

La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*

di Giorgio Repetto **
(24 giugno 2019)

1. La vastità e l'intensità delle reazioni suscitate dall'anomala ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale non possono sorprendere. Il grande rilievo del tema, su cui inevitabilmente convergono interrogativi e questioni filosofico-morali ancora prima che giuridico-costituzionali, non poteva che venire amplificato dalle sue ricadute istituzionali, una volta giunto all'esame della Corte, in ragione del complesso rapporto tra i margini di intervento del Giudice delle leggi e lo spazio di decisione del Legislatore. In questo senso, se pure è vero che tale pronuncia mostra in prima battuta dei tratti di assoluta eccezionalità (soprattutto per la soluzione procedurale escogitata), ritengo che il modo migliore per coglierne il significato e intravederne i possibili svolgimenti sia quello di darne un'interpretazione, per così dire, *magis ut valeat*. Cercando, in altre parole, di valutare se l'esito prospettato nell'ordinanza non possa essere in qualche modo ricondotto ad una qualche continuità con le categorie di giudizio della Corte, anche al fine di prospettare dei possibili esiti per quando la Corte, una volta ripresa la trattazione, sarà chiamata a decidere conclusivamente la vicenda. Del resto, in poche altre occasioni è stato chiaro sin dall'inizio che una formula processuale in grado di tenere insieme, senza intaccarli, tutti i diversi beni coinvolti (dai diritti individuali al rispetto della discrezionalità legislativa sino alle forme codificate di intervento della Corte), fosse assai ardua da intravedere. Ogni soluzione comporta infatti un diverso equilibrio tra questi beni e ciò che a quel punto merita attenzione diventa non l'astratta simmetria delle forme processuali ma la condivisibilità o meno dell'equilibrio prospettato o raggiunto alla luce dei principi costituzionali coinvolti. Come rivendicava Montale per la condizione umana in un tempo di trasformazioni, così alla Corte non sembra che si possa oggi chiedere, su questo tema, “la parola che squadra da ogni lato”.

2. Nel limitato spazio a disposizione sembra inevitabile chiarire sin dall'inizio, senza potersi troppo dilungare nelle necessarie argomentazioni a supporto¹, alcuni punti (a mio avviso) da ritenersi fermi per l'interpretazione dell'ordinanza. Li ripercorro brevemente nei punti che seguono:

* Il testo riproduce, con qualche adeguamento, l'intervento tenuto al Seminario 2019 di *Quaderni costituzionali*, dal titolo *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, svoltosi a Bologna il 27 maggio 2019.

¹ Su cui mi permetto di rinviare a G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e razionalità delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 2490 ss. nonché a *Quale futuro per il fine vita dopo Corte cost. n. 207/2018*, in www.giustiziainsieme.it (disponibile [qui](#)).

a) *l'ordinanza, sebbene di natura interlocutoria, contiene un accertamento di incostituzionalità*: uno degli aspetti dell'ord. n. 207 cit. che ha sin da subito attirato l'attenzione della dottrina è legato al valore da attribuirsi ad essa rispetto alla successiva prosecuzione del giudizio. Il rinvio della trattazione a data fissa, in altre parole, ha fatto ritenere che il contenuto propriamente vincolante dell'ordinanza fosse unicamente quello più strettamente legato alla "gestione del processo costituzionale", ben potendo le considerazioni spese riguardo al merito dell'incostituzionalità essere "rimediate" alla luce della trattazione successiva. Al di là di quello che sarà l'esito finale della vicenda, mi pare non possa dubitarsi che l'ord. n. 207 contenga al contrario un chiaro accertamento in ordine all'incostituzionalità dell'art. 580 c.p., derivante dal fatto che l'assolutezza del divieto al suicidio imponga ai malati terminali che si trovano nella condizione di Fabiano Antoniani "un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive" (p. 9 *cons. in dir., in fine*: di lì a poco, in apertura del p. 10, l'ordinanza rimanda al "riscontrato *vulnus* dei principi sopra indicati").

b) *pur nella libertà degli esiti decisionali possibili, la Corte è tenuta rebus sic stantibus ad essere conseguente rispetto all'accertamento già operato*: da più parti si è ritenuto, con argomenti meritevoli di attenzione, che la Corte potrebbe fino alla sentenza di merito "ritornare sui suoi passi", ben potendo quindi approdare ad esiti decisori chiaramente e nettamente esclusi dall'ordinanza.

Immaginare, però, che la Corte non resti vincolata al proprio precedente accertamento può scongiurare un grave esito unicamente se si sarà realizzato l'intento chiaramente auspicato dalla Corte, vale a dire una nuova disciplina legislativa della materia, sia essa più o meno rispettosa delle indicazioni contenute nell'ordinanza. Ove ciò (come tutto al momento lascia ritenere) non dovesse accadere, non pare che la Corte possa prescindere dall'accertamento svolto nell'ordinanza quanto alla presenza e, soprattutto, alla necessità di rimuovere un *vulnus* costituzionale.

