

PROFILI PROCESSUALI DELL'ORD. N. 207 DEL 2018*

di Gian Paolo Dolso **
(24 giugno 2019)

Numerose, come era ovvio che fosse, sono state le reazioni all'ordinanza 207 del 2018, molto vari i giudizi sulla stessa, non univoca la valutazione della sua incidenza sulle dinamiche processo costituzionale. Muovendo da alcune considerazioni schiettamente processuali, relative alla reiezione delle eccezioni di inammissibilità, si svolgeranno alcune considerazioni di carattere generale che l'ordinanza sollecita in riferimento al giudizio incidentale nel suo complesso, giungendo infine ad ipotizzare la conclusione, che sin d'ora si anticipa, secondo cui una diversa via avrebbe potuto essere forse percorsa, se non altro per evitare i rischi insiti nell'ordinanza, rischi che sembrano sopravanzare i vantaggi, come illustrato in modo analitico dalla relazione di Enrico Grosso¹.

1. Il giudice *a quo* esclude che la condotta dell'imputato abbia rafforzato la volontà suicidaria, maturata in realtà a prescindere dal suo intervento. Muovendo da tale presa di posizione, L'Avvocatura dello Stato chiede che la questione sia dichiarata inammissibile avendo lo stesso giudice escluso tale efficacia nella condotta dell'imputato. Ma l'agevolazione, nota la Corte, prescinde dall'influenza sul processo deliberativo, risolvendosi altrimenti l'interpretazione in una *interpretatio abrogans*. Se si ritenesse rilevante la condotta agevolativa solo se rafforzativa dell'intento suicida si finirebbe per determinare l'abrogazione di una parte della disposizione. In realtà vi è un ampio spettro di "significati" nell'ambito delle condotte che agevolano l'esecuzione di un suicidio. Si può ipotizzare, al riguardo, che le agevolazioni rilevanti siano quelle che si collocano "a ridosso" dell'evento finale, mentre quelle più remote potrebbero fuoriuscire dalla fattispecie, anche sulla scorta di indicazioni desumibili dalla giurisprudenza di merito². Si pensi, ad esempio, a condotte che degradano ad ausilio meramente materiale, per giunta collocate in un torno di tempo lontano dall'esecuzione dell'atto.

In casi simili a quello che ci occupa la Corte non di rado ha ritenuto la questione inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza non essendo l'interpretazione sottoposta a giudizio l'unica compatibile con il dettato letterale, di conseguenza risultando dubbia l'applicabilità di *quella* norma a *quel* caso.

Si prospetta ancora l'inammissibilità per aver il giudice chiesto un avallo interpretativo senza procedere al tentativo di interpretazione adeguatrice. La Corte richiama alcuni precedenti secondo cui tale dovere lascia il passo all'incidente di costituzionalità quando il tenore letterale della legge ad esso si oppone. La Corte soggiunge che, in quest'ottica, non ha rilievo il fatto che sul punto non si sia formato un diritto vivente. Quanto al tenore letterale, è pacifico che costituisca un limite per l'interpretazione adeguatrice: nel caso tuttavia, sulla scorta di alcuni spunti giurisprudenziali, la condotta dell'imputato sarebbe sfuggita al raggio di operatività della fattispecie in quanto non direttamente correlata alla "esecuzione" del suicidio: si tratta di un elemento letterale della norma che è servito a

* 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.

1 E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, di prossima pubblicazione in *Quad. cost.*, 3/2019.

2 Riferimenti nel senso indicato in P. VERONESI, *Un'incostituzionalità (solo) "di fatto" del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del "caso Cappato"*, in *Studium juris*, 2019, 3, 277 ss.

circoscriverne la portata. Solo se il tentativo di interpretazione adeguatrice avesse dato luogo ad *interpretatio abrogans* il discorso della Corte sarebbe pertinente; diversamente, essendo disponibili interpretazioni diverse, non incompatibili con il testo della norma, nessuna preclusione ricorre rispetto all'interpretazione adeguatrice. Quanto al diritto vivente, la sua assenza depone per la praticabilità di un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.

L'Avvocatura dello Stato infine eccepisce l'inammissibilità per avere il giudice chiesto una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata. Ma, secondo la Corte, il giudice chiede di rimuovere la fattispecie criminosa dell'aiuto al suicidio facendola ricadere in quella dell'istigazione; un intervento meramente ablativo, non creativo. Tuttavia, si rileva, «*al riscontrato vulnus la Corte ritiene di non poter porre rimedio [...] a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni descritte*». Non essendo praticabile l'intervento meramente ablativo, il ricorso all'inammissibilità sarebbe suonato più che giustificato.

