

**Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi
sulla ripresa della trattazione del caso Cappato.
Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato
dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale***

di Paolo Carnevale **
(28 giugno 2019)

Delle molte questioni evocate dalla pluri-commentata ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, stanti i limiti di spazio a disposizione, vorrei concentrare l'attenzione sulle prospettive future che essa schiude, con particolare riferimento al possibile effetto del rinvio al legislatore lì compiuto e agli esiti che questo può produrre sulla ripresa della trattazione delle questioni di costituzionalità nella nuova udienza di settembre prossimo.

Nessuno può dire se l'*assist* della Corte sarà raccolto, anche se non mi pare si registri – per dir così – un particolare fervore nei lavori parlamentari, oramai a poco più di tre mesi dalla scadenza. Quel che però si può fare – come già altri hanno fatto – è immaginare scenari. Ed è quanto mi accingo rapidamente (e un po' schematicamente) a fare.

a) La prima e più facile ipotesi da formulare è quella di un intervento pienamente soddisfacente delle varie esigenze di pregio costituzionale in campo, in linea con i *desiderata* del giudice costituzionale, in grado cioè di assicurare giustizia costituzionale nel(i) caso(i) pregresso(i) e in quelli a venire, introducendo una causa di non punibilità per l'aiuto al suicidio nei riguardi dei malati versanti nelle condizioni delineate dall'ordinanza n. 207 "già aiutati", accompagnata per gli "aiutabili" in futuro dalla previsione di un protocollo di regole condizionanti per far scattare la non punibilità, idonee a garantire da abusi da "libero mercato". Insomma, *giustizia per il passato e garanzie per l'avvenire* a tutela della "libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost."

Ebbene, in questa situazione la soluzione più pacifica sarebbe quella della sentenza di rigetto, data l'inequivoca applicazione dello *ius superveniens* al giudizio *a quo* e la sua portata appagante, con la conseguente non necessità di un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice remittente.

b) A fronte di una simile eventualità bisogna paventare quella, diametralmente opposta, dell'inerzia di un legislatore rimasto completamente muto o inoperoso o comunque improduttivo dinanzi alla sollecitazione della Corte costituzionale. In questo caso, si potrebbe pensare che la *via obbligata e razionalmente conseguenziale* alla prima pronuncia sia quella che conduce ad una sentenza ablativa volta a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. *nella parte in cui si applica a malati rientranti nella fattispecie ricostruita nell'ordinanza qui in esame*. Del resto, dinanzi alla *irresponsabilità* o (*non responsività*) del legislatore rappresentativo, la Corte non potrebbe sottrarsi alla propria *responsabilità* di retribuire giustizia costituzionale.

* Intervento al Seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019.

Si potrebbe certo dire che si tratterebbe della dimostrazione della inutilità della scelta di procrastinazione posta in atto dalla Corte, la quale avrebbe potuto addivenire sin da subito a quella soluzione. Senonché, polemizzare con la Corte per il tentativo di sollecitare l'assunzione di responsabilità del Parlamento, chiamato ad appropriarsi del "suo" compito, alla luce dell'inerzia da questi manifestata – ritenendo invece comunque preferibile una decisione caducatoria immediata pur se foriera di aprire scenari di preoccupazione per la salvaguardia di esigenze costituzionali di non lieve momento – oltre ad essere ingeneroso, mi sembrerebbe espressivo di una logica istituzionale ispirata ad impazienza, eccesso di semplificazione e di astratto spirito geometrico. Tanto più laddove ad essere coinvolte siano questioni estremamente controverse e costituzionalmente poliedriche come quella in questione. D'altronde, non si può neppure trascurare che una filosofia molto simile è al fondo quella che anima la strategia delle c.d. doppie pronunce.

Ad ogni modo, in una situazione di inadempienza totale del legislatore l'esito dell'illegittimità costituzionale della disciplina impugnata verrebbe da pensare sia scontato, altrimenti si potrebbe osservare con un pizzico di ironia – ove si ritenga possa aver spazio anche in materia così drammatica quale quella oggetto della ordinanza n. 207 – che ad essere incriminabili per il reato di aiuto al suicidio potrebbero essere i quindici giudici di Palazzo della Consulta per il gravissimo *vulnus* arrecato al prestigio e alla credibilità dell'organo di cui sono membri.

