

I poteri della Corte costituzionale in materia penale: riflessioni a margine del caso Cappato

Francesco Moroni

Sommario: 1. Premessa. - 2. I principi generali di riferimento. - 2.1. ... e l'influenza del diritto eurounitario e sovranazionale. - 3. I principi particolari di riferimento. - 3.1. ... e la decisione della Corte costituzionale. -

1.Premessa.

Fabiano Antonini (detto “Dj Fabo”) rimane coinvolto in un tragico incidente d’auto il 13 giugno 2014. L’incidente lo rende tetraplegico, cieco in maniera permanente e gli impedisce di respirare e di alimentarsi autonomamente, ma conserva intatte le capacità intellettive. La sua condizione clinica gli procura dolori costanti e lancinanti. Dopo aver tentato vari percorsi di cura, emerge chiaramente l’irreversibilità della situazione; in questo stato, matura autonomamente la decisione di porre fine alla propria esistenza e, così, alle proprie sofferenze. Si rivolge così a Marco Cappato, tesoriere dell’*Associazione Luca Coscioni*, promotore del *Congresso mondiale per la libertà di ricerca* e della campagna *Eutanasia legale*. Cappato gli prospetta la possibilità di sottoporsi, in Italia, ad una procedura di sedazione profonda, interrompendo così sia la ventilazione che l’alimentazione artificiale; Antonini, tuttavia, esprime la volontà di recarsi in Svizzera, per sottoporsi a una procedura di suicidio assistito. Il 27 febbraio 2017 Dj Fabo si suicida in una clinica svizzera e, subito dopo, Marco Cappato si autodenuncia ai carabinieri, venendo così imputato per istigazione e aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.*

Nell’ambito del processo, la Corte d’assise di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., laddove consente di incriminare condotte che, in concreto, non abbiano rafforzato o autonomamente determinato il proposito suicida; dall’altro, lamentando l’irragionevolezza del trattamento sanzionatorio, che equipara l’aiuto al suicidio alla ben più grave condotta di istigazione.

La vicenda era diversa dalle altre due che hanno agitato l'opinione pubblica italiana e la giurisprudenza: il "caso Welby"¹ e il "caso Englaro".² In quei casi, infatti, i pazienti manifestavano la volontà di interrompere le cure, non di essere aiutati a morire con dignità, come invece richiedeva esplicitamente Dj Fabo. Antonini sarebbe deceduto dopo un apprezzabile intervallo di tempo dalla sospensione delle cure, con ulteriori sofferenze; richiedeva, pertanto, **un intervento attivo dei sanitari**.³

La l. n.219/2017 fa riferimento all'obbligo del medico di "... *rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo*", rimanendo, "*in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale*" (art. 1, comma 6)⁴: una condotta commissiva del medico, che attivamente si faccia carico del desiderio ultimo del malato di terminare la propria esistenza, sarebbe ancora perseguibile penalmente. D'altra parte, si ritiene principio acquisito, sia in base all'art. 32 Cost. che in base alle fonti sovranazionali (la Convenzione di Oviedo, ad esempio), che il diritto alle cure implichi anche il diritto al rifiuto delle stesse.

La Corte costituzionale, quindi, era chiamata ad una difficile operazione di bilanciamento di interessi, in un campo delicato, sul filo del rasoio tra valutazioni politiche circa la perdurante attualità di una fattispecie incriminatrice per istigazione o aiuto al suicidio e compatibilità della stessa con i principi costituzionali di riferimento, anche con riferimento all'ordinamento eurounitario e sovranazionale.

¹ Tribunale di Roma, sent. n. 2049/2007, ud. 23 luglio 2008, dep. 17 ottobre 2007.

² Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007. Vd. i contributi di S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, fasc. 12, pp. 1561 e ss.; F. VIGANO', *Il diritto di autodeterminazione rispetto al trattamento sanitario: il diritto di rifiutare le cure (anche necessarie a salvare la vita)*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2008, fasc. 8, pp. 1035 e ss.

