, l’oggetto del suo giudizio. Partito come giudizio sulla compatibilità dell’art. 580 c.p. con il principio di autodeterminazione, esso si conclude come un giudizio sulla ragionevolezza della recente legge 219. Alla “richiesta” del giudice a quo di una pronuncia ablativa nei confronti dell’art. 580 c.p. che ampliasse l’ambito delle condotte lecite, la Corte risponde sostanzialmente con una pronuncia additiva (di principio?) relativa alla legge 219 che amplia l’ambito dei diritti del paziente. L’aiuto al suicidio, in altri termini, da condotta illecita penalmente sanzionata qual era, viene fatto transitare non già nell’ambito della liceità, bensì in quello delle prestazioni dovute: non una facoltà, bensì un diritto.

La Corte rileva infatti che, nelle situazioni summenzionate, “la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua”. Tale soluzione, tuttavia, è considerata insoddisfacente dalla Corte costituzionale nella misura in cui non consente “al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte”. Ciò determina, secondo la Corte, un’irragionevole disparità di trattamento fra i pazienti cui l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda assicura una morte rapida, e quelli cui il medesimo intervento non assicura una morte altrettanto rapida, che si trovano pertanto costretti “a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care”. Secondo la Corte, tale differenziazione non è però giustificabile: “se chi è mantenuto

in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione".

L'argomento centrale che porta la Corte a ritenere dovuta l'assistenza al suicidio ai pazienti che versino nelle condizioni sopra ricordate è quindi un giudizio di ragionevolezza sulla legge 219, o, più precisamente, un giudizio di uguaglianza fra due categorie di pazienti che la legge tratta in maniera irragionevolmente differenziata. Non è ragionevole una disciplina che da una parte rispetta la decisione del paziente di rifiutare un trattamento di sostegno vitale garantendogli la somministrazione di una sedazione profonda e continuativa, e dall'altra rifiuta la sua richiesta di abbreviare il tempo che lo separa dalla morte, quando la mera interruzione delle cure non garantisca una morte in tempi rapidi. Alla luce della *ratio* che ispira la legge 219, tuttavia, il ragionamento della Corte appare assai criticabile. La legge 219 risulta infatti chiaramente ispirata al seguente principio: da un lato garantire pienamente il diritto del paziente di rifiutare qualsiasi trattamento, compresi quelli indispensabili per la sua sopravvivenza, fruendo della migliore assistenza disponibile; dall'altro non consentire alcuna condotta volta a provocare o accelerarne la morte. Condivisibile o meno sul piano della sua opportunità, tale principio mostra una innegabile coerenza interna. La legge 219, infatti, recepisce nella sostanza l'importante distinzione fra rifiuto delle cure ed eutanasia, garantendo pienamente il primo e rifiutando chiaramente la seconda. Si tratta di una distinzione che, pur se non priva di zone grigie, non difetta certo di ragionevolezza nel suo impianto fondamentale¹⁰.

Nella legge 219, il punto di confine fra rifiuto delle cure e eutanasia è certamente rappresentato dalla possibilità, che la legge consente, di chiedere contemporaneamente l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale e la sedazione palliativa profonda e continua. In questo caso il paziente entra in uno stato di incoscienza da cui non si risveglierà più in ragione del sopravvenire della morte quale conseguenza dell'interruzione del trattamento di sostegno vitale. Anche questa ipotesi, tuttavia, può essere ricondotta senza eccessive forzature all'ambito del rifiuto delle cure. La morte, infatti, sopraggiunge in questo caso quale conseguenza del rifiuto del trattamento, mentre l'intervento di sedazione non è finalizzato ad accelerare i tempi del decesso, bensì solamente a rendere innocua l'attesa¹¹.

¹⁰ V., per tutti, A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino 2012, p. 300, il quale, al termine di ampia discussione condivisibilmente conclude "*Killing o letting die*, in sostanza, pur nella inevitabilità di zone "grigie" e di reciproca confusione, restano situazioni differenti, sul piano dell'intenzione del soggetto agente (soprattutto del terzo) e sul piano dell'attitudine esclusiva dei due comportamenti a determinare l'evento mortale" (324).