Vero è – come rammentato nella Relazione del prof. Grosso – che quella di settembre sarà una nuova trattazione dell'incidente di costituzionalità e che resta fermo il fatto che la Corte rimane "padrona della sua causa". Ed è vero pure – come sempre in quella Relazione viene rilevato – che il dibattito pubblico svoltosi durante il periodo di rinvio, come pure la rinnovata dialettica processuale in sede di nuova udienza potrebbero esser in grado di far emergere elementi ulteriori idonei a portare i singoli giudici e persino l'intero collegio a mutar d'avviso. *Re melius perpensa...* Quasi a trasformare l'ordinanza n. 207 in un provvedimento a virtualità istruttoria implicita rivolta a platea imprecisata. Del resto, come altri hanno osservato, la stessa giurisprudenza costituzionale in più occasioni ci ha mostrato esempi di cambiamento di atteggiamento e posizione rispetto al medesimo problema di costituzionalità.

Tutto vero.

Del resto, potrebbe aggiungersi più in generale che la coerenza, in quanto assunta come valore in sé, può sconfinare nell'ostinazione se si traduce in imperativo morale impermeabile al ripensamento.

Il fatto è che la vicenda in esame presenta delle peculiarità assolute di cui tener conto.

Innanzitutto, la pronuncia n. 207 è sì dilatoria, ma esprime anche la volontà di *trattenimento* –della causa presso la Corte del resto, opportunamente colta nella relazione del prof. Grosso – a differenza delle decisioni di incostituzionalità "accertata ma non dichiarata" che chiudono l'incidente di costituzionalità e richiedono una nuova sollevazione perché la questione torni al vaglio di Palazzo della Consulta, innescando un giudizio del tutto autonomo rispetto al precedente, il cui esito può anche non risultare in linea con quest'ultimo. In quel trattenimento c'è "egualmente" intento di *proiettare la decisione in un tempo a venire*, ma anche di *mantenere il legame di continuità fra prima e seconda trattazione*. È – come già detto – un *già ora*, anche se *non ancora*.

Non solo, la corretta impostazione del problema richiede, a mio parere, di aver presente un orizzonte non limitato alla dinamica interna al giudizio di costituzionalità e di rifiutare una lettura panprocessualistica della vicenda.

Infatti, il rinvio operato dalla Corte nell'ordinanza qui in esame non è soltanto a se medesima, ma è al contempo diretto anche al legislatore, cui si rivolge non un generico invito a provvedere, ma si offre una ricostruzione complessiva della delicata questione che, pur nella molteplicità delle soluzioni da apprestare, ha nella "mirata" non conformità a Costituzione dell'art. 580 c.p. una *chiara direzione di marcia*. Ebbene, questo, a mio avviso, immette un fattore di resistenza nell'architettura di quella ricostruzione e un motivo di attrito nei confronti dell'eventuale suo processo di revisione. È infatti difficile pensare che, posta quella medesima ricostruzione a fondamento dell'impulso impresso all'azione legislativa e magari (immaginiamo) positivamente raccolto dal legislatore, finisca per essere nel frattempo rigettata proprio dalla Corte. Insomma, la *nuova trattazione* non credo possa trasformarsi in una *trattazione nuova* o, se ci si consente il gioco di parole, in una vera e propria *ri-trattazione*.

Il che ovviamente non significa che in sede di seconda trattazione il giudice costituzionale non possa addivenire a taluni mutamenti di rotta, oltre che a proporre opportune precisazioni.

Tutto ciò detto, sarebbe erroneo ricavare la conclusione che quella innescata dall'ordinanza n. 207 sia una vicenda processuale del *risultato già scritto* e dall'*approdo ormai scontato* nel senso dell'accoglimento.

Non lo credo.

Penso piuttosto che, all'esito del mancato intervento legislativo, si schiuda alla Corte un'alternativa.

