



F.S. MARINI- C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, pp. 353*.

L'ordinanza "Cappato" rappresenta senza dubbio una pronuncia storica che si distingue per i rilevanti elementi di innovatività sotto il profilo sostanziale e processuale. Con tale decisione la Corte costituzionale si esprime su un delicato tema bioetico come quello del "fine vita" nel quale, a causa della innegabile conflittualità che investe il dibattito politico concernente questioni eticamente sensibili, lo *ius* sembra sovente agire d'anticipo sulla *lex*. In secondo luogo, la Consulta fa ricorso a uno strumento decisorio mai adoperato, variamente definito in dottrina, con il quale sospende gli effetti del giudizio e, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo», rimanda di dieci mesi la trattazione della questione ai fini di concedere al Parlamento il tempo per rimediare all'incostituzionalità della norma censurata (ord. n. 207/2018).

Da tale premessa introduttiva si comprende perché l'ordinanza n. 207 si presenti come un atto gravido di spunti ricostruttivi e suscettibile di un'analisi multi prospettica. L'opera curata da Marini e Cupelli si compone di una raccolta di venti contributi dalla cui lettura emerge un quadro di giudizio polifonico che testimonia la diversa sensibilità e formazione degli Autori.

Un gruppo di saggi si concentra in particolare sulla dimensione sostanziale, ricostruendo il contenuto di una decisione che si muove fra principio di dignità umana, diritto alla vita e autodeterminazione terapeutica.

La questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Milano ha ad oggetto l'incriminazione dell'aiuto al suicidio (art. 580 del codice penale). La rilevanza penale di tale condotta, a prescindere dal contributo alla determinazione e al rafforzamento del

* Contributo sottoposto a *peer review*.

proposito suicidario, costituirebbe, ad avviso del rimettente, il retaggio di una concezione anacronistica del bene vita, quella del legislatore del 1930, che si rivela oramai incompatibile con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 della Costituzione. Operando una definizione della fattispecie alla luce dello sviluppo normativo e giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, il collegio milanese asserisce che, al di fuori delle condotte che risultino lesive della sfera di autodeterminazione individuale, la sanzione penale non sarebbe più legittima.

Uno dei fattori che caratterizzano la vicenda è la posizione intermedia assunta dalla Corte la quale prende le distanze e dal legislatore pre-repubblicano, ancorato a una visione statalista del vivere umano, e dall'impostazione «schiettamente liberal» del giudice *a quo* incentrata sulla rivalutazione del bene giuridico protetto (Donini, p. 115). La Consulta sostiene che la fattispecie dell'aiuto al suicidio, contemplata nella sua generalità, sia pienamente conforme a Costituzione poiché coerente con la vocazione solidaristica e personalistica che permea il sistema di valori costituzionali. L'ordinamento ha, infatti, il dovere di assicurare una «cintura protettiva» nei confronti dei soggetti più deboli e vulnerabili, fra i quali devono essere sicuramente ricompresi coloro che meditano scelte suicide (ord. n. 207/2018).

Tuttavia, la punibilità di tale condotta si rivela incostituzionale con riferimento a specifici soggetti che vadano a trovarsi in circostanze peculiari, cioè coloro che siano affetti da patologie irreversibili (a) fonti di gravi sofferenze fisiche e psicologiche (b), necessitino di un trattamento di sostegno vitale (c), siano reputati in grado di esprimere una volontà libera e consapevole (d).

