

# FINO A CHE PUNTO È CONDIVISIBILE LA SOLUZIONE COSTITUZIONALE DEL CASO CAPPATO? \*



*Giovanni Fiandaca*

SOMMARIO 1. Premessa: il carattere ‘non neutrale’ delle valutazioni politico-costituzionali in tema di fine-vita e il ruolo del caso concreto. — 2. Analisi della struttura argomentativa sottesa alla (complessiva) presa di posizione della Corte costituzionale. — 3. Dignità nel morire? — 4. Un nuovo diritto? — 5. Tra giurisdizione e legislazione.

## **1. Premessa: il carattere ‘non neutrale’ delle valutazioni politico-costituzionali in tema di fine-vita e il ruolo del caso concreto**

La complessiva presa di posizione della Corte costituzionale sul tema del suicidio assistito – quale risulta da una lettura congiunta dell’ordinanza n. 207/2018 e della successiva sentenza n. 242/2019 – sollecita rilievi sotto il duplice profilo del merito contenutistico e del metodo decisorio<sup>1</sup>.

Prima di affrontare entrambi i profili, è forse superfluo premettere che la questione sul tappeto – se sia cioè legittimo non solo lasciarsi morire rifiutando cure o chiedendo di sospendere trattamenti salva-vita, ma anche chiedere di essere aiutati a morire mediante forme di intervento attivo che cagionano direttamente la morte, anticipandone la verifica – presenta molteplici sfaccettature che assumono rilievo su piani diversi e concorrenti: filosofico, etico, politico, sociologico, giuridico e medico. Lungi dall’essere da sola la più importante, la stessa dimensione giuridica

---

\* Il presente contributo è destinato a un volume collettivo dal titolo “*La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*”, curato da Giovanni D'Alessandro e da Ombretta Di Giovine, di prossima pubblicazione presso Giappichelli.

<sup>1</sup> Confesso in anticipo la ‘colpa omissiva’ di non aver consultato per intero la copiosissima letteratura (quasi una piccola biblioteca!), per di più a carattere multidisciplinare, già maturata a commento delle suddette decisioni costituzionali; di conseguenza, mi scuso per la sicura lacunosità e la inevitabile parzialità dei richiami dottrinali da me effettuati nell’ambito del presente scritto, e altresì mi scuso per il fatto che quasi certamente ripeterò considerazioni precedentemente svolte da autori qui non citati perché sfuggiti alla mia conoscenza.

del problema – emergente soprattutto nella duplice prospettiva costituzionalistica e penalistica – non può, appunto, rimanere del tutto esente da condizionamenti pregiudiziali sia di natura filosofica e/o morale (derivanti dalle diverse concezioni “comprehensive” in senso rawlsiano del vivere e del morire compresenti nelle attuali società pluralistiche), sia di matrice politico-ideologica (con riferimento alla prevalenza rispettiva di orientamenti liberali, comunitari o autoritario-paternalistici)<sup>2</sup>. Come ho più volte avuto occasione tra i penalisti di rimarcare, anche l’interpretazione costituzionale dei principi o valori coinvolti nelle problematiche di fine-vita (quali autonomia personale, autodeterminazione, dignità ecc.) implica il riferimento – quantomeno in forma implicita – a considerazioni e argomentazioni morali, le quali, lungi dal poter essere sviluppate tramite una semplice esegesi testuale, rimandano alle ideologie e alle concezioni più o meno comprehensive degli interpreti<sup>3</sup>. Come vedremo, ancorché la Corte costituzionale abbia fatto a meno di esplicitare i presupposti etico-filosofici e politici di fondo della soluzione della vicenda Cappato, questi presupposti appaiono in qualche modo e misura desumibili dal complessivo impianto argomentativo adottato.

Un’altra premessa riguarda il ruolo del caso concreto *sub iudice* nel processo di concretizzazione interpretativa dei principi costituzionali e nelle operazioni di bilanciamento dei beni o valori in gioco<sup>4</sup>. Caso da prendere invero in considerazione,

---

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare ai miei precedenti scritti *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1383 ss.; e *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227 ss.

<sup>3</sup> G. Più diffusamente, G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit., 1400 ss. In termini più generali, cfr. B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 4/2004; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, 102 ss. Per una lucida riflessione sui possibili modi d’atteggiarsi dei rapporti tra diritto e morale nell’ambito degli ordinamenti costituzionali contemporanei si veda, in particolare, G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, 987 ss.

<sup>4</sup> Com’è noto, non manca qualche significativa voce dottrinale che tende a distinguere tra attività interpretativa in senso stretto (diretta ad assegnare significati alle disposizioni normative) e bilanciamento di beni o interessi (volto invece a fornire giustificazioni argomentative alle decisioni giudiziali): per tutti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 60, 134.

Per un approccio teorico incline a ridimensionare l’esigenza di ricorrere a operazioni di ponderazione e bilanciamento tra principi o diritti, dal momento che in molti casi i principi si applicherebbero in maniera categorica e, altresì, la tecnica di bilanciamento in sede giudiziale presenterebbe un maggior grado di discrezionalità influenzato da giudizi soggettivi di valore rispetto ad altre tecniche si veda L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2812 ss. (e, in senso critico, G. PINO, *Principi, ponderazione*, cit., 984 ss.).

più che nella sua individualità irripetibile, come caso tipologico espressivo di caratteristiche rilevanti riproducibili in una molteplicità di casi singoli<sup>5</sup>: è il caso così concepito che condiziona, infatti, la gerarchia mobile nella quale si pongono i beni da bilanciare al cospetto delle diverse situazioni fattuali che di volta in volta vengono in rilievo nell'ambito del giudizio di costituzionalità. Come vedremo, le caratteristiche specifiche della vicenda Cappato hanno esercitato – non a caso – un ruolo assai rilevante (e, forse, eccessivamente rilevante!) nel condizionare l'approccio della Corte alla problematica dell'aiuto al suicidio<sup>6</sup>.

## **2. Analisi della struttura argomentativa sottesa alla (complessiva) presa di posizione della Corte costituzionale**

Come è stato più volte rilevato, già nell'ordinanza interlocutoria n. 207/2018 i giudici costituzionali hanno sviluppato le premesse argomentative della dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p. sopravvenuta con la sentenza n.