³ Sulla differenza tra i vari casi, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.2, 2016, pp. 555 e ss. L'A. segnala un importante precedente inglese: il caso di Tony Bland, dove la House of Lords si spinge fino ad affermare che "... *quel tipo di sopravvivenza non era nell'interesse di Tony Bland... Il che vale quanto dire che era una "vita che non meritava di essere vissuta"*.

⁴ Con la conseguente problematica di chiarire in che modo il medico vada esente da responsabilità penale: a) se, cioè, operi la scriminante dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.); b) o se, viceversa, venga meno la stessa tipicità del fatto, tramite la ricostruzione della condotta come omissiva. Il medico, cioè, omette di prestare le cure salvavita in virtù della volontà del paziente: il nesso di causalità, pertanto, andrebbe ricercato in base all'art. 40, ult. cpv., c.p., di modo che la volontà del paziente farebbe venire meno la stessa posizione di garanzia del medico, che non sarebbe più tenuto a impedire l'evento. Sul punto, C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 12/2017, pp. 123 e ss.

2. I principi generali di riferimento.

In diritto penale l'art. 25 Cost., così come gli artt. 1, 2 e 199 c.p., nel delineare il contenuto del principio di legalità in senso formale e sostanziale, codificano una riserva di legge tendenzialmente assoluta.⁵

La funzione della riserva di legge ha lo scopo di restringere gli spazi di arbitrio sia del potere giudiziario che del potere esecutivo, attribuendo così assoluta centralità al Parlamento. Quest'ultimo è espressione della collettività nazionale intera -e, quindi, non solo della maggioranza-⁶: deve (*recte*, dovrebbe) costituire una stanza di compensazione tra interessi *prima facie* opposti e, da ultimo, convergenti in una soluzione il più possibile condivisa. La riserva di legge non risponde quindi esclusivamente ad una mera esigenza di certezza del diritto e di prevedibilità delle conseguenze del proprio comportamento a cui, del resto, offrono già ampia tutela i principi di determinatezza, tassatività ed irretroattività, ma ad una profonda istanza di protezione del cittadino. Si è ritenuto però che vada adottato un concetto di legge materiale e non formale, comprensivo cioè dei decreti-legge, dei decreti legislativi, nonché dei decreti governativi in tempo di guerra (vd. Corte cost., sent. nn. 53/1961, 169/1963 e 26/1966).

La Corte costituzionale, nel descrivere il contenuto del principio, ha efficacemente fatto riferimento ad una "statualità a doppio titolo" del diritto penale. In primo luogo, "... *statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale e il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti*". Statali, inoltre, sono anche i fini della tutela penale, precisati dalla Costituzione. In conclusione, è la Costituzione stessa "... *a credere ancora nella legge statale: e ciò perché ritiene che soltanto attraverso quest'ultima possano avverarsi giuste, opportune, limitate scelte criminalizzatrici*".⁷ D'altra parte, la pena non potrebbe assolvere la

⁵ È stato quindi escluso che le leggi regionali possano soddisfare la riserva di legge ex art. 25, comma 2, Cost. (*ex pluribus*, Corte Cost., sent. n. 487/1989). Attualmente, l'art. 117 Cost., pur equiparando la legge regionale a quella statale all'interno della gerarchia delle fonti, al comma 2 (lett. l), assegna allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia penale.

La tendenzialità deriva anche dalla possibilità di integrazione da parte di fonti secondarie, su cui tuttavia in questa sede non ci si può soffermare e si rinvia, *ex multis*, a Corte Cost., sent. n. 333/1991.

⁶ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, CEDAM, X Edizione, pp. 41 e ss.

⁷ Corte Cost., sent. n. 487/1989.

funzione che le è propria se i consociati fossero soggetti ad una sanzione a fronte di condotte non previste come reato dal legislatore: in assenza di rappresentatività nelle scelte, la percepirebbero come fondamentalmente ingiusta.