In ogni caso si precisa poi che «*l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta in contrasto con la Costituzione*». Va da sé che la dichiarazione di incostituzionalità riguarderebbe la norma che punisce chi agevola l'esecuzione del suicidio in certi casi e non in altri, a certe condizioni e non ad altre. Si tratta di una manipolazione della norma, di modo che la prospettata mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata non appare fuori asse.

Del resto nel passato è accaduto che la Corte avesse avuto un riscontro negativo, da parte della giurisprudenza, con riguardo alla manipolazione di fattispecie di reato: si pensi alla sent. 108 del 1974 in riferimento al delitto dell'istigazione all'odio tra classi sociali, che la Corte aveva manipolato prevedendo la necessità dell'istigazione attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. La Cassazione aveva seccamente replicato che nell'ordinamento penale è operante senza eccezioni il principio di stretta legalità, *nullum crimen sine lege*, non valendo obiettare che l'operazione additiva avrebbe una portata riduttiva, dato che il principio di legalità opera anche nei confronti delle sentenze della Corte³. Nel remoto caso del reato di istigazione all'odio tra classi sociali la Cassazione aveva recepito la pronuncia come dichiarazione pura e semplice di illegittimità.

Si tratterebbe, nel caso che ci occupa, di un esito quanto mai problematico alla luce del fatto che la Corte ha a chiare lettere affermato che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione: l'art. 580 c.p. sembra una disposizione costituzionalmente necessaria nella parte in cui essa è «*funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento*» e si ricollega al «*compito della Repubblica [di] porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere che versa in simili situazioni di fragilità*». Se così stanno le cose un recepimento di una eventuale manipolazione alla stregua di una dichiarazione di incostituzionalità pura e semplice produrrebbe una situazione di incostituzionalità.

Sembra quindi che si possa sostenere che una pronuncia di inammissibilità, pur motivata *funditus*, sarebbe stata più che plausibile: alla luce dei precedenti costituisce forse più una forzatura la reiezione delle eccezioni di inammissibilità che il loro accoglimento.

³ La Corte di recente ha posto l'accento sulla necessità, in ambito penale, della *praevia lex scripta*: Corte cost., 24 del 2019.

2. L'ordinanza in parola si presta ad ulteriori considerazioni relative al giudizio incidentale e alla sua evoluzione, anche in base alla giusta osservazione secondo cui non si dovrebbe tanto guardare alla singola decisione essendo sempre consigliabile inserirla, e considerarla, in un flusso giurisprudenziale più ampio⁴.

E' scontato che il giudizio incidentale si muove tra due interlocutori, il legislatore e il sistema giudiziario. Vi è stato un lungo periodo in cui l'interlocuzione con il sistema giudiziario è stata certamente prevalente. Con tutti i margini di indeterminatezza che le periodizzazioni scontano, si può dire che dagli anni '90 sino agli ultimissimi anni ciò sia accaduto, come l'andamento della giurisprudenza stessa testimonia. Si pensi alla giurisprudenza che ruota attorno alla rilevanza della questione, spesso scandagliando a fondo le varie interpretazioni possibili in relazione allo specifico caso *sub iudice* (con ciò confermando l'intuizione di dottrinale sui nessi tra interpretazione della norma e "rilevanza"⁵). Basti anche por mente alla giurisprudenza relativa al dovere di interpretazione adeguatrice e ai limiti di essa anche alla luce del diritto vivente, spesso ricostruito con acribia; oppure anche alla giurisprudenza relativa agli errori interpretativi sovente imputati agli atti introduttivi dei giudizi, non di rado ancorati al sistema della legislazione ordinaria⁶.

L'ordinanza 207 instaura una interlocuzione con il Legislatore⁷. La Corte spiega le ragioni per cui si astiene, al momento, da una dichiarazione di incostituzionalità, scartando l'ipotesi di ablazione pura e semplice di una parte di disposizione, la quale anzi viene considerata non solo compatibile la Costituzione ma, con alcune delimitazioni, costituzionalmente richiesta. Il punto dolente sta nell'azione di regolazione dei confini. In questa complessa opera la Corte si muove tra due poli: da una parte insiste sulle specifiche caratteristiche della situazione da cui muove il giudizio, evocate a più riprese in motivazione. Di «situazioni come quella oggetto del giudizio a quo», di «paradigmatica» vicenda, si ragiona. Legame dunque inestricabile con la fattispecie che fa da sfondo alla *quaestio*.