Per prima cosa, c'è ovviamente l'ipotesi della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c. p. nei termini dell'ordinanza n. 207, magari accompagnata da un robusto monito, che, anche qualora meramente reiterativo di quanto già affermato nella stessa ordinanza, avrebbe dalla sua la forza dell'ablazione prodotta dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Quanto al problema dello scenario rischioso – da *far west* – che potrebbe aprirsi, può osservarsi che la Corte potrebbe forse evitare quantomeno l'*hard far west*, dominato dal principio dell'aiuto al suicidio all'insegna del "fai da te". Ciò, in quanto la dichiarazione di incostituzionalità, introducendo una causa di non punibilità della condotta agevolatoria modellata sul figurino delineato nell'ordinanza in esame, ben potrebbe essere accompagnata dall'avvertenza che le condizioni lì delineate – trattarsi di persona: a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli – dovrebbero essere accertate in un contesto medico, come del resto avvenuto anche nel caso oggetto del giudizio *a quo*. Il che avrebbe l'effetto di far rientrare la pratica dell'aiuto al suicidio consentito in una cornice minima di garanzia assicurata dalle responsabilità gravanti sulla professione medica.

Ma, ove la Corte – volendo rimanere maggiormente aderente al suo duplice ruolo di risoltrice di questioni di legittimità costituzionale e di custode della costituzionalità dell'ordinamento nel suo complesso – intendesse dare un peso maggiore al tema delle conseguenze della propria decisione, i giudici di Palazzo della Consulta potrebbero ricorrere allora alla soluzione della sentenza interpretativa di rigetto. Essa, infatti, in ragione della sua efficacia circoscritta, consentirebbe di offrire risposta all'esigenza di tutela proveniente dal giudizio *a quo*, permettendo al giudice remittente di giovare della non punibilità conseguente, rinunciando per contro a produrre effetti caducatori di carattere generale.

Non risulterebbe, quindi, per la fattispecie individuata dalla Corte un orizzonte di non punibilità sregolata generalizzata, ma una situazione un po' più incerta e polverizzata, in cui la valutazione sarebbe rimessa, volta per volta, all'apprezzamento dei singoli giudici, cui verrebbe affidata la "patata bollente" della risoluzione dei casi che dovessero proporsi, con la possibilità peraltro di un nuovo ricorso alla Corte costituzionale. Peraltro, a fornire qualche maggior ausilio ai giudici (oltre alla stessa Corte) e render loro una *bussola* un po' meno *scombussolata* rispetto alla situazione esistente all'atto della prima pronunzia della Corte, l'ampia discussione pubblica ed il dibattito fra i giuristi scaturiti a seguito dell'ordinanza n. 207, suscettibili di fornire elementi di valutazione e spunti interpretativi idonei ad offrire indicazioni orientative. Ed anzi, ben si può dire che, anche a fronte del silenzio del legislatore, proprio una simile riflessione collettiva potrebbe comunque considerarsi un significativo risultato prodotto dalla ordinanza.

Non solo, il minor impatto del rigetto interpretativo avrebbe dalla sua anche il vantaggio di offrire margini di maggiore flessibilità al legislatore futuro persino nella (ri)definizione del quadro delle condizioni-premessa della non punibilità dell'aiuto al suicidio, per come delineato dalla Corte. Cosa estremamente più difficoltosa a fronte di una declaratoria di incostituzionalità.

Chiudo, sul punto, osservando che rispetto alla situazione al momento dell'assunzione della prima decisione, la scelta si presenterebbe ora sotto la diversa luce giustificativa del "male minore" che, in sede di prima pronunzia, la Corte ha inteso preferibile evitare nella prospettiva – rivelatasi troppo ottimistica – di conseguire un "bene maggiore".

c) Problemi, forse, ancor più complessi possono presentarsi nelle situazioni ibride, non esattamente inquadrabili nella dicotomia legge-non legge.

c₁) Immagino, ad esempio, la situazione di una legge non ancora adottata dalle Camere, il cui *iter* formativo abbia raggiunto un buon grado di maturazione, magari pervenendo all'approdo dell'approvazione da parte di uno dei due rami del Parlamento. Data l'importanza assegnata dalla Corte all'esigenza di una cornice regolatoria per via legislativa entro la quale collocare la fattispecie dell'aiuto al suicidio consentito, credo che i giudici di Palazzo della Consulta verosimilmente abbraccerebbero la soluzione dell'ulteriore rinvio e quindi della proroga offerta al legislatore, fino a spingersi al limite temporale estremo che garantisca la perduranza dell'integrità soggettiva del collegio.

Ma si potrebbe pure prefigurare un intervento legislativo di tipo non definitivo: penso primieramente al ricorso al decreto-legge – mettendo qui in disparte problemi di costituzionalità legati all'esistenza dei presupposti o alla adeguatezza dell'intervento ex art. 77 Cost. in materie del genere, come pure delicate questioni connesse all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale in funzione depenalizzante. Anche in questo caso, penso che la Corte possa fare ricorso all'ipotesi di un ulteriore rinvio in attesa dell'eventuale conversione in legge.