La legge e solo la legge quindi può stabilire la linea di demarcazione tra lecito ed illecito. L'art. 28 della l. n. 87 del 1953 esplicitamente prevede che *“Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”*.

La Corte costituzionale ha sempre sostenuto che l'art. 25 comma 2 Cost., *“demandando il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo (e, in particolare, sulla libertà personale), all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica – ossia al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 230 del 2012, n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989) – detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (ex plurimis, ordinanze n. 285 del 2012, n. 204, n. 66 e n. 5 del 2009) (Corte cost., sent. n.46/2014). Il giudice delle leggi, tuttavia, pur adottando una politica di *self-restraint*⁸ alle proprie prerogative, non ha mai rinunciato ad intervenire in materia penale⁹:*

Si è così operata, nel corso degli anni, una radicale trasformazione del Codice Rocco, pur non stravolgendone l'impianto, enucleando una concezione del reato formale-sostanziale¹⁰ e, comunque, compatibile con il dettato costituzionale. Ciò è stato reso possibile sia dai principi espressamente previsti dalla Carta costituzionale (il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole e la riserva di legge ex art. 25 comma 2 Cost; il principio di colpevolezza e quello di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost.; il divieto di trattamenti contrari al

⁸ G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 149 e ss. La Corte si pone spesso, un "autolimitate", finalizzato ad evitare *“... il rischio di un controllo che investa la discrezionalità del legislatore”*.

⁹ Per una mastodontica ricostruzione delle pronunce della Corte Costituzionale susseguite nel tempo in materia penale, si veda *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, (a cura di) V. MANES, Ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, pp. 106 e ss.

senso di umanità e il principio della finalità rieducativa della pena ex art. 27, comma 2, Cost.) che dai principi impliciti ricavati dalla Corte nel tempo tramite un'intensa attività interpretativa.

Si è così ribadita l'esistenza del principio di materialità, ripudiando un diritto penale delle intenzioni ed adottando, invece, una concezione di diritto penale basata sul fatto umano imputabile (*nullum crimen sine actione*), nonché il principio di tassatività/determinatezza, come risolto implicito del principio della riserva di legge e come criterio di formulazione delle norme rivolto al legislatore. Analogamente per il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Si è altresì legittimata l'applicazione dei principi generali della Carta costituzionale in materia penale, quali quelli di eguaglianza, di proporzione e di ragionevolezza.

Come sottolineato in dottrina, non tutti i principi hanno una portata identica. Si distingue, cioè, tra principi elaborati come criteri informativi/ di indirizzo, in relazione ai quali è difficilmente configurabile un sindacato intenso della Corte costituzionale, e principi costituzionali cogenti, capaci di determinare l'illegittimità delle norme sottoposte allo scrutinio del giudice delle leggi.¹¹

Tra i principi, il più rilevante per una più agevole comprensione del caso concreto è il principio di offensività (*nullum crimine sine iniuria*). Si è detto che la Costituzione ha comportato l'accoglimento di una concezione del reato formale- sostanziale. Se, da un punto di vista formale, l'antigiuridicità è “... *il rapporto di contraddizione tra il fatto umano e la legge penale costituzionalmente legittima, sotto il profilo sostanziale è il rapporto di contraddizione tra il fatto umano e i valori costituzionali (o non incompatibili con la Costituzione) tutelati dalla legge penale*”.¹²

Il principio di offensività viene ricavato da molteplici disposizioni. In primo luogo, l'art. 25 comma 2 Cost. farebbe riferimento, ponendo al centro dell'illecito il “fatto”, al fatto “materiale ed offensivo”. Il reo, inoltre, non sarebbe in grado di percepire la portata retributiva della pena e quest'ultima non assolverebbe alla funzione rieducativa assegnatale dall'art. 27, co. 2, Cost. in assenza di una offesa apprezzabile ad un bene

¹¹ M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, pp. 29 e ss., 35.