Questo passaggio costituisce lo snodo argomentativo fondamentale dell'intera ordinanza: la Corte compie una ridefinizione chirurgica del *thema decidendum* spostando la questione sotto l'ambito garantista dell'articolo 32, parametro non invocato nell'ordinanza di rinvio. Il discorso della Consulta si sviluppa sul crinale della ragionevolezza e sull'uso della legge n. 219 del 2017 come *tertium comparationis* (Bartoli). Infatti, tale legge ha riconosciuto al singolo il diritto di richiedere la sospensione dei trattamenti sanitari, anche quelli “salvavita”, come piena esplicitazione della dimensione negativa del diritto alla salute (la libertà di non curarsi). Pertanto appare irrazionale la frapposizione di un ostacolo assoluto, «penalmente presidiato», alla richiesta di un singolo di un intervento che lo sottragga a un decorso più lento, peraltro non quantificabile nel tempo, che si avrebbe se si scegliesse la sospensione dei trattamenti vitali. In altre parole, il divieto assoluto di aiuto al suicidio produce, nelle situazioni limite dettagliatamente inquadrare dalla Corte, un'inaccettabile lesione degli artt. 2, 13 e 32 poiché, imponendo all'individuo «un'unica modalità per congedarsi dalla vita», comprime irragionevolmente la libertà di autodeterminazione della persona con riferimento alle scelte terapeutiche senza trovare giustificazione nell'esigenza di «tutela di un altro interesse costituzionalmente apprezzabile» (ord. n. 207/2018).

La centralità del bene vita e le legittime aspirazioni di protezione dei più deboli che plasmano lo Stato costituzionale non possono quindi spingersi, ad avviso della Consulta, fino ad effettuare una distorsione di un diritto in un “dovere di vivere” né soprattutto in un “dovere di vivere a qualsiasi costo”.

Si pone in luce come la Corte faccia proprio un paternalismo «indiretto» o *soft paternalism* (Canestrari, p. 48) che prudentemente non giunge fino a menzionare né l'eutanasia attiva né il suicidio assistito. Reale e dichiarato obiettivo del giudice costituzionale è quello di espandere lo spettro applicativo della tutela della dignità umana fino a ricomprendere la fase terminale della vita attraverso il riconoscimento di un «diritto alla piena dignità anche nel morire» (Cupelli, p. 87).

Non passa certo inosservato il fatto che il grande nodo sotteso alla questione sia il significato che si intende accogliere di dignità umana. Concetto essenzialmente polisemantico e multidimensionale, tale principio ha certamente funto da istanza di moltiplicazione delle garanzie soggettive ma, se letto nella sua concezione ontologica, ha altresì esercitato una forza condizionante nei confronti dei diritti dell'individuo. Consapevole del fatto che, anche nel caso di specie, il terreno dello scontro è palesemente giocato fra le differenti qualificazioni di tale concetto, la Corte propende per una lettura di dignità soggettivamente e concretamente declinata (Fontana). La protezione assoluta della vita umana si concretizzerebbe, in questa circostanza, in una scelta obbligata per il paziente – l'unica legalmente consentita, quella di sospendere i trattamenti sanitari – che appare indignitosa, in quanto fonte di sofferenze psicologiche non solo per il singolo ma anche per i familiari che lo assistono. In secondo luogo, l'evoluzione della concezione del diritto alla salute e della scienza medica verso un approccio individualistico e identitario ha inevitabilmente prodotto una scissione fra vita biologica e vita sociale che esige che il valore dell'espressione “vita degna di essere vissuta” debba essere apprezzato in relazione alle personali convinzioni del soggetto interessato.

Tale articolato percorso argomentativo conduce la Corte ad ammettere implicitamente che aiutare determinati individui a darsi la morte risulti non solo costituzionalmente imposto ma sia un diritto già presente nelle pieghe della legge 219. Per tale ragione un intervento modificativo del legislatore servirebbe soltanto a rendere la legge «coerente nei suoi esiti» (Eusebi, p. 138).

Con l'ordinanza Cappato il giudice delle leggi si occupa di risolvere una spinosa questione bioetica attraverso una nuova tipologia decisoria. Pertanto, una seconda parte delle argomentazioni della dottrina non potevano che riflettere sull'originalità della formula, nella consapevolezza che fra il profilo sostanziale e processuale esista un profondo intreccio e un reciproco condizionamento.