Se a ciò la Corte non è giunta da subito, come si sa, è perché ha ritenuto che la semplice estromissione della norma oggetto di esame lascerebbe un vuoto di tutela foriero, di per sé, di un'incostituzionalità anche più grave di quella cui si intende porre rimedio. Ed è proprio la necessità di prevedere una "regolazione della materia" mirante ad evitare un tale scenario, che richiede "bilanciamenti [che] restano affidati, in linea di principio, al Parlamento", a spingere la Corte ad adottare il modulo processuale dell'ordinanza "ad incostituzionalità prospettata" (per usare la formula coniata dal Presidente Lattanzi).

c) *ove il legislatore non dovesse intervenire, la Corte costituzionale non può che giudicare nei limiti della quaestio ad essa sottoposta*: la decisione di rinviare la

trattazione del merito, attribuendo al legislatore un lasso di tempo per intervenire con legge, ha sollevato il problema, ove ciò non dovesse avvenire, di un intervento della Corte mirante a svolgere essa stessa il compito che è stato affidato al legislatore. In particolare, il rischio giustamente avvertito è quello di un inedito modulo processuale volto a sostituire (se non a surrogare) la decisione legislativa mediante una “doppia pronuncia”: la prima, con monito a termine, e la seconda, che predisponga un corredo operativo di regole volto a introdurre nel nostro sistema un regime normativo di per sé idoneo a garantire il diritto al suicidio assistito. È una preoccupazione più che fondata, ma non mi sembra che sia anche una conclusione legittimamente ricavabile da quanto è scritto nell’ordinanza. Le stesse indicazioni operative contenute nel p. 10 *cons. in dir.*, ivi inclusa quella particolarmente problematica in ordine alla possibilità di “sommministrazione del farmaco atto a provocare rapidamente la morte”, devono essere ritenute infatti modalità esemplificative di possibili interventi regolatori che in alcun modo possono vincolare il legislatore a recepirli (ove decidesse di intervenire) o la Corte stessa, essendo di per sé estranei al perimetro del *vulnus* accertato in linea di principio.

Il punto, però, è un altro e riguarda lo spazio di azione (eventuale e futuro) della Corte, che non può non essere vincolato ai contorni di fatto e di diritto della *quaestio* che ad essa è stata sottoposta e che riguarda unicamente la possibilità di indurre l’evento morte per chi si trovi nella condizione del soggetto aiutato nel giudizio *a quo*, che si identifica “in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”.

3. Alla luce di quanto detto, non pare possibile operare una valutazione della soluzione decisionale contenuta nell’ord. n. 207 cit. e immaginare i suoi possibili svolgimenti senza prendere atto che essa è indissolubilmente intrecciata alla questione sostanziale oggetto del giudizio.

Se, in particolare, si ritiene che la Corte costituzionale ha inteso prospettare, prendendo spunto dalla vicenda che ha visto protagonisti Marco Cappato e Fabiano Antoniani, l’introduzione nel nostro ordinamento di un “diritto al suicidio assistito”, mi sembra inevitabile ritenere che essa abbia forzato lo spazio della decisione legislativa e, quindi, abbia nettamente travalicato i limiti dei suoi stessi poteri. Sia perché una tale scelta è stata, come si sa, deliberatamente esclusa in sede di lavori parlamentari allorché era in discussione quella che sarebbe poi divenuta la legge n. 219 del 2017, sia perché rispetto ad un esito del genere bisogna ribadire che la Corte non ha e non può avere il potere di dettare le *issues* di cui il Parlamento si deve occupare, e tanto meno di costringerne l’approvazione in una rigida cornice temporale. Senza dire (e il punto sarebbe di per sé decisivo, ma sarebbero necessari approfondimenti non possibili in questa sede) che vi è un ampio consenso sul fatto che il diritto al suicidio assistito non è

da ritenersi costituzionalmente dovuto sulla base della corretta interpretazione da dare, in particolare, all'art. 32, comma 2, Cost.