¹² F. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 106 e ss.

giuridico meritevole di tutela. Si ritiene che l'art. 13 della Costituzione, inoltre, nel proclamare l'inviolabilità della libertà personale configuri l'intervento penale come *extrema ratio* – solo in presenza, cioè, di una lesione di interessi concreti e meritevoli di tutela-.¹³ Proprio argomentando dall'art. 13 della Costituzione si è sostenuto che la sanzione penale sarebbe giustificata solo in virtù della protezione di un bene giuridico costituzionalmente rilevante, tutelato dalla Carta.

La Corte costituzionale ha sempre disatteso questa tesi, che evoca un catalogo chiuso dei beni meritevoli di tutela, derivante dalla Costituzione che, tuttavia, è storicamente condizionata – pur essendo soggetta ad interpretazioni evolutive-. Ha infatti affermato che “...il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di sussidiarietà del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto.” (Corte cost., sent. n. 409/1989).

La conclusione è stata poi ribadita nel corso del tempo (*ex multis*, ord. n. 262/2005; sent. nn. 250/2010 e 273/2010). Il diritto penale costituisce sì *extrema ratio* – ed in questo senso si parla di sussidiarietà dell'intervento penale-, ma le scelte del legislatore in ordine all'an dell'intervento ed al *quantum* della sanzione sono censurabili solo se

¹³ G. NEPPI-MODONA, *Digesto delle discipline penalistiche*, voce: *Reato impossibile*, 1996.

manifestamente irragionevoli.¹⁴ Il canone della ragionevolezza ha consentito, da un lato, di sindacare le norme alla luce del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., tramite l'adozione del parametro del c.d. *tertium comparationis*; dall'altro, lo si è utilizzato per valutare la coerenza tra i mezzi adottati e gli scopi perseguiti dal legislatore, correggendosi così le storture derivanti da uno sproporzionato bilanciamento di interessi.¹⁵

Richiamando la distinzione sopra elaborata tra principi informatori e principi invalidanti, sembra che il principio di offensività vada ascritto alla prima categoria: è solo tramite un'attività sinergica con il principio di ragionevolezza che entra nelle motivazioni della Corte costituzionale.

2.1. ... e l'influenza del diritto eurounitario e sovranazionale.

Il principio di legalità formale, inteso come monopolio del legislatore nazionale nelle scelte di criminalizzazione, è stato messo a rischio dall'adesione all'Unione Europea. La Corte di Giustizia ha sempre ribadito che “... *in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità*”, avocandosi però il potere di verificare **l'efficacia, l'adequatezza e la proporzionalità** delle sanzioni predisposte dal legislatore per la tutela di interessi rientranti nell'ambito delle competenze dell'Unione (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 13 settembre 2005, C-176/03, parr. 47 e 38). Sempre più frequentemente, tuttavia, la legislazione penale nazionale riceve impulso dalla normazione comunitaria.¹⁶ Si è registrato, altresì, un contrasto nell'interpretazione della “materia penale” coperta da riserva di legge nazionale.¹⁷ Riassuntivamente, il diritto europeo può operare *in bonam*

¹⁴ Il principio di offensività viene utilizzato come canone ermeneutico, oltre che come monito indirizzato al legislatore, distinguendosi tra offensività in astratto ed in concreto. Si veda, per tutte, la sentenza n. 360 del 1995 a proposito della coltivazione di droga.

¹⁵ R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 2018, pp. 1540 e ss. A titolo meramente esemplificativo, si veda la sentenza n. 49 del 2010, con cui si è dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 61 n. 11 bis c.p. che prevedeva l'aggravante comune della clandestinità. La norma è stata dichiarata “...*in contrasto con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., che non tollera irragionevoli diversità di trattamento*”.

¹⁶ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro ex D.lgs. n.81/2008, così come al d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti, introdotti a seguito del recepimento di alcune direttive comunitarie in materia.