¹¹ V., sul punto, il parere del Comitato nazionale per la bioetica, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016, dove si afferma: "La sedazione profonda, quindi, non è indicata come un trattamento che abbrevi la vita, se applicata in modo appropriato, e non può essere ritenuta un atto finalizzato alla morte" (11).

Ben diversa è l'ipotesi del suicidio assistito che l'ordinanza 207 considera costituzionalmente dovuta: in questo caso, infatti, si richiede al medico di “mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte”. Pertanto, riconoscendo come irragionevole la mancata previsione dell'aiuto al suicidio nei casi sopra ricordati, la Corte non corregge un'irragionevolezza della legge 219 restituendole coerenza interna, bensì ne stravolge l'impostazione, varcando quella soglia che separa il rifiuto delle cure dall'eutanasia, che il legislatore aveva scelto di non varcare¹².

Vero è che la Corte sembra cercare di ricondurre anche il diritto al suicidio assistito nell'alveo del diritto al rifiuto delle cure. Così ad esempio, quando afferma che “l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.”. Dal che sembrerebbe intendersi che il suicidio assistito altro non sarebbe che una forma di rifiuto delle cure rispettosa del concetto di dignità proprio del malato. Lo stesso dicasi del passaggio in cui la Corte afferma che “se [...] il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari [...] non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale”. Sembra voler dire la Corte che non vi è differenza fra l'ipotesi di decorso della malattia accompagnato da sedazione profonda prevista dalla legge 219 e quella del suicidio assistito. In entrambi i casi la morte è un evento destinato comunque a verificarsi a seguito della scelta del paziente: nell'un caso la sedazione profonda evita il dolore nell'attesa, nell'altro il suicidio assistito anticipa un evento comunque destinato a verificarsi.

Queste accortezze, tuttavia, non valgono a negare il salto qualitativo che separa il rifiuto delle cure accompagnato da sedazione profonda dal suicidio assistito¹³. Nella prima ipotesi la morte sopraggiunge quale conseguenza di una patologia non contrastata, nella seconda quale conseguenza di un intervento positivo del soggetto con l'aiuto di terzi. Per

¹² In questo senso L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2/2018, pp. 433 ss., e ID., *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»?», cit.*, p. 4.

¹³ Cfr. 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*, 3/2018, p. 145. In termini generali, A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, cit., 324: “Se pure si volesse ricercare una base giustificativa a questi comportamenti [di eutanasia diretta e aiuto al suicidio], essa andrebbe cercata fuori dall'art. 32 e dall'alveo concettuale del principio di autodeterminazione, in una prospettiva che non sembra possa essere semplicemente un adattamento o un'estensione dell'impostazione teorica basata sul consenso informato”.

tale ragione non convince l'applicazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza fatta dalla Corte, poiché le due ipotesi – lasciare che la malattia faccia il suo corso e darsi la morte – non sono assimilabili. Con la legge 219, il legislatore ha deciso che, nei confronti dei malati, l'azione dello Stato debba sempre essere a sostegno della vita, con l'unico limite del rispetto della volontà del paziente di non opporsi al decorso della malattia, e mai volta a provocare la morte. È difficile comprendere per quale ragione tale scelta debba essere considerata contraria a Costituzione e per quale ragione lo Stato sia obbligato a fornire aiuto a chi intenda suicidarsi. La scelta della legge 219 risponde all'idea secondo cui, nei confronti delle persone vulnerabili, lo Stato debba agire nella direzione della cura, rispettando la volontà di non curarsi, ma non assecondando la volontà di morire. Ciò del resto è finalizzato a evitare che, anche in ragione delle difficoltà organizzative nell'offrire un'assistenza adeguata alle persone che si trovano nelle condizioni indicate dalla Corte, il suicidio possa apparire come la soluzione “più semplice”, con buona pace dell'obbligo di protezione delle persone vulnerabili di cui parla la stessa ordinanza 207. Si può certamente discutere se il principio di tutela della vita si opponga o meno a scelte diverse del legislatore. Ma è difficile comprendere come la Corte costituzionale possa affermare che la scelta espressa dalla legge 219 si ponga al di fuori del perimetro del costituzionalmente consentito e che la Costituzione imponga di riconoscere, pur se in presenza di ben determinati presupposti, il diritto al suicidio assistito¹⁴.

