

## Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su *Cappato*\*

di Antonio Ruggeri \*\*  
(27 maggio 2019)

1. *Una questione in relazione alla tecnica processuale oggi utilizzata: vi sono limiti alla “invenzione” per mano della stessa Corte di strumenti sempre nuovi o anche di mere “varianti” di strumenti vecchi di giustizia costituzionale?*

Non riprendo qui l'esame della pronuncia che ha dato lo spunto per il nostro incontro di oggi, alla cui analisi critica mi sono in altri luoghi già dedicato. Mi limito solo ad interrogarmi sulla “morale” che si trae dal caso e su alcune indicazioni che possono aversene per i prossimi sviluppi delle esperienze della giustizia costituzionale e le dinamiche istituzionali in genere. E lo faccio, ponendomi ora due sole questioni, tra le molte meritevoli di considerazione la cui illustrazione risulta con chiarezza dalle dense relazioni di E. Grosso e C. Salazar, lasciandole peraltro volutamente aperte: una in relazione ai profili processuali ed una per quelli di sostanza.

La prima delle questioni fa capo alla inusuale tecnica decisoria utilizzata nella circostanza odierna e che mi porta a chiedermi fino a che punto possa spingersi la capacità della Corte di forgiare strumenti sempre nuovi di decisione o anche mere “varianti” di strumenti già collaudati. C'è, insomma, un limite alla fantasia creativa della Corte e, se sì, da cosa è dato?

È stato fatto da molti notare che si è oggi assistito alla nascita di una vera e propria decisione di “delega” al legislatore; ve ne sono state anche in passato e di sicuro altre si avranno (ad es., con le additive di principio), ma è fin qui mancata la fissazione di un termine, scaduto il quale si perfezionerà (o, meglio, *dovrebbe* – salvo nuovo rinvio – perfezionarsi) la manovra di giustizia costituzionale oggi avviata e quindi lasciata in sospenso.

Non inganni il linguaggio apparentemente cauto e paludato esibito dalla 207 (frequente l'uso della forma verbale condizionale), come tale a prima vista rispettoso delle opzioni rimesse al legislatore; e ciò, per due ragioni.

La prima è che si tratta di opzioni pur sempre tenute a mantenersi entro la cornice fissata dalla odierna pronuncia: se ci si passa l'accostamento, che non vuol essere minimamente irriverente, è un po' quanto accade per alcuni animali dapprima in cattività e poi lasciati liberi di muoversi entro un recinto abbastanza largo ma, appunto, pur sempre chiuso, dal quale non possono tornare liberi, com'erano prima della loro cattura.

La seconda è che gli stessi “principi e criteri direttivi” delle leggi di delega sono il più delle volte connotati da strutturale flessibilità ed ampiezza di campo (per non dire dei casi in cui sono in buona sostanza assenti); qui, anzi, a dirla tutta, vi sono più punti della trama disegnata nella ordinanza in commento che si presentano a maglie assai fitte: insomma, una “delega”... *giurisprudenziale* forse ancora più somigliante al modello delineato nell'art. 76 della Costituzione di quanto non siano molte delle leggi varate dalle Camere.

Su un punto, ad ogni buon conto, mi sentirei abbastanza sicuro, in relazione al quesito sopra posto. Ed è che dobbiamo abituarci all'idea che, specie in ambito di biodiritto, con riguardo cioè ad esperienze di vita in relazione alle quali il legislatore accusa ritardi e carenze assai gravi, la Corte possa far luogo ad interventi sempre più mirati e, però, allo stesso tempo incisivi, al fine di dare appagamento ad istanze di “giustizia costituzionale” particolarmente avvertite e diffuse. La Corte, insomma, è consapevole della insufficienza degli strumenti dei quali dispone, dei quali peraltro la stessa si è in larga misura dotata,

---

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

pur essendone – come si sa – assai nutrito e consistente il catalogo, e si trova dunque costretta dagli eventi a forgiarne a getto continuo di nuovi, nell'intento di conseguire bilanciamenti complessivamente appaganti tra gli interessi in campo.

Qui, però, è il punto. È giusto che faccia tutto da sola, magari aggiustando e rifinando col tempo le armi man mano forgiate? E può sempre farlo per la via breve della giurisprudenza, col carattere inevitabilmente casistico che le è proprio, oppure si rende – almeno in taluni casi – necessario battere la via della disciplina normativa, sia pure ricorrendo a formule a largo raggio, essenzialmente *per principia*?