Diverso sarebbe, invece, il caso dell'avvenuta approvazione di una legge di delegazione che, acquisendo le *linee-guida* contenute nell'ordinanza n. 207 nel novero dei propri principi e criteri direttivi, chiami il Governo-legislatore ad intervenire in materia, immettendo peraltro la vicenda nel solco di una dinamica transitiva del passaggio di consegne dalla Corte al Parlamento e da questi al Governo, in deroga – per dir così – al noto principio per cui *delegatus delegare non potest*. Ebbene, stavolta la protrazione sarebbe, a mio parere, eccessiva e la Corte non potrebbe attendere i tempi dell'attuazione

della delega. In questo caso, quindi, la decisione definitiva della Corte si imporrebbe, anche tenendo conto della rassicurazione per la regolazione della materia comunque offerta da un processo normativo già incardinatosi, ancorché non provvisto di certezze assolute quanto alla sua positiva conclusione.

c₂) Più controversa e discussa è l'ipotesi di un intervento legislativo solo parzialmente rispondente alle esigenze rappresentate dalla Corte costituzionale. Anche in questa eventualità è opportuno distinguere le diverse evenienze.

c_{2.1}) Si può pensare, ad esempio, ad una legge che offra al suicidio assistito consentito la disciplina atta ad assicurare le condizioni per regolare adeguatamente il diritto del malato a rifiutare il mantenimento in vita, dimenticando però di recare la normativa necessaria per far valere la non punibilità anche per le "vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare".

In questo caso, ritengo che la scelta della Corte debba ricadere sulla pronuncia interpretativa di rigetto che, facendo salvi i rapporti pregressi dal rispetto delle condizioni poste *pro futuro* dal legislatore, colmerebbe il vuoto di tutela per quanto riguarda la vicenda oggetto del giudizio *a quo*, offrendo agli altri giudici una prospettiva ermeneutica cui uniformarsi in caso di rapporti cui la nuova soluzione della non punibilità proceduralizzata non sia applicabile.

A fronte di questa ipotesi, vi sarebbe l'altra della restituzione degli atti al giudice a quo per *ius superveniens*. Il rinvio, stante l'impossibilità per quest'ultimo di giovare nel giudizio principale della nuova disciplina in punto di non punibilità *condizionata* dell'aiuto al suicidio, produrrebbe verosimilmente la conseguenza della sollevazione di una nuova questione di legittimità, questa volta però sulla novella legislativa, nella parte in cui non consente la non punibilità dell'aiuto al suicidio in assenza del rispetto delle condizioni ivi previste e tuttavia non esigibili per i rapporti sorti prima della loro fissazione da parte del legislatore. La consequenziale pronuncia della Corte, diversamente dall'ipotesi precedente, non investirebbe l'art. 580 c. p., bensì direttamente la nuova normativa che sarebbe dichiarata incostituzionale con formula additiva "nella parte in cui" non prevede, per i casi pregressi, la clausola di salvezza dal rispetto delle condizioni, laddove ovviamente si verta in ipotesi riconducibile al perimetro di non punibilità delineato dalla stessa Corte costituzionale.

Lì quindi sarebbe l'art. 580 c. p. ad essere chirurgicamente depurato del significato incostituzionale; qui invece sarebbe la nuova legge ad essere integrata della parte mancante; lì effetto circoscritto al giudizio principale, qui efficacia *erga omnes*. L'obiettivo sarebbe il medesimo, ma cambierebbero significativamente il modo di raggiungerlo e anche i tempi per retribuire giustizia, visto che ad una decisione "più debole", ma resa dalla Corte alla ripresa del giudizio, si giustapporrebbe una sentenza "più forte", ma pronunciata in un tempo successivo, quando la questione risolta dal giudice *a quo* tornerà alla sua attenzione.

c_{2.2}) C'è poi la circostanza di un intervento legislativo "fuori standard", perché non (del tutto) adeguato a quelle esigenze regolatorie fortemente manifestate dall'ordinanza n. 207 al fine di evitare "scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità" virtualmente aperti all'eventualità di prestazioni di assistenza al suicidio "senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di

autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti", in conseguenza della disposta non punibilità mirata del divieto di aiuto al suicidio.