¹⁷ Si fa riferimento al noto “caso Taricco”. Con la sentenza dell'8 settembre 2015 la Corte di Giustizia, Grande Sezione (C-105/04), ha affermato l'obbligo di disapplicare le norme che prevedono un termine massimo di estinzione del reato nel caso in cui diano luogo a disparità di trattamento rispetto ad omologhe fattispecie dirette a proteggere gli interessi finanziari nazionali ed abbiano l'effetto di determinare l'impunità in un numero considerevole di frodi gravi in materia di IVA. La Corte

partem, determinando la disapplicazione della norma incriminatrice contrastante, ma mai *in malam partem*, e soprattutto in caso di inadempimento all'obbligo di recepimento di una direttiva comunitaria non si può procedere tramite la disapplicazione.¹⁸

Un importante influenza la esercitano anche i principi codificati dalla Carta di Nizza, ora parte integrante dell'ordinamento europeo per effetto dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, così come le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Quest'ultima reca un catalogo di diritti fondamentali, la cui portata è suscettibile di spiegare i propri effetti anche in ambito penale, per il tramite dell'attività della Corte di Strasburgo.¹⁹

L'ordinamento sempre di più si apre ad un diritto penale europeo ed, anzi, il diritto partecipa ed è motore principale del processo di integrazione europea.²⁰

Al di là di una analisi di come l'ordinamento eurounitario e sovranazionale influisca nel diritto interno, le precisazioni svolte sono strumentali all'introduzione specifica di quanto rilevante per l'analisi del caso sottoposto allo scrutinio della Corte. Ci si interroga, cioè: a) sulla portata del principio di riserva di legge e di offensività nel caso concreto; b) sull'influenza del diritto *extra* – nazionale nella soluzione offerta dalla Corte costituzionale.

3. I principi particolari di riferimento.

È necessario affrontare il tema in una prospettiva storica e multilivello, in modo da riuscire a comprendere al meglio la pronuncia del giudice delle leggi.

In primo luogo, la Corte d'assise di Milano demandava alla Corte un intervento *in bonam partem*. A quest'ultima veniva richiesto, infatti, di valutare la legittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla

Costituzionale, con la sentenza n. 115/2018, ha ricomposto il contrasto precedentemente determinatosi, anche per l'intervento di una sentenza "Taricco II" (sentenza del 4 dicembre 2017, Grande Sezione).

¹⁸ Su questi profili, si rinvia a F. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 925 e ss.

¹⁹ A.F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. 2. Si pensi all'art. 6 CEDU in materia di diritto all'equo processo, oltre che agli artt. 3 e 7 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti e divieto di retroattività in materia penale).

²⁰ Si veda il par. 9 della Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi alla Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019.

determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio. Veniva altresì richiesto di valutare la costituzionalità della norma nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 12 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione.

Con riferimento alla possibilità di intervenire *in bonam partem* in materia penale la Corte costituzionale, negli ultimi anni, ha assunto posizioni più interventiste, non rinunciando a dichiarare l'incostituzionalità di una norma anche in assenza di una soluzione "costituzionalmente obbligata". Si pensi alla sentenza n. 88 del 2018, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma già segnalata come incostituzionale e in relazione a cui si era rivolto un monito al legislatore circa la necessità di un intervento (con la sentenza n. 30 del 2014). La Corte costituzionale, negli ultimi tempi, ha effettuato anche complesse valutazioni sul trattamento sanzionatorio, non dichiarando l'inammissibilità delle questioni sollevate solo in virtù della presenza di una pluralità di soluzioni, tutte costituzionalmente legittime.²¹

Veniva richiesto un intervento con delicatissime considerazioni di carattere etico-politico. In una prospettiva multilivello, la stessa diversità delle legislazioni europee sul punto mostra come i vari Parlamenti nazionali abbiano adottato soluzioni del tutto differenti tra di loro. In Germania, attualmente, il nuovo §217 StGB prevede il divieto di qualsiasi attività commercialmente organizzata di eutanasia attiva mediante aiuto al suicidio; in Olanda si prevede il divieto generale di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente, ma il diritto vivente prevede la non punibilità del medico che agisca conformemente ai desideri del paziente, nel rispetto delle procedure.²² In Francia, viceversa, è stato positivizzato il diritto di rifiutare trattamenti salva vita, anche con cure palliative che possono avere l'effetto di accorciarla.