---

Per una critica giusfilosofica più radicale dell'idea diffusamente consolidata che le norme costituzionali di principio, in quanto rispecchianti un ordine di valori, siano suscettibili di bilanciamento cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad.it., Milano, 1996, 302 ss. (le obiezioni habermasiane fanno leva sulla tesi che i principi e i diritti hanno uno statuto logico diverso da quello dei valori, nel senso che i principi o diritti hanno una dimensione deontologica per effetto della quale obbligano senza eccezione e in egual misura tutti i destinatari, mentre i valori hanno una dimensione teleologica e implicano relazioni di preferenza, comportano giudizi valutativi a carattere soggettivo che ne stabiliscono il peso rispettivo e lottano per la rispettiva prevalenza). Comunque sia, mette bene in evidenza come il modo di concepire il significato della Costituzione e le relative dottrine possano influenzare l'interpretazione costituzionale, escludendo peraltro che nella giurisprudenza costituzionale italiana sia dato rinvenire precisi, univoci e stabili ancoraggi a ben individuabili teorie o dottrine, G. ZAGREBELSKY, in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 267 ss.

<sup>5</sup> A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislazione penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 148 ss.

<sup>6</sup>Va segnalato che è presente, nella letteratura penalistica, una voce che tende ad accentuare la rilevanza dei casi concreti in particolare nell'ambito del biodiritto, prendendo originalmente le mosse dalle scoperte delle neuroscienze e conseguentemente suggerendo, ai fini della definizione anche dei casi di fine-vita, modelli di procedimentalizzazione – col coinvolgimento di comitati di esperti – idonei a tener conto anche del tipo di reazioni emotive (empatia, compassione ecc.) provate dai protagonisti delle diverse vicende: cfr. O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino 2009, 178 ss.; Id., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir.pen. e proc.*, n. 7/2018, 921 ss. e, ancora più di recente, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *Cass. pen.*, 2019, 1857 ss.

242/2019; ma è pur vero che una lettura attenta delle due decisioni consente di mettere allo scoperto alcune differenze non prive di rilievo.

2.1. Il presupposto comune al doppio intervento è costituito dalla riconversione che la Corte effettua del problema di costituzionalità entro confini più ristretti e specifici rispetto all'approccio iniziale del giudice remittente, il quale, muovendo da una prospettiva ideologica accentuatamente *liberal* volta a estremizzare il primato della libertà personale e del diritto all'autodeterminazione anche rispetto al bene della vita, aveva preteso di denunciare in via generale l'incostituzionalità della sottofattispecie dell'agevolazione al suicidio. Piuttosto, privilegiando una ottica di paternalismo moderato, compatibile con un liberalismo penale non dogmatico ma ponderato e cauto<sup>7</sup>, la Corte ritiene che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio – lungi dal violare la Costituzione – continui a trovare una persistente giustificazione in una preoccupazione politico-criminale a tutt'oggi presente in diversi ordinamenti, e riconosciuta dalla Corte di Strasburgo (a cominciare dalla nota sentenza *Pretty* contro Regno Unito del 2002) come non incompatibile con l'art. 8 CEDU che sancisce il diritto al rispetto della vita privata: la preoccupazione cioè di proteggere il "diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili", come "le persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto".

Ciò premesso in linea di principio, l'argomentare della Consulta procede prendendo nondimeno atto dell'esistenza di situazioni peculiari, ritagliate proprio in base alle caratteristiche tipologiche del caso oggetto di giudizio (il quale viene pertanto elevato in chiave generalizzante a sottofattispecie paradigmatica da scorporare per "dissociazione" interpretativa dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 580 c.p., che così subisce una riduzione teleologica del suo campo di applicazione<sup>8</sup>), rispetto

---

<sup>7</sup> G. FIANDACA, *Il diritto di morire*, cit. (con riferimenti anche alla stimolante teorizzazione filosofico-penalistica di Joel Feinberg, sviluppata in *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to self*, III, Oxford-New York 1986, 12 ss., e rispetto alla quale si veda anche il saggio di F. SERRAINO, *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Torino 2010); sui rapporti tra paternalismo penale e aiuto al suicidio cfr. anche D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7/2018, 59 ss.

<sup>8</sup> Sul metodo della interpretazione costituzionale per dissociazione di sottoclassi di comportamenti che vengono sottratte, sulla base di una reinterpretazione teleologica in senso restrittivo, dal campo più generale di applicazione di una fattispecie incriminatrice cfr., in particolare, A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi*, cit., 146 ss.

alle quali la suddetta esigenza di tutela viene messa in discussione dalla necessità di tenere conto di valori costituzionali concorrenti. Appunto riproducendo fotograficamente la vicenda Cappato, la tipologia casistica disegnata dalla Corte racchiude le ipotesi di persone affette da patologia irreversibile, produttiva di sofferenze fisiche o psicologiche percepite come intollerabili, tenute in vita grazie a trattamenti di sostegno vitale, ma rimaste capaci di prendere decisioni libere e consapevoli. Riservandoci di rispondere più in là all'interrogativo se si tratti di una tipologia ritagliata in modo eccessivamente restrittivo, va altresì rilevato che tale tipologia ricade in ogni caso anche all'interno dello spazio operativo di una libertà di lasciarsi morire per rifiuto di cure definita alla stregua dei principi elaborati dalla giurisprudenza (costituzionale ed ordinaria) maturata sulle questioni di fine-vita e, più di recente, fondamentalmente recepiti nella legge n. 219/2017 sul consenso informato e sulle DAT.

Solo che, com'è risaputo, l'area prima giurisprudenziale e poi normativa del legittimo lasciarsi morire non ha incluso quelle modalità comportamentali, riconducibili con antica terminologia all'ambito dell'eutanasia "attiva", che si traducono in forme di intervento o trattamento che provocano direttamente il decesso del paziente che ne fa richiesta perché incapace da solo di darsi la morte: per cui la fine della vita sopravviene non per il decorso naturale di una grave patologia che si rinuncia a contrastare, ma per l'introduzione di un fattore causale nuovo alla cui attivazione contribuisce una persona diversa dall'ammalato. Orbene, queste ipotesi di ausilio attivo al morire (a loro volta formalmente inquadrabili nel nostro ordinamento, a seconda delle circostanze e delle modalità concrete di causazione dell'evento, nelle fattispecie rispettive di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio) sono assiologicamente assimilabili, sotto il profilo anche penalistico, ai casi di legittimo lasciarsi morire? Se assimilabili, il differenziarle penalisticamente non viola innanzitutto il principio di eguaglianza-ragionevolezza?