Dall'altra parte insistiti sono i riferimenti al quadro legislativo, a quello vigente, e a quello che dovrà essere composto, attraverso una interlocuzione con il legislatore che, prima di essere "sistematizzata" in chiusura dell'ordinanza, viene "praticata" nel corso della motivazione. Viene descritto il tessuto normativo esistente e viene individuata la lacuna di esso: «*la legislazione oggi in vigore non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti non già ad eliminare le sue sofferenze ma a determinarne la morte*». «*Al riscontro vulnus ai principi costituzionali la Corte ritiene di non poter porre rimedio, almeno allo stato, attraverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni sopra descritte*». La soluzione lascerebbe del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali situazioni. Vengono poi elencati una serie

4 In questo senso, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013, 63 ss.

5 V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV. *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, pp. 2789 ss.

6 Cfr. sul punto C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 160 ss., secondo cui il giudizio di costituzionalità assume talora le sembianze di un giudizio di Cassazione anticipato.

7 Tra i primi A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ord. n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, 2018.

di elementi della disciplina di cui «la Corte non può farsi carico» in quanto espressione di scelte discrezionali e non costituzionalmente obbligate anche se si potrebbe distinguere tra prescrizioni necessarie e prescrizioni che non sono costituzionalmente richieste ma solo opportune⁸.

La Corte, riconosciuta quindi la necessità di un intervento del Legislatore, dà ragione della propria scelta processuale con una serie di argomentazioni, alcune convincenti, altre meno. In situazioni analoghe spesso la Corte ha adottato pronunce di inammissibilità, di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, trovandosi poi talvolta nella necessità di re-intervenire con una formale dichiarazione di incostituzionalità: note sono le disfunzioni di tale *modus operandi*, disfunzioni solo in parte temperate dalla comparsa delle additive di principio. Ma, secondo la Corte, il caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per i valori in esso coinvolti, reclama una diversa soluzione.

Facendo uso dei suoi *poteri di gestione del processo costituzionale*, la Corte ritiene di dover provvedere in diverso modo. Si tratta di un modo di procedere che, anche con riferimenti ad esperienze di diritto comparato, viene ancorato a casi del tutto simili, legittimando l'opinione che la condotta processuale nel caso non si trasformerà in regola⁹. Non è però inusuale che di fronte alla Corte siano coinvolti valori di primario rilievo costituzionale, e non è inusuale che in casi consimili la Corte abbia nel passato accettato il fatto che norme incostituzionali continuassero ad essere applicate¹⁰.

La Corte, esplicitando la doverosità di un obbligo di intervento legislativo, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale, sostiene che l'opzione prescelta mira ad evitare, da una parte, che una disposizione continui a produrre effetti reputati non costituzionalmente compatibili e, dall'altra, a scongiurare possibili vuoti di tutela di valori anch'essi rilevanti sul piano costituzionale. In relazione al primo versante si può osservare che nulla impedisce che in altri giudizi la norma venga applicata, anche in una accezione non conforme a quella indicata dalla Corte¹¹. Sul secondo punto, il vuoto di tutela, più che evitato, può rivelarsi solo rinviato nella misura in cui l'intervento della Corte, quali che siano le sembianze che assumerà, non potrà certo innestare una disciplina della materia che risponda a tutte le istanze messe a fuoco¹².

3. Ci si può chiedere –in definitiva– se la decisione sia ancorata e confinata al caso di specie e alle sue particolarità, oppure possa manifestare una attitudine espansiva rispetto ad altre situazioni analoghe divenendo uno strumento destinato ad essere impiegato a regime (da condotta processuale a regola processuale?).

8 Varie sono le ipotesi: si possono avere «semplici indicazioni di quel che si può fare e di quel che non si può fare e, talvolta, magari, di quel che si deve fare per non incorrere il censure di incostituzionalità»: V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, 1978, 69 ss.

9 In questo senso cfr. E. GROSSO, *cit.*,

10 Si può ad esempio citare il caso della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto, problema evidenziato dalla Corte già negli anni '90, di poi oggetto della sent. n. 26 del 1999; quando la Corte Edu con la sentenza *Torreggiani* evidenziò l'ineffettività di tale tutela la Corte, con la sent. n. 279 del 2013, dichiarò ancora la questione inammissibile.

11 In senso diverso, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018.

12 Dubbi sul punto sono espressi da E. GROSSO, *cit.* Una alternativa a tale esito potrebbe essere costituita da un intervento che incida, come si è ipotizzato, sulla misura della pena: così A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 giugno 2019.

