

## Corte “incappata”?

di Jörg Luther \*\*  
(3 luglio 2019)

1. Ringrazio gli organizzatori, i relatori e chi mi ha proceduto, condividendo i disagi e il mal di pancia di tutti. Tuttavia, temo che non basta un'interpretazione dell'ordinanza a “neutralizzare” o a curare il mal di pancia. In particolare non basta derubricare l'ordinanza a semplice problema di condotta e quindi di disciplina di qualche magistrato o, se si vuole, a un incidente diplomatico. Se di nuovo tipo di “incidente” in un giudizio incidentale si tratta, temo che l'invito non sia una semplice richiesta di soccorso a una nave incagliata, piuttosto lo spegnimento di un incendio a bordo di un aereo che è volato alto. Per rispondere alla domanda se di nuova “tecnica” anziché “politica” di giudizio, non si dovrebbe necessariamente disdire l'auto-qualificazione prescelta dal Presidente della Corte costituzionale. Semmai sembra non tanto una tecnica scelta razionale quanto piuttosto una tecnica di elaborazione delle paure di chi si trova a giudicare su questioni di vita e di morte (su cui sia consentito rinviare a J. Luther, *The judges power over life and death* (2018), <http://www.cortisupremeesalute.it/article/the-judges-power-over-life-and-death/>). Se di nuova tecnica processuale di tratta, comunque è ancora sperimentale e, per tornare alla metafora del possibile incidente, a una scelta di navigazione a vista limitata. *Learning by doing* sembra l'ispirazione e filosofia che sembra aver portato la Corte a questa sperimentazione, ma quale sia la lezione da trarre è questione e compito che non può non restare riservato alla scienza.

2. L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale tocca alcune criticità della giustizia costituzionale italiana, innanzitutto il rischio di subire condanne penali che incorrono i cittadini che intendono difendersi da leggi penali ritenute incostituzionali. Questi rischi sarebbero mitigati se contro simili leggi approvate magari da maggioranze forcaiole” fosse possibile un ricorso diretto di costituzionalità (su cui R. Tarchi (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali: Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino 2012) più che una *actio popularis* (su cui M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino 2015). I limiti del sistema di controllo incidentale italiano derivano proprio dalla carenza di un controllo preventivo o comunque sufficientemente astratto da imporre al cittadino il rischio di incorrere in sanzioni se vuole dubitare di una legge penale che contraddice talora in modo più velato, talora in modo più cinico i canoni della mitezza costituzionale. Questa carenza può essere dovuta tuttavia anche alla particolarità di una costituzione con molteplici diritti sociali, di difficile tutela giurisdizionale diretta.

3. Nel caso in questione non sono stati rappresentati coloro che potevano vantare un diritto all'aiuto, in particolare il “DJ Fabo” e la sua famiglia che lo ha aiutato accompagnandolo in Svizzera. Non sono stati rappresentati neanche correttamente tutti i diritti fondamentali toccati dalla questione. Gli avvocati e i giudici non si sono preoccupati dei diritti della famiglia e il diritto dei genitori di “mantenere” (art. 30). Mantenere non significa solo tenere in vita, ma forse anche tenere con la propria mano la persona morente. Sembra del tutto ignorato poi il diritto di libertà di assistenza sociale privata di cui

---

\*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.

all'art. 38 u.c. Cost. Il trasporto di un malato e dei suoi accompagnatori in una clinica straniera non è certo un servizio di turismo sanitario, piuttosto di assistenza socio-sanitaria non-professionale e volontaria. Si potrebbe eccepire che non è un "mezzo necessario per vivere" ai senso del primo comma di questo articolo e piuttosto un servizio finalizzato a poter togliersi la vita, ma anche l'accompagnamento di chi muore rientra nella fattispecie dell'"assistenza privata".