In effetti, interrogativi di questo tipo hanno costituito non certo da oggi oggetto di riflessione filosofico-giuridica, come dimostra la migliore letteratura sul fine-vita maturata a livello internazionale. Può bastare qui ricordare ad esempio le prese di posizione a diverso titolo autorevoli di Ronald Dworkin in America e di Stefano Rodotà in Italia, convergenti già non pochi anni fa nel giudicare palesemente irrazionale in presenza di persone accomunate comunque da gravi e intollerabili sofferenze, e perciò ingiustificata a fronte di un'esigenza di eguaglianza nel poter morire, la differenza - percepibile soprattutto per effetto di fattori emotivi e di tabù

profondamente radicati - tra un (lecito) omettere di contrastare la morte e un (illecito) aiutare a morire<sup>9</sup>. Ecco che, da questo punto di vista, la svolta oggi compiuta dai giudici costituzionali nell'aprire spazi di liceità penale all'aiuto al suicidio non nasce dal nulla, ma ha alle spalle un risalente retroterra culturale in termini anche di progressiva elaborazione teorica di principi costituzionali riferibili alle situazioni di fine-vita. D'altra parte, è altresì vero che nel corso degli anni a noi più vicini è andata ulteriormente maturando in larghi strati della pubblica opinione, e persino in alcuni settori del mondo cattolico, un atteggiamento favorevole ad un sempre più ampio riconoscimento del principio dell'autodeterminazione personale del malato nelle scelte terminali di vita o di morte; e di questa evoluzione della sensibilità collettiva non può non risentire una Corte costituzionale che, come quella italiana, mostra una crescente volontà di ascolto dei bisogni e delle richieste provenienti dalla società o da soggetti istituzionali che rappresentano interessi dei cittadini e, a tal fine, va adeguando i suoi regolamenti e le sue procedure operative<sup>10</sup>.

Ma vediamo più in dettaglio, a questo punto, come la Corte ha sviluppato la sua trama argomentativa nelle due decisioni in commento.

**2.2.** Nel mettere in evidenza le ragioni che a suo giudizio consentono di relativizzare il divieto penale di aiuto al suicidio, ammettendo ben circoscritte eccezioni alla sua operatività, i giudici costituzionali – a partire dall'ordinanza interlocutoria n. 207/2018 – sviluppano una struttura argomentativa che fa interagire i diritti alla vita, alla dignità umana e all'autodeterminazione col principio di eguaglianza-ragionevolezza.

---

<sup>9</sup> R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it., Milano, 254; S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, 254. Nell'ambito della letteratura penalistica italiana più recente, il principio di eguaglianza/ragionevolezza, quale parametro costituzionale pertinente per mettere in discussione la persistente punibilità dell'aiuto al suicidio in presenza di situazioni che autorizzerebbero un legittimo lasciarsi morire, viene ad esempio evocato da D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71.

Per una possibile spiegazione in chiave di psicologia cognitiva del tradizionalmente radicato e diffuso orrore emotivo di fronte all'eutanasia attiva cfr. O.DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, cit., 29 ss.; Id., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio*, cit., 919.

<sup>10</sup> Riferimenti alle novità regolamentari più recenti si leggono nell'articolo di G. Bianconi dal titolo *I processi alla Consulta aperti alle istanze della società civile*, pubblicato nel *Corriere della sera* del 12 gennaio 2020. Nell'ambito della dottrina costituzionalistica, pone in evidenza sia gli aspetti positivi, sia i rischi di questa progressiva apertura della Corte alla società esterna A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 268 ss.

Sintetizzo i passaggi principali.

Cominciando dal diritto alla vita, merita di essere riportato questo passo: “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 di trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – 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”. Come emerge chiaramente, tra le motivazioni che rendono ingiustificata l’assolutezza del divieto penale di aiuto al suicidio la Corte menziona il fatto che il paziente possa percepire più conforme alla “propria idea di morte dignitosa” un ausilio che acceleri il decesso rispetto al decorso più lento di un lasciarsi morire per interruzione di sostegni vitali. E vale la pena, in proposito, notare che il valore della dignità viene richiamato nel testo dell’ordinanza – sia pure con formule linguistiche diverse – ben cinque volte: non solo per la frequenza del richiamo, ma anche per quanto risulterà più chiaro appresso, dedicherò al tema della dignità considerazioni a parte (v. *infra*, par. 3).

Ma poiché – continua ad argomentare la Corte – anche il malato che chiede di essere aiutato a morire può essere in grado di manifestare una volontà altrettanto valida di quella espressa dal paziente che rifiuta le cure e i sostegni vitali, ecco che il generale divieto di ausilio al suicidio finisce nel contempo col limitare la libertà di autodeterminazione riconosciuta dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost. E l’ulteriore passaggio argomentativo è questo: dal momento che nelle situazioni particolari di malati gravi e gravemente sofferenti, e però capaci di esprimere una autentica volontà di rinunciare alla vita, l’assolutezza del divieto penale non trova giustificazione nell’esigenza di proteggere altri interessi costituzionalmente apprezzabili, ne deriva che mantenere un divieto così generale finisce altresì col violare i principi di eguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive e di ragionevolezza *ex art.* 3 Cost. (parametro – aggiunge la Corte – non evocato dal giudice remittente, ma comunque rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana).

Riassuntivamente, non sembra peraltro superfluo evidenziare che la cornice di valori/principi che i giudici costituzionali utilizzano per ridurre teleologicamente

l'ambito operativo dell'art. 580 c.p. viene, in larga misura, a coincidere con quella cui si ispira la legge n. 219/2017 (in particolare, con riguardo alla tutela della dignità e autodeterminazione del paziente). Da questo punto di vista, la Consulta replica, dunque, un orizzonte assiologico già recepito in tema di fine-vita dal legislatore democratico.

**2.3.** La motivazione della sentenza n. 242/2019 ripropone *per relationem*, in punto di illegittimità costituzionale di una indiscriminata repressione della agevolazione al suicidio, i principali argomenti sviluppati – e come fin qui sintetizzati – nell'ordinanza n. 207/2018.

Da un confronto tra le motivazioni delle due decisioni emergono, però, alcune differenze. Una la esplicito subito (l'altra la indicherò appresso: cfr. par. 2.5): mentre nell'ordinanza interlocutoria il valore della dignità nel morire – come già detto – veniva evocato cinque volte, nella sentenza successiva la Corte si è limitata (se abbiamo letto bene!) a richiamarlo una sola volta<sup>11</sup>. Torneremo appresso sul punto (*infra*, par. 3).