Molti di noi, annotando la 207, hanno fatto notare che la Corte disponeva di margini di manovra obiettivamente circoscritti, alla luce del modello costituzionale (e, segnatamente, delle indicazioni date dall'art. 136) e a differenza di ciò che si ha in altri ordinamenti, margini nella circostanza odierna – a me pare – superati.

Voglio essere diretto e franco nella domanda: è corretto battere la via delle deviazioni ora in un senso ed ora nell'altro (ed ora per l'una ovvero l'altra ragione) dall'alveo segnato nella Carta al fine di spingere il legislatore a far opera di revisione degli ingranaggi della giustizia costituzionale, adattandoli ad un contesto ed a bisogni in esso emergenti inimmaginabili al momento della scrittura della Carta stessa? O, forse, si punta a rendere superfluo l'adattamento in parola, dal momento che nel frattempo vi ha già provveduto a colpi di decisioni la giurisprudenza?

Troppi casi si sono succeduti negli ultimi anni che testimoniano il disagio e la vera e propria insofferenza della Consulta a mantenersi entro le strettoie fissate nella Carta: basti solo pensare all'uso (e non uso...) fattosi della rilevanza e della incidentalità (specie, ma non solo, con le pronunzie sulle leggi elettorali) o alla inopinata estensione del sindacato anche su norme non scritte (come nella 238 del 2014). Dobbiamo allora porci la cruda domanda: si corrono rischi a lasciare la Corte sola con se stessa in siffatta opera di riconformazione incessante, e secondo occasione, del modello di giustizia costituzionale?

La risposta è, a mio modo di vedere, affermativa, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, si va incontro al rischio (che – ahimè – temo essere certezza) di un incontrollabile innalzamento del tasso di politicità dei giudizi di costituzionalità, tale da risolversi in un soffocamento dell'"anima" giurisdizionale della Corte, com'è abitualmente chiamata (l'accostamento della odierna decisione alle leggi di delega, di cui un momento fa si diceva, è un indice attendibile del tasso di politicità intrinseco alla decisione stessa). È un caso – mi chiedo – che una schiera di studiosi sempre più consistente segnali con viva preoccupazione questo *trend*?

Non si trascuri la circostanza per cui la stessa Corte dà prova di essere avvertita del rischio in parola, e non da ora. Ricordiamo tutti gli appelli ripetutamente fatti ed emblematicamente riassunti in una efficace espressione del 2004 del Presidente Zagrebelsky con riguardo ai casi di supplenza "non richiesta e non gradita" cui la Corte è costretta a far luogo da ritardi e mancanze del legislatore. E la supplenza – piaccia o no – fatalmente si traduce nella impropria sostituzione di un decisore politico ad un altro, o meglio della sostituzione di un decisore politico ad opera di uno che politico non è (o non *dovrebbe* essere...), perlomeno nella stessa accezione e misura vevoli per il primo.

Qui, però, la questione è resa particolarmente grave e – a dirla tutta – inquietante dal fatto che si tratta di ritardi e carenze nella disciplina degli stessi canoni che governano i giudizi di costituzionalità.

Abbiamo molte volte assistito a modifiche tacite della Costituzione *ope juris prudentiae*, praticamente diffuse a tappeto per l'intero campo costituzionale. Possono però esse spingersi fino al punto di riscrivere le norme della Carta relative a natura ed effetti delle decisioni della Corte, piegate a contingenti esigenze di "equità costituzionale", norme dalla cui osservanza dipende il mantenimento degli equilibri complessivi del sistema (segnatamente, al piano dei rapporti tra la Corte stessa e il legislatore)? Ciò che, poi, particolarmente inquieta è la circostanza che le "metanorme" relative all'esercizio delle funzioni di

garanzia costituzionale sono rifatte *per il singolo caso ed in occasione del suo stesso verificarsi*.

Ho fatto altrove quest'esempio: riusciamo ad immaginare l'eventualità che il legislatore modifichi i canoni sulla formazione delle leggi con effetto riflessivo, riguardante cioè la stessa legge che ai canoni stessi innovi?