Si potrebbe eccepire allora che l'assistenza privata è libera solo nei limiti della legge penale, ma un simile argomento dalle tradizioni autoritarie non criticamente riflesse rischia di giustificare una qualsivoglia criminalizzazione di condotte riconducibili all'esercizio di diritti fondamentali. Se la condotta rientra invece nella fattispecie di una norma di diritto fondamentale, le limitazioni devono essere sottoposte a uno *strict scrutiny* ed essere strettamente necessaria a una tutela concreta del bene costituzionale della vita. Se l'aiuto non rafforza una volontà liberamente formata e se il suicidio si svolge non in modalità tali da indurre terzi in ulteriori scelte irrazionali, punire una condotta ispirata all'assistenza sociale rischia di apparire sproporzionata e diventare arbitrio.

4. L'art. 16 co. 2 della Costituzione garantisce la libertà di ogni cittadino di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge. L'imputato ha realizzato questa fattispecie, accompagnando un altro cittadino che ha deciso liberamente e legittimamente di non rientrarvi. L'imputato ha agito per ragioni certo non solo umanitarie, ma anche, in parte per motivi politici. La legge penale sembra porre a questa libertà una restrizione "determinata da ragioni politiche" di un regime passato, ragioni di biopolitica mantenute dalla Repubblica e fatte valere e sanzionare anche fuori dal suo territorio. La libertà di circolazione non solo ha già protetto viaggi fuori dall'Irlanda per aborti, potrebbe essere invocata anche da chi vuole essere trasportato, come passaggio con partecipazione alle spese o da un taxi in quei paesi del mondo dove il suicidio assistito può essere non punibile.

5. La legge italiana impugnata è la più severa (e forse anche la più vecchia) dell'Europa, in particolare per quanto riguarda la pena minima da essa stabilita. La sovranità del potere punitivo è solo derivata da quella costituzionale e deve quindi avere limiti costituzionali in una libertà personale che si oppone ad arbitrii e a pene sproporzionate perché non tali da stabilire una relazione ragionevole tra sacrifici imposti e benefici conseguiti dall'applicazione della pena. Le scelte non democratiche del legislatore penale prerepubblicano non possono più essere salvate dal dogma della discrezionalità (M. D'Amico, La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive, in: I. Pellizzone (a cura di), Principio di legalità penale e diritto costituzionale, Milano 2017, 34ss.). L'ord. n. 207/2018 salva l'*an* non il *quantum* della sanzione penale. Lascia aperta delle possibilità di rimodulazione sia della fattispecie, sia delle conseguenze punitive del reato. Punire in modo ragionevole non vuol dire necessariamente espandere la discrezionalità del giudice nella commisurazione delle pene, ma nulla vieta considerare incostituzionale una disposizione del codice penale nella parte in cui contiene come norma un minimo edittale. Se il legislatore vuole proteggere il suicida da un ambiente sociale che ne manipola le volontà, non deve fare applicare la stessa severità a tutte le condotte, perché il grado di manipolazione delle volontà è notoriamente molto variabile e molto difficile da accertare.

6. L'ordinanza di "incostituzionalità prospettata" non viola ma elude la disciplina degli effetti di una sentenza che dichiara l'incostituzionalità di una legge di cui all'art. 136 Cost..

La Costituzione tace sulle ordinanze e sui poteri processuali della Corte. L'ordinanza n. 207/2018 dispone un rinvio di un anno, motivando tale scelta con un "riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati". A questo *vulnus*, "questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, 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 appena descritte". La "incostituzionalità prospettata" con la metafora del *vulnus* potrebbe condurre a una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale per omessa riforma della legge prerepubblicana, ma lascia aperta la questione se il legislatore abbia o meno più d'una alternativa di scelta al riguardo dei meccanismi che discernono l'accompagnamento legittimo dall'assistenza punibile. L'ordinanza non rivolge una minaccia, ma una raccomandazione al legislatore affinché detti "una nuova complessiva regolamentazione della materia di carattere non penale, comprensiva di uno schema procedurale che consenta una corretta applicazione ai casi concreti delle regole così stabilite". Questo monito complesso allarga l'oggetto del giudizio e rischia di essere frainteso come usurpazione di un potere di iniziativa legislativa. L'ordinanza peraltro non dà atto della pendenza di una proposta di legge popolare promossa dallo stesso imputato. Mentre l'imputato compie un'azione di biopolitica che include la messa in scienza del processo de quo e di quello costituzionale, il monito del giudice costituzionale rischia di essere frainteso come sostegno all'appello del popolo e come richiesta di una sorta di "transazione" legislativa, come se la legge penale potesse diventare un contratto politico.