Com'è noto, la parte più innovativa della motivazione della sentenza concerne l'individuazione 'integratrice' – ad opera della stessa Corte – dei presupposti procedurali e delle cautele dirette a garantire un preventivo controllo circa l'esistenza delle condizioni che, nel caso dei malati gravi e gravemente sofferenti, rendono penalmente irrilevanti aiuti esterni volti ad accelerare la morte. Rinviando per una esposizione più dettagliata al par. 5 della motivazione, mi limito a rilevare che la Corte si preoccupa di contenere il suo approccio 'creativo' all'interno di coordinate già presenti nell'ordinamento, facendo precisamente riferimento alla medesima procedura medicalizzata affidata a strutture pubbliche di servizio prevista dalla legge n. 219/2017. È vero che, così procedendo, i giudici costituzionali prospettano una soluzione che non si inventano di sana pianta, ma che ricavano – appunto – da una disciplina legale preesistente. Ma è non meno vero che, non trattandosi di una soluzione a "rime obbligate", l'apporto integrativo finisce con l'assumere una valenza 'paralegislativa' (v. anche *infra*, par. 5).

**2.4.** Giunti a questo punto, è venuto il momento di sollevare un interrogativo: è esente da obiezioni l'assunzione della vicenda Cappato a caso paradigmatico cui fare

---

<sup>11</sup> La differenza è colta anche da C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, n. 12/2019, 46.

riferimento per selezionare la tipologia casistica da sottrarre allo spazio applicativo dell'art. 580 c.p.? Più in particolare, sorge il dubbio se abbia effettiva giustificazione l'inserimento, tra le condizioni di un aiuto non punibile, della circostanza che il paziente sia altresì tenuto in vita da sostegni vitali.

In effetti, che un malato grave in modo irreversibile e gravemente sofferente possa o meno contingentemente necessitare di mezzi artificiali di sostentamento (come ad esempio la ventilazione e la nutrizione artificiale) è un dato che dipende da fattori fortuiti connessi alla oggettiva diversità empirica dei quadri patologici. Una evenienza, quindi, estrinseca ed occasionale, come tale – a ben vedere – inidonea a fungere da *ratio distinguendi* di situazioni esistenziali che, in termini di comparazione valoriale, appaiono più simili che dissimili. Insomma, il punto davvero determinante, anche ai fini di un giudizio di irrilevanza penale, è che la richiesta di assistenza al suicidio provenga comunque da persone affette da patologie incurabili e gravate da sofferenze insopportabili; se così è, altre condizioni aggiuntive (come, appunto, il ricorso attuale a sostegni vitali) risultano prive di rilievo, e perciò censurabili alla stregua dei principi di eguale trattamento e ragionevolezza.

Non è, pertanto, da escludere che con futuri interventi della stessa Corte costituzionale o del legislatore il requisito della sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale, in quanto superfluo e irragionevole, venga rimosso dall'insieme dei presupposti di un aiuto al suicidio non punibile<sup>12</sup>.

**2.5.** Quanto infine alle disposizioni costituzionali utilizzate quali parametri di riferimento, dal confronto tra la precedente ordinanza e la successiva sentenza emerge invero questo punto di divergenza: nella seconda mancano (se abbiamo letto bene!)

---

<sup>12</sup> Cfr., tra altri, C. CASONATO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in AA.VV., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti e S. Vinciguerra, Padova 2019, 101; C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 54 e nota 25 (dove si richiamano anche recenti iniziative legislative che tendono ad ampliare nel senso del testo i presupposti di un aiuto al suicidio irrilevante penalmente). Sostiene invece, ma senza fornire in proposito una adeguata motivazione, che manchi lo spazio per ulteriori rimessioni alla Consulta volte ad ampliare l'ambito della non punibilità, L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2019, 196.

Più in generale, per lucidi rilievi sul problema della individuazione dei presupposti di forme ammissibili di aiuto a morire cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in AA.VV., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 147 ss., 151 ss.

richiami espliciti al principio di eguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, evocato invece nella motivazione della prima.

Leggendo poi la parte conclusiva della pronuncia di parziale incostituzionalità, risulta che l'accento viene espressamente posto sulla violazione delle disposizioni di cui agli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., le quali sono – non a caso – quelle cui vengono di solito ricondotti i valori o principi costituzionalmente rilevanti menzionati dalla legge n. 219/2017. Ma rimane pur vero che, essendo stato mantenuto fermo, tra le principali cadenze argomentative dell'impianto motivazionale complessivo (derivante dalla lettura congiunta delle due decisioni), il riconoscimento della irragionevolezza di una discriminazione di trattamento penale tra rifiuto di cure e aiuto al suicidio, la violazione dell'art. 3 continua comunque a costituire un presupposto (almeno) implicito della declaratoria di parziale incostituzionalità. Perché la Corte ha fatto a meno di dirlo esplicitamente? Per la preoccupazione, forse, di aprire le porte a future eccezioni di costituzionalità per irragionevole disparità di trattamento di tipologie casistiche non coincidenti con quella selezionata dalla Corte, ma per qualche ragione suscettibili di essere ritenute a questa assimilabili?

### 3. Dignità nel morire?

Come già detto, tra i valori/principi evocati dalla Consulta rientra quello della dignità (esplicitamente enunciato anche nella legge n. 219/2017). Ma, richiamato ben cinque volte nell'ordinanza n. 207/2018, esso finisce nella sentenza n. 242/2019 con l'essere menzionato molto meno. Perché? Avendolo notato, un attento commentatore sospetta che il forte ridimensionamento del valore in parola non sia casuale, ma si spieghi con la preoccupazione di "scongiurare un possibile cortocircuito tra la nozione *soggettiva* patrocinata nell'ordinanza n. 207 e una lettura della dignità di matrice marcatamente *oggettiva*, enucleabile invece dal tenore della sentenza n. 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione"<sup>13</sup>.

Quale che ne sia il vero motivo, di questo ridimensionamento non mi sorprendo, né – tantomeno – mi dolgo. Ancorché il valore della dignità occupi da sempre una posizione centrale nell'ambito di vari temi costituzionalmente rilevanti e anche delle tematiche di fine-vita, rientro non da ora nel novero di quanti dubitano della utilità di elevare la dignità umana a meta-valore o meta-bene di riferimento della bioetica e

<sup>13</sup> C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 46.

del biodiritto<sup>14</sup>. Ciò anche a causa della genericità, indeterminatezza e polivalenza che ineriscono al concetto stesso di dignità umana quale concetto culturalmente condizionato, e che ne consentono un uso piegato a finalità addirittura opposte: infatti, “esso può servire da ancoraggio per portare argomenti sia a favore dei diritti individuali, potenziando l’area della *privacy*, sia a favore della dimensione sociale della vita dei singoli, aprendo così la via all’ingerenza dei poteri comunitari”<sup>15</sup>. Sicché, tenderei a condividere il rilievo secondo cui il richiamo frequente alla dignità, nella giurisprudenza costituzionale, “è una specie di *commodus discessus* che consente di giungere ad una conclusione che si vuole persuasiva per il semplice appello a un valore troppo importante per essere messo in discussione”<sup>16</sup>.