Quello che la Corte costituzionale ha inteso fare, tuttavia, mi sembra altro. Essa, infatti, si è limitata a rilevare l'incostituzionalità derivante dall'assenza di una eccezione al divieto di aiuto al suicidio per quelle persone che versino nelle condizioni descritte nei quattro punti sopra ricordati. All'assolutezza del divieto, quindi, non si contrappone un diritto, ma un obbligo di protezione scaturente dagli artt. 3 e 32 Cost. che si limita, elidendo l'antigiuridicità penale del fatto, a far salva l'equivalenza funzionale tra la situazione del malato che è già oggi in condizioni di rifiutare le cure e quello che, invece, trovandosi nelle condizioni sopra descritte, non può farlo senza esporsi a sofferenze inaccettabili e per scampare alle quali non esiste, ad oggi, un'alternativa. In questa chiave, il passaggio centrale dell'ordinanza al fine di riscontrare la natura del *vulnus* e la direzione da intraprendere per porvi rimedio è quello in cui viene lucidamente colta la contiguità tra le due ipotesi (rifiuto delle cure e aiuto al suicidio per chi versi nelle specifiche condizioni descritte) alla luce di un giudizio comparativo con quanto previsto dalla l. n. 219 cit., destinato ad operare come *tertium comparationis*: "Se, infatti, 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 – 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" (p. 9 *cons. in dir.*). L'aver in prospettiva sanzionato, quindi, l'art. 580 c.p. non perché esso precluda *tout court* l'aiuto al suicidio, ma perché nella sua absolutezza non si fa carico di scriminare chi aiuti un soggetto malato terminale che, tra l'altro, sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale (il che evidentemente restringe moltissimo l'ambito delle situazioni scriminate), vale quindi a iscrivere il *vulnus* all'interno di una situazione assai specifica e delimitata. Quella di un'assenza di flessibilità del dettato normativo, di una mancata presa in carico di una situazione eccezionale, che di per sé non si contrappone frontalmente alla decisione legislativa operata nel 2017, ma che matura come principio costituzionalmente doveroso da quelle medesime scelte, completando così (ma non sostituendo) la scelta operata dal legislatore in quella sede.

4. Alla luce di quanto detto, quale scenario decisionale immaginare una volta che la questione (al 24 settembre 2019 o in altra data successiva) tornerà ad essere oggetto della decisione della Corte? Più nello specifico: quale esito decisionale appare preferibile nell'eventualità che il legislatore rimanga inerte? Sul punto

continuo a pensare che la formula decisionale da preferire sia quella capace di trovare la migliore sintesi (non parlo ovviamente di bilanciamento, vista l'eterogeneità dei piani coinvolti) tra il rispetto dei diritti individuali così come menomati dal *vulnus* già riscontrato, la salvaguardia della discrezionalità del legislatore e l'ancoraggio dell'intervento della Corte costituzionale ai limiti funzionali che ne regolano l'azione.

Una premessa, per poter rispondere alla domanda posta, riguarda la ricostruzione teorica della modalità decisionale introdotta con l'ord. n. 207 del 2018. Essa non pare di per sé inaugurare una nuova tecnica decisionale, perché il contenuto suo proprio è quello di un accertamento cui si accompagna un differimento del termine di adozione della pronuncia. La premessa su cui essa si fonda è costituita da una dissociazione temporale tra accertamento dell'incostituzionalità e momento della produzione degli effetti conseguenti alla dichiarazione di incostituzionalità, che resta però del tutto eventuale e sospensivamente condizionata (Romboli) alla mancata realizzazione dell'intervento legislativo auspicato. Se questa ricostruzione è plausibile, non pare che si tratti di qualcosa di completamente inedito, perché una dissociazione analoga (sebbene operante in modo diverso) è la stessa che ha consentito l'introduzione delle sentenze di accoglimento "datate", in particolare in quelle circostanze in cui una retroattività piena derivante dall'annullamento rischiava di creare situazioni ancora più incostituzionali.

In questo senso, lo schema inaugurato dall'ord. n. 207 del 2018 sembra doversi piuttosto accostare ad un modulo decisionale idoneo a porre rimedio a omissioni legislative incostituzionali ma per le quali non siano disponibili esiti ricostruttivi obbligati o comunque univocamente individuabili *prima facie* dalla Corte stessa. L'indice del fatto che all'ordinanza in parola la Corte abbia tentato di assegnare una simile funzione, prefigurandone forse una qualche possibile sistematizzazione, si rinviene nelle righe finali, allorché si precisa che "laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che *anzitutto* il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale" (p. 11 *cons. in dir., in fine*, cors. agg.).

Tutto ciò presuppone che un esito ricostruttivo volto a consentire l'affermazione del principio (così da evitare gli scogli di un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata) sia comunque attingibile dalla Corte, ma senza che esso debba in tutto e per tutto affidarsi al corsetto di rime obbligate, ben potendo svolgersi nel segno di una meno costretta continuità ordinamentale con determinazioni legislative già operanti nel sistema. Una soluzione, quindi, che "impon[e] di

ricercare nel sistema la soluzione più corretta” (sent. n. 105 del 2018). E questo perché quell’esito ricostruttivo posto come condizione indispensabile per la caducazione dell’art. 580 c.p. (o comunque per la sua inoperatività) non sarà costituzionalmente obbligato, ma non è neanche costituzionalmente indifferente: l’insistita continuità con la legge n. 219 cit. testimonia già il fatto che per la Corte costituzionale le scelte da intraprendere nel caso di specie trovano in quella sede dei modelli, una sorta di “ambiente” normativo, che risultano nel complesso costituzionalmente avvalorati (anche per la loro recente approvazione) e che si prestano, quindi, a fornire almeno in parte una linea di svolgimento per le decisioni (*in primis* legislative) da prendere in futuro. Basterebbe pensare, tra le altre cose, alla libertà e alla revocabilità del consenso, al coinvolgimento in un percorso di cure palliative, all’alleanza terapeutica tra medico e paziente.