L'ordinanza 207, in definitiva, conferma i timori di chi ritiene dal diritto al rifiuto delle cure parta un piano inclinato che conduce senza soluzioni di continuità all'eutanasia. Se infatti si applica il principio di uguaglianza in maniera non rigorosa, misconoscendo in questo caso la distinzione tra il lasciare che la malattia faccia il suo corso e il procurare la morte, non è improbabile che, di uguaglianza in uguaglianza, si arrivi di fatto a riconoscere l'obbligo dello Stato di porsi al servizio di quella piena libertà di scegliere quando e come porre fine alla propria vita che pure la Corte costituzionale afferma non sussistere. La stessa ordinanza 207, del resto, non si limita ad introdurre il diritto al suicidio assistito, ma evidentemente, implica anche il riconoscimento, in presenza dei medesimi presupposti, dell'eutanasia attiva¹⁵. Non si vede infatti, seguendo il ragionamento della Corte, come il

¹⁴ Sul diritto al rifiuto delle cure e l'eutanasia come “due ipotesi alle quali non è possibile [...] attribuire lo stesso grado di rilevanza e la stessa copertura costituzionale”, v. A. D'ALIO, *Eutanasia (dir. cost.)*, cit., 344: “L'una (il *right to refuse*) [...] è radicata su una situazione giuridico-soggettiva chiaramente riconosciuta e protetta dalla Costituzione [...]. L'altra, quella del “diritto” all'eutanasia o al suicidio medicalmente assistito, non può contare sullo stesso aggancio costituzionale”. Nello stesso senso C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?*, cit., p. 145-146, che sottolinea come, mentre “sul diritto di lasciarsi morire [...] la Costituzione dice”, “sul diritto di morire per mano d'altri la Costituzione non dice” e “nulla discende a rime obbligate” dagli articoli 2 e 13, c. 1 Cost. Secondo l'A., una disciplina del suicidio assistito e, in generale, eccezioni al principio del non uccidere, potrebbero essere introdotte attraverso una decisione politica democratica, non “per analogia; per scivolamento da una fattispecie all'altra; e neppure fatte discendere fumosamente da principi costituzionali tessuti insieme purchessia”.

¹⁵ In questo senso, sottolineando la “vocazione estensiva” della pronuncia, L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»?*, cit., p. 4, secondo il quale, tuttavia, “non appare credibile [...] che un mutamento così radicale nell'im-

legislatore potrebbe negare a quei pazienti che si trovino nelle condizioni indicate dalla Corte, ma che non siano in grado di provvedere al proprio suicidio nemmeno attraverso il sostegno del medico, il diritto di congedarsi dalla vita grazie a un intervento esterno. Ciò rappresenterebbe evidentemente, nell'ottica della Corte, un'intollerabile discriminazione in relazione alle diverse condizioni soggettive fra chi, pur se con l'aiuto altrui, è in grado di suicidarsi, e chi no.

3. Una *Unvereinbarkeitserklärung* all'italiana

Una volta accertata, nei termini appena precisati, l'incostituzionalità della legislazione in materia di fine vita, la Corte ritiene di non potervi porre rimedio, “almeno allo stato”, attraverso “la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte”, e sceglie pertanto di affidarsi a una tecnica decisoria assolutamente inedita. La Corte procede infatti, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”, a disporre il rinvio di circa un anno del giudizio in esame, fissando una nuova udienza di trattazione, e richiamando il legislatore a disciplinare in questo arco temporale la materia secondo le indicazioni dettate dalla Corte stessa. Nel frattempo, non solo rimane sospeso il giudizio a quo, ma la stessa disposizione non dovrà trovare applicazione nemmeno in altri giudizi in cui dovessero presentarsi questioni di costituzionalità analoghe a quella qui “decisa”: in questi casi, spetterà ai giudici valutare, alla luce delle indicazioni contenute nell'ordinanza 207, la sussistenza dei presupposti per sollevare analoghe questioni di legittimità costituzionale.