Ma come si colloca il riferimento alla dignità nella struttura argomentativa sviluppata dalla Corte nel caso Cappato? A ben vedere, ci troviamo di fronte ad un nodo interpretativo che non è facile sciogliere. Il collegamento desumibile dall’impianto motivazionale è quello tra senso della dignità del vivere (o del morire) e diritto all’autodeterminazione personale: ed è chiaro che, anche per la Corte, si tratta di un senso della dignità rapportato al vissuto soggettivo del paziente. Ciò detto, è però anche vero che i giudici fanno a meno di esplicitare precisi nessi concettuali e normativi tra dignità e autodeterminazione, per cui l’una e l’altra vengono accostate senza spiegare il reciproco rapporto<sup>17</sup>. E, d’altra parte, se si guarda alla copiosissima (e multidisciplinare) letteratura sul tema, quel che si scopre è un panorama talmente variegato di posizioni da rasentare l’arbitrio concettuale o il virtuosismo retorico.

Nell’ambito della dottrina costituzionalistica, uno studioso autorevole (oggi giudice costituzionale e, per di più, estensore delle decisioni in commento) ad esempio definisce la dignità un “valore pervasivo”, inclinando a ravvisare in essa la base del riconoscimento dei diritti inviolabili, con ulteriori valenze nell’ambito dei diritti sociali<sup>18</sup>. In una prospettiva (almeno in parte) sostanzialmente simile, tra i penalisti vi

---

<sup>14</sup> G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e ‘post-secolarismo’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 556 ss.; Id., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 76 ss.

<sup>15</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 283. Nella dottrina penalistica, per una lucida messa allo scoperto dei possibili usi discutibilmente strategici del riferimento alla dignità umana come diritto fondamentale o bene giuridico cfr., in particolare, A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino 2013.

<sup>16</sup> R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019, 1.

<sup>17</sup> Più in generale, sugli usi del principio della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale cfr., tra altri, G. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, 3159 ss.

<sup>18</sup> F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 22 s.

è chi afferma che la tutela della persona esige che siano tutelate la vita, l'autonomia, la dignità della persona, però precisando: "Dignità della persona, titolare dei diritti; non dignità quale valore astratto. L'autonomia della persona è un aspetto della dignità della persona"<sup>19</sup>. In quest'ultimo modo di argomentare, sembrerebbe implicita la tendenza a ricostruire il concetto di dignità muovendo da una concezione di fondo liberale, che eleva l'autonomia individuale a proiezione della stessa dignità.

L'enfasi posta sulla dignità riceve una forte accentuazione in un recente lavoro dedicato – non a caso – alle scelte di fine-vita nel contesto della legge n. 219/2017. La tesi centrale è che il valore della dignità, richiamato quattro volte nella legge suddetta, andrebbe inteso in maniera composita, cioè in senso sia soggettivo che oggettivo, e che esso costituirebbe massima espressione dell'autodeterminazione dell'individuo e – nel contempo – limite all'autonomia del medesimo soggetto. Così concepita, la dignità fungerebbe da principale valore guida dell'attività ermeneutico-ricostruttiva del giudice (specie rispetto alle parti in cui la legge n. 219 può risultare lacunosa), pur nella consapevolezza che il nucleo essenziale della dignità si coglie più per intuizione, che per definizione concettuale<sup>20</sup>. A ben vedere, una posizione come questa, che per un verso sembra ribaltare il rapporto tra autodeterminazione e dignità (ritenendo la seconda una proiezione della prima) e per altro verso – contraddittoriamente? – assume quest'ultima a limite della libertà di scelta, conferma in maniera emblematica la difficoltà di un impiego giudiziale del concetto di dignità posto al riparo da manipolazioni, oscillazioni, usi fin troppo discrezionali e opportunisticamente preconcreti.

A riprova, mi sembra molto significativo che tra le voci più critiche della soluzione costituzionale del caso Cappato figurino quella di Antonio Ruggeri, di un costituzionalista cioè propenso a sottolineare con forza il rapporto di "mutua alimentazione" tra diritti fondamentali e – appunto – dignità. Secondo Ruggeri, la Corte sarebbe caduta in un duplice errore. In primo luogo, privilegiando una concezione meramente soggettiva della dignità, i giudici avrebbero finito in buona sostanza col risolverla nella autodeterminazione individuale; mentre, per coglierla in modo corretto, essi avrebbero dovuto riconfigurarla anche (e soprattutto) in una

---

<sup>19</sup> D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 67.

<sup>20</sup> R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma 2019, 53 ss. La tesi del carattere prevalentemente "intuitivo" della dignità l'autore la ricava, aderendovi, dal pensiero del costituzionalista A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consultaonline*, 3 giugno 2018, 395.

dimensione oggettiva trascendente e sovrastante la volontà dei singoli, ricorrendo condizioni costituzionalmente stabilite (che non vengono peraltro dall'autore specificate). In secondo luogo, la Corte avrebbe finito col confondere la dignità con la qualità della vita: la dignità invece farebbe tutt'uno con la persona e sussisterebbe per il mero fatto dell'esistenza in vita, perdurando persino dopo la morte; e le sofferenze, lungi dallo spegnerla, all'inverso la esalterebbero, "e perciò come tali non giustificano il dare la morte anche a coloro che, in preda alla disperazione, la invocano"<sup>21</sup>. Orbene, obiezioni come queste forniscono un ennesimo riscontro di come alla base delle divergenze circa la nozione di dignità continuino a esservi contrasti di fondo che hanno radice, prima ancora che nel terreno dell'interpretazione costituzionale, nelle concezioni di fondo (religiose, morali, ideologiche ecc.) del singolo interprete, le quali a loro volta condizionano pregiudizialmente la lettura della Costituzione<sup>22</sup>. Il contrasto ha dunque motivazioni assiologiche, più che scientifiche. E, per l'ennesima volta, si tratta di fare costituzionalmente convivere più visioni morali della vita e della morte, cercando soluzioni di compromesso suscettibili di riscuotere – per dirla con Rawls – un "consenso per intersezione" il più ampio possibile.