Una volta preso atto, quindi, che l’interrogativo principale riguardo alla tenuta del modello in questione riguarda la possibilità che la Corte costituzionale addivenga ad una (parziale e delimitata) ricostruzione del tessuto normativo che in prima battuta è demandata al legislatore *ma che non è ad esso riservata*, la questione concernente la specifica formula decisionale cui la Corte potrà fare ricorso in futuro perde in certa misura di rilievo.

Personalmente, per le ragioni già dette, trovo che l’esito più lineare sia quello di un’additiva di principio che colpisca l’art. 580 c.p. nella parte in cui non prevede che vadano esenti da responsabilità penale coloro i quali aiutano a morire i soggetti identificati dalle quattro caratteristiche sopra richiamate, se la condotta si svolge nel rispetto di alcune indicazioni operative di massima, atte a scongiurare i rischi paventati nell’ordinanza. Alla doverosità costituzionale del principio, quindi, potrebbe associarsi una sommaria e transitoria individuazione di un corredo operativo atto a guidare, nel senso che si è detto, l’attività demandata *medio tempore* ai giudici, in attesa dell’intervento del legislatore. Benché non mi nasconda alcune difficoltà e insidie nel prospettare questa formula, a partire dalle necessarie indicazioni da fornire ai giudici (basti pensare al problema dell’obiezione di coscienza), ai problemi che ne deriverebbero in termini di determinatezza della fattispecie e, più in generale, di certezza del diritto, non ho l’impressione che altre formule decisionali analoghe non riproporrebbero lo stesso problema, per di più generando incertezze ancora più difficilmente gestibili quanto all’*an* e allo stesso *quomodo* della incostituzionalità.

Ciò sembra valere sicuramente per una sentenza interpretativa di rigetto. Benché essa, infatti, avrebbe indubbi vantaggi quanto alla ridotta intensità dell’intervento della Corte, è però vero che scaricherebbe inevitabilmente sui giudici il problema di rinvenire un insieme regolatorio atto a escludere, di caso in caso, l’intervento della sanzione penale, generando così probabilmente un’incertezza ancora maggiore di quella derivante dall’accettazione dell’interpretazione prospettata dalla Corte in termini di principio. Senza poi dimenticare che, ove l’esito finale fosse di questo tipo, sarebbe legittimo domandarsi perché la Corte costituzionale abbia dovuto prima di ciò giungere all’ordinanza n. 207, dato che un esito del genere poteva legittimamente essere conseguito in prima battuta.

Il problema, però, pare porsi anche per l'esito decisionale per alcuni aspetti più vicino a quello dell'additiva di principio, vale a dire una sentenza interpretativa di accoglimento. Sicuramente essa scongiurerebbe i rischi di un'ondivaga applicazione giurisprudenziale che deriverebbero da un esito di rigetto, perché l'ablazione parziale con conseguente riduzione della portata applicativa della norma penale escluderebbe qualsiasi dubbio sull'effetto scriminante della condotta di aiuto come quella posta in essere da Marco Cappato. Ma è da dire che anche per essa si porrebbero i problemi di approntamento di una disciplina in grado di non creare l'*horror vacui* giustamente temuto dalla Corte, che verrebbero tuttavia demandati, ancora una volta, ai giudici, che dovrebbero verosimilmente affrontarli alla luce dei precedenti emersi in giurisprudenza, da ritenersi vevoli in attesa che il legislatore intervenga, generando così nuova incertezza.

Rispetto a questa eventualità, demandare l'individuazione di queste condotte alla Corte costituzionale mi sembra un esito in fondo preferibile, perché ciò contribuirebbe a ridurre quell'incertezza, salvaguardando l'effettività dei diritti dei singoli, lascerebbe impregiudicato un potere di intervento del legislatore (essendo il principio legato, come si è detto, a modalità operative da ritenersi cedevoli rispetto ad un eventuale futuro intervento del legislatore, sulla falsariga di quanto è avvenuto in casi simili, ad es. con la sent. n. 113 del 2011) e, da ultimo, finirebbe per rendere forse anche meno anomalo di quanto è stato ritenuto da molti il modulo decisionale inaugurato con l'ord. n. 207 del 2018.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Perugia.