In secondo luogo, è da tener conto del fatto che l'intervento "sussidiario" posto in essere dalla Consulta, in vece del legislatore (a mia opinione, in primo luogo del legislatore di revisione costituzionale e, per ulteriori svolgimenti, del legislatore ordinario, in sede di modifica della legge 87 del '53), presenta pur sempre, per un suo intrinseco ed insuperabile limite, un carattere rabberciato: è, insomma, come un rattoppo fatto ad un vestito lacerato, che perciò non può in ogni caso tornare nuovo, com'era uscito dalle mani del sarto. Fuor di metafora, il rischio che si corre è che l'arma lanciata dalla Consulta finisca col ritorcersi, a mo' di *boomerang*, contro chi l'ha scagliata.

Nel caso nostro, l'inconveniente più grave, peraltro già segnalato da più parti (sia pure con varietà di accenti), è che la Corte possa fatalmente entrare in contraddizione con se stessa, gravemente delegittimandosi da se medesima. Un esito, questo, che potrebbe aversi tanto per il fatto che lo stesso giudice in caso d'inerzia del legislatore reputi, per varie ragioni, non già di non poter riprodurre per filo e per segno il contenuto della 207 nella pronuncia conclusiva della vicenda *Cappato* (ciò che comunque può fare) bensì di doversi discostare nella sostanza dalla ordinanza in commento, quanto per il caso che invece la riprenda di peso nella decisione finale. La qual cosa darebbe la dimostrazione *per tabulas* che il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, in nome del quale il giudice si è determinato a far luogo alla chiamata in campo di quest'ultimo, non può più valere nel momento in cui le Camere dovessero venire meno alla sollecitazione loro rivolta.

Il punto è molto importante e dimostra il carattere – come dire? – elastico e condizionato allo stesso tempo del limite in parola, per l'idea che sembra oggi essersene fatta la Corte. *Elastico* esso, per vero, è sempre stato (anzi, a dirla tutta, appare essere strutturalmente ambiguo, suscettibile di espandersi e contrarsi a fisarmonica in ragione di occasionali convenienze); ora è, però, anche *condizionato*, non valendo più dopo una iniziale pronuncia apparentemente rispettosa dello stesso (uso l'avverbio, per la ragione sopra indicata trattando della natura di atto di "delega" della 207). Insomma, se la prima volta c'è, non c'è più la seconda, per il mero fatto della perdurante latitanza del legislatore (e, forse, pure laddove quest'ultimo dovesse attivarsi ma senza soddisfare a pieno le aspettative nutrite dalla Consulta).

Di qui, ancora un quesito: possiamo considerare questa entrata ed uscita di scena "a scomparsa" del limite della discrezionalità il lineare ed obbligato risultato meramente tecnico di una decisione a sua volta tecnica della Corte ovvero è esso pure, inevitabilmente, politicamente connotato?

## 2. ... ed una in relazione ai profili di sostanza: qual è il fondamento costituzionale del (supposto) diritto al "suicidio assistito"?

E vengo alla questione di merito, o meglio ad una delle molte questioni sollevate dalla decisione in commento, quella davvero di maggiore, cruciale rilievo.

La Corte qui sembra non avvedersi della differenza sostanziale o – come pure è stato detto – di "qualità" che si ha tra la decisione liberamente e consapevolmente adottata da una persona di "lasciarsi morire", non curandosi, e la pretesa dalla stessa avanzata a terzi di procurarle la morte, avallata dalla 207 (ad es., attraverso la interruzione dell'alimentazione ed idratazione forzata o della ventilazione assistita o, ancora, facendosi iniettare in vena un farmaco letale: ipotesi che molti considerano meritevoli di essere tenute distinte, trascurando però che *in ogni caso* ne discende in modo diretto ed immediato la

morte della persona).

Su cosa si fonda questo (supposto) diritto al “suicidio assistito”, com’è usualmente chiamato?

Chiamiamo le cose col loro giusto nome. La Corte circoscrive, sì, per l’aspetto oggettivo i casi al ricorrere dei quali la pretesa in parola è giustificata, ma sta di fatto che è qui spianata la via all’eutanasia, assumendosene il fondamento costituzionale. È evidente – a me pare – la contraddizione in cui entra con se stessa la pronuncia in parola che, in partenza, ribadisce come dall’art. 2 della Carta (e della CEDU) discenda “il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”, e poi approdi all’esito di riconoscere un vero e proprio diritto al “suicidio assistito” a colui che sia materialmente impedito di porre fine alla propria esistenza al fine di metterlo in parità rispetto a coloro che invece sono in grado di farvi luogo da soli. Si confonde in tal modo – come mi sono sforzato di argomentare altrove – una *materiale libertà* di movimento e di azione con un vero e proprio *diritto costituzionale* che, proprio perché tale, può essere fonte di pretese vantate nei riguardi di terzi, volte al suo appagamento.