Ma la ricerca di compromessi ampiamente condivisibili non è facile neppure per un tribunale costituzionale. Per esemplificare, si consideri appunto il tipo di impiego del *topos* della dignità che la Corte ha di recente fatto nella sentenza sopra richiamata n. 141/2019 in tema di prostituzione. In questa pronuncia, relativa a una fattispecie concreta di reclutamento di cosiddette escort (cioè una tipologia di attività rispetto alla quale è, oggi, quantomeno dubbio che esista un univoco e diffuso atteggiamento collettivo di disapprovazione!), i giudici hanno privilegiato una nozione oggettiva di dignità umana concepita secondo una supposta coscienza sociale dominante, alla cui stregua la prostituzione (delle stesse escort) costituirebbe un'attività che degrada e svilisce la persona riducendo la sfera più intima della corporeità a livello di merce. Essendo questa una conclusione abbastanza opinabile, specie in una società come quella odierna caratterizzata dalla coesistenza di concezioni morali tutt'altro che omogenee, la sentenza in questione può a ben ragione essere criticata come un ennesimo esempio di come l'adozione di una idea oggettiva di dignità umana possa

---

<sup>21</sup> A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel caso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consultaonline*, 21 febbraio 2019, 99 ss.

<sup>22</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 321 ss.; e, nell'ambito della dottrina penalistica italiana, si veda G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 556 ss.; Id., *I temi eticamente sensibili*, cit., *passim*.

finire col trasformarla in una entità auto-assertiva, nel cui nome si pretende di imporre coattivamente presunti valori morali maggioritari (se non addirittura metafisicamente universali!).<sup>23</sup>

Riproponendo una sollecitazione espressa in precedenti sedi<sup>24</sup>, ribadirei – proprio allo scopo di prevenire usi retorici, autoritari, opportunistici o inflattivi della dignità – che è opportuno un paziente lavoro di riflessione volto a verificare se, in rapporto alle diverse costellazioni problematiche che vengono di volta in volta in rilievo, il riferimento all’indeterminato concetto della dignità umana nasconda, più di quanto evidenzi, il vero valore o bene in gioco.

Ora, quel valore connesso alle situazioni di fine-vita, che anche la Corte costituzionale ha ritenuto di poter definire come dignità (e, comprensibilmente, in una accezione più soggettiva che oggettiva), verosimilmente si presta a essere meglio indicato con concetti e termini più appropriati: cioè come senso o sentimento del sé, cui rimanere fedeli anche nei momenti finali dell’esistenza; un rispetto della propria immagine o del proprio modello di persona, da preservare nelle decisioni cruciali non solo sulla vita ma anche sulla morte, quale espressione della propria personalità e identità<sup>25</sup>.

#### 4. Un nuovo diritto?

Nel novero di altri diritti connessi al diritto alla salute, e più o meno direttamente desumibili dall’art. 32 Cost., hanno ricevuto un riconoscimento prima giurisprudenziale e poi legislativo il diritto di rifiutare (o interrompere) trattamenti sanitari non imposti per legge e quello cosiddetto di lasciarsi morire.

Dalla soluzione costituzionale del caso Cappato è possibile, oggi, altresì desumere un ulteriore diritto al suicidio assistito? Nel linguaggio giornalistico utilizzato per spiegare o commentare gli interventi della Corte, si è parlato ad esempio di “un diritto al suicidio in particolari condizioni”<sup>26</sup>. E si sa che la lingua dei media, e più in generale l’uso linguistico corrente si prestano a fungere da strumenti che

<sup>23</sup> F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *Legislaz. pen.*, 21 novembre 2019, 29 ss.

<sup>24</sup> G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 556 ss.

<sup>25</sup> R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 330.

<sup>26</sup> Si veda l’articolo di Luca De Vito, dal titolo *Aiutò Fabo a uccidersi, Cappato assolto*, pubblicato ne *la Repubblica* del 24 dicembre 2019.

contribuiscono a promuovere il mutamento della nostra mentalità e del nostro sentire. Ma come stanno effettivamente le cose in punto di diritto?

Si può, innanzitutto, escludere che ci si trovi di fronte all'avallo costituzionale di un diritto generale al suicidio. Più limitatamente, il punto riguarda la configurabilità di un diritto di morire, o meglio di darsi la morte con l'ausilio di altri, in presenza di condizioni patologiche gravi in modo irreversibile e produttive di sofferenze intollerabili. In effetti, già in sede di primi commenti dell'ordinanza n. 207/2018 si è cominciato in dottrina a prospettare un diritto alla piena dignità anche nella morte, che includerebbe una nuova modalità esecutiva in forma di aiuto altrui del preesistente diritto a lasciarsi morire<sup>27</sup>. In termini fondamentalmente analoghi, si è sostenuto che sarebbe venuto a esistenza un diritto a morire del malato che versa in condizioni insopportabili, ma che la Corte non lo avrebbe detto apertamente per il timore della "deriva" dei passi successivi: per effetto dell'evoluzione storico-giuridica, sarebbero così nati due diritti distinti, cioè prima quello del rifiuto di cure, e poi quello a trattamenti terminali nel morire (includenti forme di contributo attivo alla cessazione della vita). Il primo diritto si configurerebbe come autonomo se finalizzato soltanto a rifiutare una certa terapia (o a sceglierne una diversa), mentre sarebbe strumentale rispetto al secondo se esercitato per non soffrire più e, dunque, per morire<sup>28</sup>.

Ma ha davvero senso parlare, nelle specifiche situazioni cui facciamo riferimento, di un diritto a morire inteso come diritto al suicidio assistito quale diritto ulteriore rispetto a quello di lasciarsi morire? Si può, oltretutto, osservare che il termine "suicidio" propriamente allude a un attacco letale alla vita del proprio corpo: mentre nelle situazioni particolari di cui parliamo il malato tende, più che ad aggredire se stesso, a liberarsi da sofferenze che egli non riesce più a tollerare<sup>29</sup>. Se così è, potrebbe allora apparire più appropriato prospettare un diritto (principale) del malato a non subire più sofferenze percepite come intollerabili; diritto, a sua volta, esercitabile – a seconda dei casi e dei differenti quadri patologici – sia rifiutando o interrompendo terapie e sostegni vitali, sia richiedendo forme (attive) di assistenza nel morire. Senonché, incombe il rischio che lo sforzo diretto a enucleare nel modo più

---

<sup>27</sup> In questi termini, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018, 4; Id., *Il Parlamento*, cit., 48.

<sup>28</sup> M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. (L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2855 ss.