Accertata l'incostituzionalità dell'oggetto nei termini sopra descritti la Corte aveva di fronte a sé due vie: adottare una sentenza di accoglimento o una sentenza di

inammissibilità per discrezionalità legislativa. La soluzione prescelta, invece, è quella dell'ordinanza di rinvio con la quale viene fissata una nuova data dell'udienza (24 settembre 2019) e viene concesso al legislatore un tempo adeguato per intervenire.

La strada dell'accoglimento (la parziale illegittimità dell'art. 580) avrebbe causato, a dire della Consulta, la determinazione di un vuoto normativo persino più lesivo dei parametri costituzionali coinvolti poiché avrebbe lasciato sfornita di un'adeguata disciplina legale la prestazione di aiuto al suicidio, in un ambito «ad alta sensibilità etico sociale» in cui il *law enforcement* appare indispensabile per prevenire eventuali abusi (ord. n. 207/2018). Al contempo, la soluzione opposta, ricadente nel modello dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, avrebbe permesso alla disposizione di trovare ancora applicazione fino a nuova sollevazione della questione da parte del giudice *a quo*. Il differimento temporale degli effetti della pronuncia con la conseguente permanenza di efficacia della norma impugnata – e condanna dell'imputato nel giudizio principale –, risulta inidoneo con riferimento a una normativa i cui profili di incostituzionalità sono stati esaustivamente evidenziati nella motivazione dell'ordinanza.

L'*horror vacui* e la volontà di tenere sotto il proprio controllo il potere di annullamento dall'atto spingono la Corte a un equilibrato bilanciamento che trascende la dimensione sostanziale determinando il ricorso a una soluzione inedita (Giunta).

La via prescelta dal giudice costituzionale viene corroborata dal richiamo di due sentenze straniere *Nicklison v. Ministry of Justice* della Corte suprema del Regno Unito e *Carter v. Canada* resa dalla Corte suprema canadese. Le pronunce evocate, oltre ad originarsi da vicende fattuali e contesti normativi analoghi, sono accomunate dall'intento perseguito dagli organi giudicanti di lasciare alle assemblee rappresentative un congruo *spatio deliberandi* in un ambito così controverso come quello bioetico.

Si evidenzia come la comparazione abbia assunto un peso sempre più rilevante nelle motivazioni della Corte costituzionale. Lungi dall'essere un mero artificio retorico, l'argomento comparatistico assolve a una pluralità di obiettivi. In primo luogo, la giurisprudenza di altri ordinamenti esercita una funzione legittimante nei confronti della Consulta nel circuito oramai multilivello di tutela dei diritti fondamentali. All'interno di esso il rafforzamento del dialogo fra Corti promuove spinte unificatrici nel sistema dei rimedi giurisdizionali producendo una «reciproca fertilizzazione delle esperienze costituzionali» (De Lungo, p. 108). Al contempo, in termini opposti, in un contesto caratterizzato da spinte centrifughe, il richiamo ad esperienze straniere consente all'organo di giustizia costituzionale di rivendicare il primato della sua funzione garantista, ribadendo la centralità del suo ruolo di giudice dei diritti.

Tuttavia, com'è stato osservato, il riferimento comparatistico più pregnante è quello «rimasto nella penna del giudice costituzionale» (De Lungo, p. 97). Non sono certo passate inosservate le analogie strutturali fra l'innovativa tipologia decisoria introdotta dalla Corte nell'ordinanza n. 207 e l'*Unvereinbarkeitserklärung* adoperato dal Tribunale

costituzionale tedesco. Elaborato in via pretoria e tradotto successivamente in diritto positivo, il modello dell'*Unverein* si caratterizza per la scissione temporale fra il momento dell'accertamento dell'incompatibilità e la dichiarazione di nullità (*Nichtigkeitsslebre*). La declaratoria di incostituzionalità viene posticipata nel tempo in attesa che un diverso soggetto, il legislatore, si occupi della rimozione del vizio nei tempi e secondo i limiti contenutistici individuati dal *Bundesverfassungsgericht* (Bignami).