Nella plurima e molteplice varietà delle inadeguatezze possibili, sono personalmente convinto che l'atteggiamento della Corte dovrebbe essere quello *low profile* di procedere alla restituzione degli atti al giudice *a quo* perché accerti la portata dello *ius superveniens*, lasciando che la partita si chiuda, laddove il giudice remittente, soddisfatto nella sua domanda di giustizia, decida di riprendere il giudizio sospeso senza più incomodare la Corte.

Non credo che invece sia possibile, una volta ripreso il giudizio, che il giudice costituzionale passi direttamente a scrutinare la legittimità costituzionale della novella legislativa, assumendo come parametro le indicazioni fornite dalla propria ordinanza di rinvio. Aggiungere, infatti, alla frizione procedimentale comportata da quest'ultima anche un significativo mutamento di oggetto del giudizio di costituzionalità, che non riguarderebbe più l'art. 580 c. p., ma la novella verosimilmente apportata alla legge n. 219 adottata in risposta al rinvio operato dalla Corte, sarebbe per quest'ultima una cosa difficilmente giustificabile. Tanto più tenuto conto della complessiva modificazione del chiesto comportata, visto che il cambiamento di oggetto sarebbe accompagnato da una totale trasformazione dei profili della questione, la cui individuazione peraltro risalirebbe a quanto affermato dalla stessa Corte nella motivazione dell'ordinanza n. 207. Una sorta di *iudicium in causa propria*.

In sintesi: variazione dei termini, dei profili e autorappresentazione della questione originaria; il tutto senza che il trasferimento di oggetto dello scrutinio di costituzionalità possa essere motivato dallo *ius superveniens*, stante la sua palmare inapplicabilità dello stesso al giudizio *a quo*. Credo che sarebbe davvero troppo.

Né, infine, una sponda potrebbe essere individuata nel ruolo di *tertium comparationis* che la disciplina *ex lege* n. 219 ha in fatto assunto nella motivazione dell'ordinanza. Ruolo che potrebbe consentire alla Corte, in sede di nuova trattazione della questione, di indirizzare la sua attenzione proprio su quest'ultima.

Ora – a parte il fatto che in questo caso parlare di *tertium* in senso proprio evidentemente non si potrebbe, stante la prospettazione della *quaestio* da parte del giudice *a quo* che non costruisce il chiesto intorno al vizio di violazione del principio di uguaglianza, né di ragionevolezza e prescindendo, altresì, dal fatto che anche in senso logico la differenza di trattamento reputata irragionevole fra diritto (riconosciuto) a richiedere la sospensione delle cure e diritto (non riconosciuto) a ricorrere al suicidio assistito nei limiti indicati dalla Corte, sembra supporre un apparentamento tra situazioni che presentano un significativo vallo di separazione: la distinzione fra sospensione delle cure che consente alla malattia di portare a morte e morte recata dalla messa a disposizione del malato richiedente del farmaco letale – a me pare che vi sia qui un'osservazione ancor più rilevante da fare. È infatti abbastanza evidente che la disciplina sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento viene in considerazione, ai fini del giudizio di costituzionalità, solo allo scopo di supportare la esigenza del riconoscimento del diritto del malato a chiedere l'assistenza al suicidio. Sarebbe pertanto un assoluto fuor d'opera scrutinarla in seconda battuta nella sua parte novellata, dedicata a prestare le garanzie necessarie all'esercizio di quel diritto in un orizzonte di garanzia costituzionale.

Ne consegue che, per aggredire la nuova legge costituzionalmente “insufficiente” la Corte costituzionale avrà bisogno di un nuovo giudizio *a quo* in cui risulti applicabile e della sollevazione di una nuova questione di costituzionalità che la assuma ad oggetto.

Quanto, infine, all’affermazione relativa alla valutazione dell’eventuale sopravvenienza legislativa da compiersi in sede di nuova trattazione, di cui s’è detto, credo che essa vada correttamente interpretata come riferibile non già ad un possibile scrutinio sullo *ius superveniens*, quanto semmai ad un giudizio condotto (anche) “alla stregua di” quello *ius*, nel senso cioè che la novella legislativa potrebbe *quodammodo* incidere sulla valutazione dell’esito e della formula decisoria della pronunzia, senza per questo entrare a far parte del suo proprio oggetto.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma Tre