<sup>29</sup> Cfr. anche S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo*, cit., 152 s.

pertinente e puntuale la tipologia di nuovo diritto emergente degni, alla fine, in una esercitazione accademica. Anche se rimane vero che la propensione a tratteggiare la fisionomia di un nuovo diritto può risultare funzionale all'obiettivo politico di sottolineare anche simbolicamente il progressivo estendersi degli spazi dell'autodeterminazione individuale e, nel contempo, all'obiettivo pratico di far sì che la possibilità del malato di essere agevolato nel morire non rimanga un'ipotesi astratta ma si traduca in realtà. A indebolire la natura di vero e proprio diritto della richiesta di aiuto a morire deprime, però, la circostanza che la stessa Corte ha escluso di configurare a carico dei medici del servizio sanitario nazionale, quale struttura pubblica preposta alla procedura medicalizzata, un obbligo giuridico di dare esecuzione alla volontà del paziente<sup>30</sup>.

In ogni caso, merita attenzione quella parte della dottrina penalistica che tende a spiegare le ragioni dell'irrilevanza penale dell'aiuto al suicidio in una prospettiva diversa da quella dell'espandersi dei diritti germinanti pur sempre come fonte dall'autodeterminazione e dal consenso del malato. Alludo cioè alla tesi di una brillante studiosa, che inclina a ravvisare nella condizione umana di eguale insopportabilità della sofferenza (piuttosto che nell'autodeterminazione individuale intesa come diritto in senso stretto) la ragione decisiva che induce "ad assimilare e quindi a suggerire una risposta giuridica identica per casi di fine-vita che fattualmente e dal punto di vista dell'inquadramento dogmatico sono anche molto diversi tra loro"<sup>31</sup>. E, in una prospettiva (almeno in parte) analoga nella sostanza, un autorevole penalista – culturalmente incline, non da ora, a valorizzare anche la dimensione comunitaria e solidaristica della condizione umana – individua il più plausibile fondamento della relativizzazione del divieto penale di aiuto al suicidio non già in un ulteriore passo avanti compiuto dal diritto all'autodeterminazione: bensì nella "circostanza assai più banale che una reazione penale per un supporto esterno a un gesto che il malato, giunto allo stremo della sopportazione, intende tenacemente compiere egli stesso, sembra oggi eccessiva", e lo sembra per "un mutato sentire in rapporto a contesti e a vicende tragiche di tal fatta"; per cui l'aiuto al suicidio non sarebbe divenuto lecito in

---

<sup>30</sup> Da questo punto di vista, incomberebbe dunque sul futuro legislatore il compito di introdurre una espressa regolamentazione volta a rendere compatibili il rispetto della possibile "obiezione di coscienza" dei sanitari e la garanzia che la richiesta di ausilio del malato non venga di fatto elusa.

<sup>31</sup> O. DI GIOVINE, *Il ruolo del consenso informato*, cit., 1855 s. Da questa tesi l'autrice fa derivare che, per affrontare le situazioni di fine-vita, siano preferibili procedure non standardizzate e non rigidamente regolamentate, ma basate sulla vicinanza alla condizione umana di sofferenza del malato e, perciò, orientate a cogliere le peculiarità dei diversi casi concreti (*ivi*, 1857 ss.).

*Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale*

base a una causa di giustificazione (cosiddetta procedurale<sup>32</sup>) connessa a un diritto del malato, ma sarebbe non più meritevole di punizione per effetto di un avvenuto mutamento della sensibilità collettiva<sup>33</sup>.

Quale, tra le diverse opzioni teoriche in campo, è la giustificazione preferibile della non punibilità del supporto al morire prestato alle persone gravemente malate e sofferenti? Ancora una volta, la preferenza deriva, più che da principi costituzionali rigidamente vincolanti o da ragioni scientifiche inoppugnabili, da premesse etico-politiche rispettivamente favorevoli a concedere crescente spazio alla libertà di autodeterminazione o a bilanciarla con valori (e preoccupazioni) a carattere comunitario.

## 5. Tra giurisdizione e legislazione

È noto che le due pronunce della Corte hanno finora suscitato reazioni non poco contrastanti nell'ambito della dottrina sia costituzionalistica, sia penalistica. Com'era prevedibile, mentre i penalisti hanno concentrato l'attenzione soprattutto sul problema (di diritto sostanziale) della restrizione dell'ambito di operatività dell'art. 580 c.p., i costituzionalisti hanno mostrato molto interesse anche per l'innovativo metodo di decisione adottato dai giudici.

Nei limiti in cui pure sul versante penalistico si è presa in considerazione la tecnica decisoria, il giudizio prevalente è nel senso di un sostanziale apprezzamento della scelta di aver fatto precedere una ordinanza interlocutoria di messa in mora del legislatore, perché la Corte avrebbe così manifestato un (quantomeno iniziale) atteggiamento rispettoso del principio della divisione dei poteri e della *ratio* democratica del principio della riserva di legge in materia penale. Mentre il superamento della discrezionalità legislativa, realizzato con la sentenza successiva, è per lo più considerato come una forma di supplenza tollerabile, stante la perdurante

---

<sup>32</sup> Su questo tipo di causa di giustificazione cfr., per tutti, W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtsfertigungen*, in *Festschrift fuer G. Mahrenholz*, 1990, 731 ss. A ben guardare, neppure la categoria della scriminante procedurale può essere considerata ideologicamente neutrale: la procedimentalizzazione infatti, lungi dal poter significare – come una parte della dottrina pretende – che l'ordinamento si astiene del tutto dal prendere posizione tra i beni in conflitto, veicola in realtà il messaggio che la legge penale privilegia l'autodeterminazione non in maniera incondizionata, ma subordinandone l'esercizio ad una procedura di verifica dell'esistenza di presupposti legalmente tipizzati (cfr. G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit., 1406).

<sup>33</sup> M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (Sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 2020, 8 gennaio 2020, 8.

inerzia del legislatore e incombendo comunque l'esigenza di evitare il protrarsi di un *vulnus* costituzionale. Inoltre, in ambito penalistico viene prevalentemente condiviso il complessivo impianto argomentativo posto alla base della dichiarazione di parziale incostituzionalità<sup>34</sup>.