Difficile rispondere. Non va trascurato che nel caso la Corte, sotto due profili significativi nell'economia della decisione, pare in sintonia con alcune linee guida della giurisprudenza più recente, non a caso richiamate nella relazione di fine anno del presidente della Corte costituzionale Lattanzi¹³.

In essa viene sancito il temperamento della dottrina dell'interpretazione adeguatrice, assai ridotta nella sua operatività da qualche anno a questa parte. Emblematica, a questo riguardo, la sent. 83 del 2018, ove la Corte respinge l'eccezione di inammissibilità di una questione in cui l'interpretazione adeguatrice avrebbe potuto essere praticata se il giudice non avesse ritenuto (erroneamente) di trovarsi di fronte ad un limite derivante dalla lettera della legge: si tratta di una situazione che sino a pochissimi anni fa avrebbe dato luogo ad una decisione di inammissibilità.

Nell'ord. n. 207 si prefigura, poi, un intervento che, seppure volto a rimediare ad una situazione di incostituzionalità, non può essere considerato costituzionalmente obbligato. Se l'incostituzionalità si annida nella mancata perimetrazione della norma penale, troppo ampia per poter essere in sintonia con i principi costituzionali, le modalità con cui procedere alla perimetrazione non paiono costituzionalmente imposte. Tutto ciò in sintonia con quanto nella relazione del Presidente Lattanzi evidenziato, con riguardo soprattutto alle pronunce additive in materia penale, di cui viene additata come paradigma la sent. n. 40 del 2019.

Si tratta, per vero, di una evoluzione recente se si pensa che appena con la sentenza n. 223 del 2015 la Corte aveva sfoderato tutto il suo tradizionale repertorio relativo ai limiti delle sentenze additive in un caso in cui di fatto le alternative erano davvero limitate.

Entrambi i profili segnalati cospirano ad un maggiore attivismo della Corte, teso forse a tamponare una progressiva atrofizzazione del giudizio in via incidentale¹⁴. Certo è che entrambe le dottrine, del dovere di interpretazione conforme e della necessità di una soluzione costituzionalmente obbligata, non favorivano certo l'accesso alla Corte costituzionale. La loro "rivisitazione" potrebbe determinare un più ampio afflusso di questioni: il temperamento della prima rende per i giudici più praticabile il ricorso in via incidentale, per diversi anni reso difficoltoso da un utilizzo spinto della richiesta di interpretazione adeguatrice; il superamento della seconda, che schiude la via ad interventi in situazioni ove in precedenza la Corte praticava un tendenziale *self restraint*, potrebbe peraltro avere ricadute nell'assetto dei rapporti Corte/Parlamento.

Sul fatto che tali orientamenti trovino spazio anche con riguardo a casi così problematici, casi "limite", si potrebbero nutrire dubbi. Laddove sia richiesto un intervento in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità, in dottrina diverso tempo addietro si metteva in guardia sul fatto che la scelta dovrebbe rispondere a criteri pragmatici, ancorati in sostanza al *buon senso*, desumibile anche da una comparazione tra gli scenari sottesi alle opzioni della Corte e alle conseguenze di un suo intervento¹⁵.

Nel caso che ci occupa, la specificità delle caratteristiche della fattispecie, la sussistenza di margini interpretativi nella formulazione letterale della disposizione, la non preclusività della lettera della legge rispetto ad interpretazioni alternative, l'assenza di un diritto

13 G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, in www.cortecostituzionale.it, 2019.

14 Il riferimento è a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 361 ss.

15 Sul punto A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 95 ss.

vivente, la pluralità di principi costituzionali in gioco (e la delicatezza del conseguente bilanciamento), le difficoltà procedurali affrontate, *a monte*, per giustificare l'ordinanza e soprattutto quelle, *a valle*, relative alla decisione che forse dovrà essere adottata, la situazione di incertezza che una interlocuzione diretta con il legislatore può ingenerare (anche alla luce di passate esperienze: di rapporti *non incoraggianti* tra Parlamento e Corte ragionava molti anni fa Leopoldo Elia in qualità di Presidente della Corte) e altri motivi ancora forse avrebbero consigliato di fare affidamento sull'interpretazione giudiziale, che in casi simili ha fornito soluzioni appropriate e, come è logico, sagomate sulle singole fattispecie, piuttosto che ipotizzare una soluzione della *quaestio* allo stato ancora incerta, ipotecendo con svariate indicazioni, non tutte costituzionalmente imposte, un intervento del legislatore, realizzando una "funzione di collaborazione della Corte con il potere legislativo"¹⁶ che potrebbe forse creare maggiori problemi di quanti ne intende risolvere.

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Trieste

¹⁶ L'espressione è di F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1663.