Non è un mistero che questa tecnica decisoria sia ispirata al modello tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung*¹⁶, ciò che è stato immediatamente rilevato nei primi commenti all'ordinanza¹⁷. In estrema sintesi, questo tipo di decisioni del *Bundesverfassungsgericht* è caratterizzato da una mera dichiarazione di incompatibilità con la *Grundgesetz* della legge oggetto di scrutinio, cui non segue però la sua dichiarazione di nullità, bensì la fissazione di un termine al legislatore per provvedere a dettare una nuova disciplina conforme a Costituzione. Fino all'intervento del legislatore possono darsi casi diversi: in alcuni (rari) casi

pianto giuridico del nostro Paese come quello che istituirebbe il diritto di morire rapidamente [...] possa avvenire in forza, soltanto, di una pronuncia della Corte costituzionale, e dunque di una pronuncia pur sempre giudiziaria”.

¹⁶ Un indizio si ricava dalla pubblicazione sul sito della Corte della ricerca del Servizio studi – Area di diritto comparato, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, a cura di M.T. RÖRIG, datato ottobre 2018.

¹⁷ V., già a commento del comunicato stampa della Corte, N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*. *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in www.forumcostituzionale.it, 25 ottobre 2018; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora...*, in www.giurcost.it, 26 ottobre 2018; e, a commento dell'ordinanza, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it, 19 novembre 2018.

il giudice costituzionale dispone la sospensione dei processi nell'attesa della nuova legge, in altri dispone la transitoria applicazione della legge di cui ha appena accertato l'incostituzionalità, in altri ancora si applicherà transitoriamente una disciplina dettata dallo stesso *Bundesverfassungsgericht*¹⁸.

In effetti, sotto diversi profili, l'ordinanza 207 sembra condividere le caratteristiche delle *Unvereinbarkeitserklärungen*. Identiche sono innanzi tutto le ragioni che giustificano il ricorso a questo tipo di pronuncia. Nella giurisprudenza costituzionale tedesca esse sono state individuate principalmente, da una parte nel rischio che una dichiarazione di nullità della legge scrutinata porti ad una situazione ancora più distante dai valori costituzionali di quella che si vuole correggere, dall'altra la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore in presenza di una pluralità di soluzioni costituzionalmente accettabili¹⁹. Le stesse ragioni si ritrovano nell'ordinanza 207: la Corte da un lato rileva che “una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi”, dall'altro sottolinea in più occasioni il rispetto dovuto alle scelte discrezionali del Parlamento²⁰. Un secondo elemento di analogia è rappresentato dalla fissazione di un termine entro cui il legislatore deve intervenire, che, nell'ordinanza 207, è costituito dalla data della nuova udienza. Un terzo elemento, infine, si ritrova nella sospensione dei giudizi (per vero, nel caso italiano, condizionata alla cooperazione dei giudici ordinari)²¹, che rappresenta, come si è brevemente detto, una delle alternative possibili nelle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Una differenza tra l'ordinanza 207 e il modello tedesco cui si ispira consiste invece in questo: mentre nel caso delle *Unvereinbarkeitserklärungen* il giudice costituzionale tedesco si spoglia del giudizio e potrà nuovamente giudicare sulla stessa materia solo a seguito dell'instaurazione di un nuovo giudizio, con l'ordinanza 207 il giudizio di costituzionalità rimane saldamente nelle mani della Corte costituzionale, che, tra meno di un anno, *ex*

¹⁸ Un'ampia descrizione delle varie tipologie di decisioni di *Unvereinbarkeit* e una discussione critica delle problematiche da esse sollevate si trova nel manuale di K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11a ed., C.H. Beck, München 2018, pp. 295 ss.

¹⁹ V., per tutti, BVerfGE 125, 175 (256), *Hartz IV*, “Damit würde ein Zustand geschaffen, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre als der bisherige [...]. Zudem stehen dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, den festgestellten Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG zu beseitigen”.