²¹ Il riferimento è alla recentissima sentenza n. 40/2019, con cui la Corte ha ovviato ad un irragionevole trattamento sanzionatorio determinatosi per un suo precedente intervento *in malam partem*, dichiarando così l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni.

²² Sul punto, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2016, fasc. 2, pp. 555 e ss.

A livello sovranazionale, vengono in particolare in rilievo gli artt. gli artt. 2²³ e 8 CEDU²⁴, pure invocati come parametro dalla Corte d'assise di Milano remittente. Sul punto si registrano diversi interventi della Corte di Strasburgo, a partire dal 2000 (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione IV, *Sanles c. Spagna*, sent. del 28 ottobre 2000).²⁵ Con riferimento all'art. 2 della Convenzione, la Corte EDU ha affermato che dal diritto alla vita non può discendere, altresì, un diritto in capo al cittadino – e una conseguente obbligazione a carico dello Stato – di scegliere come morire. Così come dal diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 CEDU* se ne è sì ricavato il diritto di scegliere come morire ma, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dal par. 2 dello stesso articolo 8, sono state ritenute legittime incriminazioni del tipo di quella dell'art. 580 c.p. in quanto presenti nelle legislazioni di molti Stati europei e guidate da una finalità di protezione di persone deboli e vulnerabili.²⁶ Non sembra, quindi, che la Corte EDU abbia sancito il diritto ad essere aiutati a morire, ma piuttosto che essa abbia prudentemente rimesso agli Stati membri il potere di effettuare scelte in materia.

L'indagine, quindi, si sposta necessariamente sul piano interno; ci si deve interrogare sul bene giuridico tutelato dalla norma²⁷, e sulla attualità

²³ "ARTICOLO 2 Diritto alla vita 1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione."

²⁴ "ARTICOLO 8 Diritto al rispetto della vita privata e familiare 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

²⁵ Si vedano le seguenti sentenze: Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione IV, 29 aprile 2002, caso *Pretty c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione I), 28 gennaio 2011, caso *Haas c. Svizzera*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione V, 19 luglio 2012, caso *Koch c. Germania*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione III, 19 maggio 2013, caso *Gross c. Svizzera*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 5 giugno 2015, caso *Lambert e altri c. Francia*.

²⁶ C. PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte europea in materia di eutanasia attiva. Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, Koch c. Germania, ric. n. 497/09*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 febbraio 2013.

²⁷ "Art 580. Istigazione o aiuto al suicidio. Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. [...]"

della *ratio puniendi*. Nella Relazione ministeriale al codice penale (n. 661) si afferma esplicitamente che con gli artt. 579 e 580 c.p. si è voluto sancire il principio della indisponibilità del bene della vita. La logica, *mutatis mutandis*, è la stessa che ispirava il codice civile del 1942 nel declinare l'obbligo di buona fede e correttezza in relazione alla solidarietà corporativa: debitore e creditore, cioè, a servizio dell'interesse produttivo della nazione.²⁸ Una prospettiva di questo genere non è sicuramente sostenibile alla luce del principio personalistico accolto dalla nostra Costituzione (art. 2 Cost.): lo Stato non può imporre scelte di vita -o di morte- ai cittadini, né l'esistenza di un singolo riceve legittimazione in relazione al contributo recato alla nazione.