Di qui, la domanda finale, davvero spinosa ed inquietante: a che titolo la Corte fa luogo alla invenzione di un vero e proprio diritto alla morte c.d. “degn” in assenza di una esplicita indicazione costituzionale in tal senso?

Non rinnovo ora la mia critica circa l’uso del tutto gratuito e forzato che la 207 fa della dignità, portata a risolversi interamente nell’autodeterminazione del soggetto ed a confondersi con la *qualità della vita* di persone particolarmente vulnerabili e sofferenti, come tali comunque meritevoli di ogni attenzione e di cura (nell’accezione stretta del termine, del “prendersi cura” appunto delle stesse sotto ogni riguardo).

Un punto è, nondimeno, chiaro e bisognoso di essere tenuto fermo; ed è che di tale (supposto) diritto non v’è esplicito riferimento nella Carta (e, a mia opinione, *pour cause*...).

Ancora una volta, così come si è poc’anzi fatto notare con riguardo ai profili di tecnica processuale, occorre ripetere: può un diritto di sì rilevante portata e gravido di implicazioni, dal suo esercizio derivando la fine stessa della esistenza umana, porsi quale il frutto della invenzione della Corte e che quest’ultima *impone* al legislatore, sollecitandolo a darvi la opportuna regolazione?

Proprio in considerazione della rilevanza della posta in palio, a me pare che non dovrebbe esservi dubbio alcuno a riguardo del fatto che la risposta può (e deve) venire unicamente dal legislatore stesso, in prima battuta a mezzo di legge di forma costituzionale e, a seguire, con legge comune: una risposta, nondimeno, pur sempre soggetta alla sua verifica in applicazione del canone della ragionevolezza ed all’insegna dei valori di dignità e vita, congiuntamente considerati.

Francamente, considero un azzardo che si possa rimettere alla sola maggioranza politica di turno l’adozione di una decisione siffatta da cui dipende la stessa sopravvivenza di esseri umani. Sia chiaro: la maggioranza può anche far luogo all’approvazione di legge costituzionale, imponendola alle opposizioni, così come peraltro si è già avuto e verosimilmente si avrà. Altro è però – si convenga – decidere quali nuovi contenuti dare ad un Titolo della Parte seconda o, magari, alla stessa interamente riscritta, così come si è fatto nel 2001 e si è tentato di fare ad opera del Governo Renzi, ed altra cosa decidere cos’è vita o morte e quando si può avere o non avere la prima ovvero la seconda. Alle vicende d’inizio e fine-vita, insomma, non è possibile applicare la “logica” ferrea dell’*amico-nemico* che connota la dialettica tra le forze politiche (un rilievo critico di fondo, questo, che – come si vede – rinnovo qui anche alle discipline in atto vigenti: alla legge 40 del 2004 come pure alla 219 del 2017 o ad altre parimenti comuni che dovessero venire alla luce). Ecco perché – non mi stancherò di ripetere – in ordine alla (ed in occasione della) regolazione di siffatte esperienze occorre ricercare i più larghi e convinti consensi, allo stesso tempo orientando la decisione sia verso l’etica che verso la scienza e facendo luogo alla sua adozione uni-

camente laddove grazie alla decisione stessa si dia voce, esplicitandole, a delle autentiche *consuetudini culturali*, diffuse tra gli scienziati e nel corpo sociale, di riconoscimento di un nuovo diritto fondamentale. La migliore garanzia, questa, che la decisione non sarà oggetto di resistenze collettive o, come che sia, di manipolazioni in sede interpretativa ed applicativa, riuscendo di contro a farsi accettare proprio in quanto rispondente ad un bisogno largamente ed intensamente avvertito; e la migliore garanzia che verosimilmente la futura disciplina costituzionale, specie se circoscritta a disposti essenziali, *per principia*, non sarà fatta a pezzi, come invece si è avuto per la legge 40 e come potrebbe toccare in sorte anche alla legge 219.

\*\* Università di Messina