7. La nuova tecnica del rinvio dell'udienza non determina un caso di giustizia costituzionale denegata o indebitamente protratta e l'imputato del processo *a quo* probabilmente non si lamenterà dei tempi "politici" aggiuntivi. Più difficile è il rispetto dei canoni della ragionevole durata qualora la Corte decidesse un'ulteriore rinvio, magari anche dietro richiesta dell'avvocatura dello Stato.

Inoltre, l'ordinanza rivolge implicitamente anche una raccomandazione agli altri giudici di sospendere l'applicazione della legge in casi analoghi. Solo sospendere il giudizio per un anno o anche rinviare nuove questioni sullo stesso reato? Il gesto dell'imputato potrà avere un effetto di imitazione? L'applicazione della legge sarà congelata nella parte identificata dall'ordinanza di rinvio? Le condanne per fatti analoghi restano da eseguire? Questi effetti della nuova tecnica restano aspetti ancora da chiarire.

8. Il parlamento probabilmente non risponderà, forse anche per non essere considerato consenziente o acquiescente della nuova tecnica decisoria. E allora sarà il giudice costituzionale a forzare il parlamento e se stesso? "*Und bist du nicht willig, so brauch ich Gewalt.*" (Se non lo vuoi, userò la mia forza). Sarà la Corte costituzionale non solo di fatto, ma anche giuridicamente vincolata alle *rationes decidendi* dell'ordinanza di rinvio? Non è certo probabile una ritrattazione e sembra prospettata solo una trattazione ulteriore nell'udienza nuova, ma fino a che punto l'ordinanza produce un auto-vincolo del giudice e pregiudica la sentenza finale? Si può equiparare l'ordinanza di rinvio a una pronuncia di condanna generica resa ai sensi dell'art. 278 c.p.c. e 539 c.p.p.? O potrebbe la Corte costituzionale, anche alla luce delle critiche della dottrina e della (mancata) reazione delle camere, ripensarci o anche solo dare un'interpretazione autentica delle stesse ragioni? Sarebbe illegittimo dichiarare la stessa questione ora inammissibile ancorché fondata, per rispettare la volontà del parlamento di prendersi più tempo e non riaprire subito questioni politiche già decise in senso sfavorevole anche per la proposta di legge popolare? In ogni caso, l'incostituzionalità generica prospettata non equivale alla prevedibilità del dispositivo

della sentenza finale che potrebbe esser, anch'essa, una additiva di principio a contenuto generico. L'unica certezza è l'ambiguità delle parole "almeno allo stato".

9. Alla scienza giuridica non spetta fare profezie, piuttosto proposte. Difficilmente, la Corte ha previsto tutte le conseguenze possibili della propria decisione processuale. A giudizio dell'osservatore lontano sembra tendere a una sentenza parziale molto profilata, cioè una declaratoria d'incostituzionalità tanto parziale da essere applicabile sostanzialmente solo al caso del giudizio *a quo*. Ora di fronte a questo scenario di una sentenza additiva che produca una sorta di *lex Cappato* forse sarebbe preferibile uno sguardo più distaccato alla legge de qua. La Costituzione potrebbe indicare come via d'uscita non tanto una sentenza additiva di bilanciamento giurisdizionale integrata da schema procedurale amministrativo, quanto piuttosto un sobrio *in dubio pro libertatem*. Sarebbe sufficiente e preferibile per la certezza legislativa abbattere il minimo edittale per le ipotesi di aiuto al suicidio. E per l'introduzione di tecniche di giudizio di mera incompatibilità converrebbe emendare le norme della giustizia costituzionale più che eludere l'art. 136 Cost.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università del Piemonte orientale