La giurisprudenza italiana ha ritenuto che dall'art. 32 comma 2 e dall'art. 2 Cost., interpretati congiuntamente agli artt. 8 e 2 CEDU, emerga un diritto a rifiutare i trattamenti medici necessari per la propria sopravvivenza.²⁹ Le conclusioni, come detto *supra*, sono state recepite dalla l. n. 219 del 2017. Così ricostruito il diritto vivente, si può analizzare la strada seguita dalla Corte costituzionale.

3.1. ... e la decisione della Corte costituzionale.

Con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte ha accertato l'incostituzionalità della norma, senza dichiararla, rimettendo al Parlamento la questione onde consentirgli di legiferare sulla questione. Si tratta di uno strumento assolutamente innovativo, finalizzato a stimolare l'inerzia legislativa senza paralizzare l'ordinamento.³⁰ A distanza di un anno, con un comunicato stampa del 25 settembre 2019, la Corte “ *ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile,*

²⁸ L'art. 1175 c.c., nella formulazione previgente all'art. 3 d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 287, recitava infatti così: “*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa*”. La Corte di cassazione ha reinterpretato l'obbligo di buona fede e di correttezza alla luce del principio personalistico e solidaristico accolto dalla Costituzione, contribuendo significativamente ad un processo di costituzionalizzazione del diritto privato (si veda per tutte Cass. civ., sez. I, sent. n. 23273/2006).

²⁹ Si veda, per tutte, la sentenza della Corte di cassazione sul caso Englaro: Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748/2007.

³⁰ Sul punto, si vedano i contributi di M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte Costituzionale: un'ordinanza di costituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*. Più diffusamente, sulla tecnica decisoria, G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte Costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 2018, pag. 2487

fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente". Le motivazioni della sentenza hanno poi confermato, nella sostanza, l'iter seguito nell'ordinanza (sent. n. 242 del 2019).

La Corte costituzionale richiama l'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU, rilevando come dagli artt. 2 e 8 CEDU non possa derivare l'incostituzionalità (ex art. 117 Cost.) dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio. Il percorso argomentativo si snoda a partire dalle disposizioni della legge n. 219 del 2017 che, come detto sopra, cristallizza l'evoluzione giurisprudenziale maturata in materia. Con riferimento alle coordinate sopra esposte con riferimento al principio di offensività, è interessante notare come la Corte costituzionale richiami anche nell'arresto giurisprudenziale in commento il principio di ragionevolezza.

Si sostiene, cioè, 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"*. La Corte rigetta espressamente la tesi del giudice *a quo*, per cui vi sarebbe un diritto all'autodeterminazione individuale ex artt. 2 e 13 Cost. da cui discenderebbe l'inoffensività radicale dell'aiuto al suicidio.

Il principio di offensività, richiamando la distinzione tra principi informativi e cogenti, si conferma criterio ermeneutico incapace di assurgere – se isolatamente considerato- al rango di principio invalidante. Si preferisce operare per il tramite del principio di ragionevolezza, il quale assicura soluzioni il più possibili neutre dal punto di vista valoriale. La Corte, tuttavia, non rifiuta di addentrarsi in un campo scivoloso: si afferma

esplicitamente, all'interno di quel giudizio del bilanciamento di interessi demandato al legislatore e sindacabile dal giudice delle leggi se irragionevole, che non si rinviene un "altro interesse costituzionalmente apprezzabile" che giustifichi la limitazione. Non si disconosce, cioè, la perdurante attualità della incriminazione, finalizzata alla protezione di soggetti deboli, ma non si rinuncia ad intervenire.

Il tema, tuttavia, richiedeva – e richiede - l'intervento del legislatore. Pur trattandosi di una decisione che produce effetti *in bonam partem*, la diversità delle soluzioni costituzionalmente possibili rende necessaria l'intermediazione del legislatore, non disconosciuta neanche dal comunicato stampa. La Corte richiama la problematicità della materia e gli effetti dirompenti che deriverebbero – e sono derivati- da una pronuncia di incostituzionalità: si suggerisce di inserire una disciplina specifica nel contesto della legge n. 219 del 2017; la possibilità di introdurre una scriminante specifica nel corpo della stessa legge; l'esigenza di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse. Si tratta di valutazioni che travalicano il controllo di legittimità, per invadere lo spazio tradizionalmente riservato al potere legislativo, e la Corte ne è perfettamente consapevole ed, anzi, giustifica espressamente il proprio operato attraverso il richiamo alle decisioni di altre Corti Supreme (Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, Carter contro Canada, 2015, CSC 5; Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri [2014] UKSC 38).