²⁰ Si veda, in particolare: “Una regolazione della materia [...] è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali”. Oppure: “I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti”. E ancora: “Laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa”.

²¹ V. *supra*, n. 8.

officio riesaminerà la questione valutando “l’eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela”. Una differenza che, vista la diversa affidabilità del legislatore nei due Paesi, appare assai opportuna.

Con questa nuova tecnica decisoria, la Corte costituzionale sembra voler (provare a) instaurare un nuovo tipo di relazione con il legislatore, in uno spirito maggiormente dialogico e collaborativo, uscendo dall’alternativa in cui si è finora trovata tra l’inefficacia dei tanti moniti inascoltati (pronuncia di inammissibilità per mancanza di rime obbligate) e la problematica propria sostituzione al legislatore (pronunce additive, sostitutive e variamente manipolative, talvolta adottate proprio a seguito di uno o più moniti caduti nel vuoto). Sul successo di tale nuova tecnica decisoria, e quindi, verosimilmente, sulla frequenza del suo utilizzo in futuro, è difficile fare previsioni. Quello che è certo, tuttavia, è che tale successo non dipende né esclusivamente, né prevalentemente dalla Corte costituzionale. Proprio perché si tratta di uno strumento pensato per valorizzare la collaborazione fra i poteri, il suo successo dipenderà da quanto il potere chiamato a collaborare sarà interessato a farlo. In Germania, le *Unvereinbarkeitserklärungen*, pur se soggette a forti critiche da una parte della dottrina, hanno raggiunto lo scopo per cui sono state introdotte poiché, in linea generale, il legislatore, nella generalità dei casi ha risposto positivamente e tempestivamente alle richieste del giudice costituzionale, al punto che la domanda su cosa debba accadere qualora il legislatore non si conformi alle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* ha ricevuto sinora un’attenzione piuttosto limitata²². Questa domanda, invece, appare del tutto naturale e immediata al commentatore italiano, che ben conosce la storica inerzia del legislatore italiano nel rispondere agli appelli della Corte costituzionale. Non è pertanto da escludere che uno strumento molto simile possa trovare effetti ed applicazioni assai diverse nei due ordinamenti.

Nel caso di specie, qualora il legislatore non intervenga nel termine stabilito dalla Corte – ciò che, guardando alle priorità e alla stabilità dell’attuale maggioranza di governo, non sembra inverosimile – il giudice costituzionale potrebbe risolversi a porre esso stesso rimedio all’incostituzionalità accertata, cosa che, “almeno allo stato”, ha ritenuto di non fare. Questa, del resto, sarebbe la soluzione più coerente e maggiormente indicata a tutelare la credibilità del giudice costituzionale²³. La tecnica decisoria qui inaugurata, pertanto, a dispetto del suo intento collaborativo, potrebbe in definitiva risolversi, non per colpa della Corte, nel semplice differimento di una pronuncia di incostituzionalità, verosimilmente di una pronuncia additiva o additiva di principio. In questo caso, tuttavia, la Corte avrebbe almeno il vantaggio di non poter essere accusata di sostituirsi al legislatore misconoscendone la competenza. La sostituzione avverrebbe, in questo caso, quale *extrema ratio*,

²² Come sottolineato in *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., p. 32.

²³ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

dopo aver offerto al legislatore la possibilità di intervenire, attraverso una “messa in mora” cui quest’ultimo non ha voluto corrispondere²⁴.

²⁴ Tale argomento non varrebbe, tuttavia, qualora il legislatore, a seguito di approfondita riflessione, decidesse di confermare consapevolmente la scelta compiuta nella legge 219: considera questa ipotesi M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in corso di pubblicazione in *Rivista italiana di medicina legale*. A una simile scelta, pur se in contrasto con quanto richiesto dalla Corte, difficilmente potrebbe negarsi carattere dialogico e cooperativo. A quel punto, spetterebbe alla sensibilità della Corte decidere se confermare la decisione di cui all’ordinanza 207 o accogliere l’invito del Parlamento a rivedere la propria decisione.