Più articolato risulta il quadro d'insieme desumibile dai commenti di matrice costituzionalistica. A fronte di prese di posizione in termini di prevalente apprezzamento<sup>35</sup>, si registrano infatti commenti critici (sia pure di differente gradazione) sul duplice piano del metodo e del merito. Così, vi è chi contesta in modo deciso alla Corte sia di avere concesso uno spazio eccessivo alla libertà di autodeterminazione, sia di avere contraddittoriamente prima osservato, e poi spregiudicatamente oltrepassato la barriera della riserva di legge penalistica, sino al punto di inventarsi di sana pianta una disciplina derivante tutt'altro che a "rime obbligate" dalla Carta: insomma, mentre l'ordinanza n. 207/2018 soffrirebbe di un "vizio congenito", la successiva sentenza n. 242/2019 sarebbe un atto di "vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza"<sup>36</sup>. Ma vi è di più. L'ordinanza sul caso Cappato è stata, da un altro costituzionalista critico, addirittura inclusa in un gruppo di pronunce che risulterebbero sintomatiche di una recente tendenza della Corte costituzionale – etichettata come "suprematismo giudiziario" – a debordare dai limiti della giurisdizione, a coniare nuovi moduli di decisione e a riscrivere norme sostanziali, così sconfinando in una maniera e in una misura assolutamente incompatibili con l'equilibrio dei poteri<sup>37</sup>.

Personalmente, rientro non da ora nel novero di quanti diffidano delle letture della giurisprudenza costituzionale tendenti ad attribuire alla Corte preordinate strategie orientate a modificare l'equilibrio dei poteri, o esplicite teorizzazioni sulle

---

<sup>34</sup> Cfr., tra altri, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio*, cit., 6; G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 269 ss.

Quanto all'iter argomentativo della sentenza n. 242/2019, giudizi meno favorevoli sono stati – non a caso – espressi da studiosi di ben noto orientamento cattolico: si allude a L. EUSEBI, *Il suicidio assistito*, cit. e a M. ROMANO, *Aiuto al suicidio*, cit.

<sup>35</sup> Ad esempio, C. CASONATO, *L'ordinanza*, cit., 95 ss., 101 ss.

<sup>36</sup> A. RUGGERI, *Rimosso senza indugi 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](http://www.giustiziainsieme.it), 27 novembre 2019; Id., *Fraintendimenti concettuali*, cit.

<sup>37</sup> A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., *passim*.

modalità di interazione col potere legislativo<sup>38</sup>. Sicché, continuerei a pensare che le decisioni costituzionali risentano, a tutt'oggi, di fattori mutevoli di condizionamento connessi in primo luogo alle peculiarità delle questioni sul tappeto, ma anche – tra l'altro – al contingente quadro politico di riferimento e al coefficiente di tollerabilità di una eventuale inazione legislativa tenuto anche conto dell'importanza o urgenza dei problemi di costituzionalità da affrontare.

Rimane, peraltro, vero che la soluzione del caso Cappato può apparire ed è apparsa discutibile in sé stessa, a prescindere da ogni presunta valenza sintomatica di portata più generale. E difatti anche dal canto mio, nell'ambito dei paragrafi precedenti, ho messo in evidenza punti suscettibili di convincere di meno dal punto di vista della motivazione delle conclusioni di merito. Quanto alle riserve avanzabili in particolare nella prospettiva della divisione dei poteri, escluderei però che rientri nei compiti di una di scienza giuridica in senso stretto distinguere tra legittimi spazi di intervento e inammissibili straripamenti della giurisdizione costituzionale. In assenza di stringenti criteri logico-giuridici di demarcazione, il giudizio sui limiti di tollerabile 'creatività' della Corte finisce con l'essere influenzato da una molteplicità di fattori a carattere soprattutto politico-valutativo (tra i quali, la convergenza o divergenza tra il tipo di bilanciamento assiologico effettuato nelle singole sentenze e la personale scala di valori del commentatore di turno; la rispettiva maggiore idoneità contingente della Consulta o del potere legislativo a farsi carico della soluzione della questione sul tappeto; le pregiudiziali preferenze astratte o di principio circa i rispettivi spazi di intervento da assegnare, in una democrazia costituzionale, alla discrezionalità legislativa e al controllo di costituzionalità, ecc.).

Ma la dimensione politico-valutativa (latamente intesa) non può, altresì, non influenzare – come ho qui più volte rilevato – anche la valutazione critica della soluzione che i giudici hanno prospettato sul piano del merito contenutistico, essendo in gioco importanti profili di carattere metagiuridico che rinviano alle differenti visioni ideologiche e alle diverse concezioni morali compresenti in una società pluralistica come la nostra. Ciò ribadito, e guardando appunto dal mio orizzonte di studioso di tendenziale vocazione *liberal* – e, per di più, in linea di principio favorevole ad una riduzione ancora più ampia della punibilità delle condotte di contorno al suicidio –, sono indotto a manifestare più condivisione che dissenso rispetto alla

---

<sup>38</sup> Per rilievi critici in particolare all'analisi di Morrone richiamata alla nota precedente cfr. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 757 ss.

doppia pronuncia della Corte. Non ultimo, per queste (forse intuibili) ragioni. Pur avendo la sentenza n. 242/2019 assunto una valenza paralegislativa, la riserva di legge è stata elusa non già per estendere, ma in ogni caso per restringere l'ambito della rilevanza penale; inoltre, stante la perdurante latitanza del parlamento, è come se il potere politico avesse volutamente ceduto alla Consulta la funzione di legiferare.

Ancorché la Corte si sia preoccupata di prospettare una soluzione ideologicamente lontana da un estremismo individualistico, non vi è dubbio che il tipo di bilanciamento assiologico da essa effettuato risente comunque di una concezione etico-politica più liberale che comunitaria. Se così è, si pone il problema del livello di accettabilità sociale del modello di soluzione adottato dalla Corte, considerato che rispetto ai temi eticamente sensibili coesistono pur sempre a tutt'oggi (nonostante il progressivo avanzamento della prospettiva liberale) visioni di fondo non convergenti. Come affrontare un tale problema? Sarei invero tentato, in proposito, di raccogliere una suggestione che traggio da Juergen Habermas. Proprio riguardo alle decisioni giudiziarie (specie costituzionali) vertenti su questioni molto controvertibili, il filosofo tedesco suggeriva – alcuni anni fa – di dar vita a una sorta di “sfera pubblica giuridica”: cioè a una sede istituzionalizzata, inclusiva di saperi e competenze che trascendono le culture giuridiche specialistiche, dove poter avviare pubbliche discussioni e confronti su sentenze problematiche allo scopo, per l'appunto, di verificarne la razionalità e la compatibilità con il contesto etico, culturale e sociale di riferimento<sup>39</sup>. Ma una simile idea può non apparire del tutto irrealistica specie nel frangente storico che stiamo vivendo, considerato che il dibattito democratico complessivo è andato sempre più immiserendosi e la razionalità discorsiva non è mai stata tanto assente dallo spazio pubblico?

---

<sup>39</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 520 ss.