Chiaramente, i presupposti per ritenere non punibile l'aiuto al suicidio in ipotesi come quella di Antonini sono le stesse poste alla base della l. n. 219 del 2017. Si deve trattare di soggetti, cioè, affetti da una patologia irreversibile, che sia fonte di sofferenze psicologiche o fisiche – che trovano assolutamente intollerabili-; costoro devono essere tenuti in via a mezzo di trattamenti di sostegno vitale e, ciò nonostante, devono rimanere capaci di prendere decisioni libere e consapevoli.

E' interessante notare poi come la Corte abbia dichiarato espressamente non punibile ai sensi dell'art. 580 del codice penale chi compia condotte di questo tipo. Si introduce, cioè, una nuova scriminante, forse proprio argomentando dal fatto che le scriminanti, in quanto espressione di principi generali, si ritiene non siano oggetto del divieto di analogia ex art. 14 Preleggi e non soggette al principio della riserva di legge.

La subordinazione al rispetto delle procedure previste dalla l. n. 219/2017, poi, assicura adeguata tutela al malato. Sembra, anzi, che il complesso delle disposizioni previste dalla l. n. 219 del 2017 siano proprio il *tertium comparationis* del giudizio di ragionevolezza: la Corte, pur compiendo una rivoluzione dogmatica alle proprie tradizionali tecniche di intervento, non disconosce il proprio consueto modo di operare.

4. Conclusioni.

La Corte costituzionale con un'“ordinanza a incostituzionalità differita” ha apparentemente compiuto una rivoluzione alle proprie ordinarie tecniche di intervento. Si è effettuato un intervento additivo per colmare una lacuna dell'ordinamento: per quanto l'operazione sia avvenuta in bonam partem – ed in questo senso compatibile con i propri progressi orientamenti in ambito penale-, è difficile non ravvisare uno sconfinamento nei poteri propri del Parlamento ex art. 25 comma 2 Cost.

La diversità di soluzioni adottate nei vari ordinamenti europei concorre a dimostrare come non esista una soluzione costituzionalmente obbligata, né imposta dai parametri eurounitari o convenzionali. In un'ottica di leale collaborazione tra le istituzioni – pure richiamata dalla Corte nella conclusione dell'ord. n. 207 del 2018- è l'inerzia del Parlamento che giustifica l'intervento.

In questo senso è un'operazione coraggiosa, volta a supplire alla carenza di indicazioni da parte di chi dovrebbe mutuare le esigenze della collettività nazionale in legge. Sotto le consuete valutazioni di offensività-ragionevolezza tuttavia si agitano considerazioni politiche, relative all'opportunità di assoggettare a sanzione Cappato ed i Cappato che verranno. L'evoluzione della giurisprudenza dimostra come si sia arrivati ad un punto di non ritorno. Se la Corte precedentemente esortava il legislatore tramite sentenza, aspettando anche anni prima di stigmatizzare la sua inerzia calando la scure dell'incostituzionalità, la difficoltà palesata da quest'ultimo nell'intervenire e nel riformare l'ordinamento rende necessaria un'azione più incisiva da parte del Giudice delle Leggi.

La sfida che impegnerà la Corte costituzionale negli anni a venire sarà conciliare la sua precedente – ed opportuna- politica di *self-restraint* delle proprie prerogative con la palese inazione del perno del nostro sistema istituzionale. Con il rischio, però, di attribuire ancora maggiori

poteri al Governo, a scapito di un Parlamento sempre meno rappresentativo.