Con tale soluzione “attendista”, impeccabile sotto il profilo processuale, anche la nostra Corte intende modulare gli effetti dell'incostituzionalità al fine di valorizzare il ruolo dell'organo rappresentativo. Tuttavia, pur riconoscendo che determinati bilanciamenti spettino alla discrezionalità legislativa, l'ordinanza-monito si caratterizza per una stringente definizione delle linee guida. *In primis* essa ritiene che lo scopo perseguito non si possa raggiungere mediante la semplice estromissione dall'area di applicabilità dell'art. 580 del codice penale delle ipotesi opportunamente circoscritte. La non punibilità di tale condotta dovrebbe realizzarsi mediante l'introduzione di una procedura medicalizzata di aiuto al suicidio all'interno della legge n. 219. Tale preesistente disciplina costituirebbe, a dire della Corte, il luogo naturale di collocazione della nuova regolamentazione poiché anche quest'ultima andrebbe ad essere inserita nell'ambito della relazione di cura e fiducia fra medico e paziente (Cupelli). Si osserva come, in tal modo, la Corte non individui soltanto la *sedes materiae* del nuovo intervento normativo ma fornisca al legislatore penale anche un'indicazione di metodo, suggerendo il ricorso alla giustificazione procedurale. Soluzione immaginata dalla dottrina tedesca ai fini di superare l'incriminazione come strumento di tutela primaria nell'ambito del biodiritto, la scriminante procedurale consentirebbe in tal modo la legittimazione *ex ante* del comportamento lesivo (Sessa).

L'analisi condotta dai diversi Autori non si limita a mettere in luce gli elementi di innovatività dell'ordinanza. Accanto allo sforzo ricostruttivo emerge l'intento di sottolineare le criticità e i nodi irrisolti insiti nella pronuncia, alcuni dei quali potranno essere sciolti solamente all'indomani della nuova udienza.

Con riferimento al piano sostanziale, viene messo in discussione il rigore logico con il quale la Corte pone la disciplina del suicidio assistito sotto la sfera garantista dell'articolo 32 della Costituzione. Benché sia da guardare con favore l'accoglimento di una nozione estensiva di diritto alla salute, tale percorso espansivo non può estendersi fino a ricondurre nell'ambito materiale di tale garanzia la pretesa del malato a ottenere dal medico comportamenti finalizzati a cagionarne la morte. In tal modo si darebbe luogo a un'«arbitraria risemantizzazione» della parola “terapia” che si traduce in una distorsione del contenuto essenziale del diritto stesso (Morana, p. 240). Con tale affermazione non si intende sostenere che al legislatore sia precluso, nell'ambito della sua discrezionalità, introdurre una disciplina che regoli l'accesso a forme di eutanasia ma si contesta il fatto che tale risultato risulti costituzionalmente imposto. Questo schema teorico presenta

delle analogie con la tesi di chi ritiene che il suicidio non si concreti, nella prospettiva costituzionalistica, né come un valore né come un disvalore ma come un comportamento «assiologicamente neutro» (Pirozzi, p. 273). L'indifferenza della Carta si traduce, sotto un profilo più strettamente giuridico, nel fatto che la liceità o l'illiceità delle condotte inerenti al suicidio ricada interamente nella discrezionalità legislativa.

Affiorano inoltre riflessioni di carattere generale che giudicano sfavorevolmente le conseguenze sistemiche di un'apertura nei confronti dell'eutanasia. Il riconoscimento di una sfera di liceità per l'aiuto al suicidio, benché accuratamente regolato, rappresenta il «congedo dal principio di fondo secondo cui sussiste un limite strutturale del diritto, (...) limite che è dato dalla non ammissibilità della cooperazione alla morte di un altro individuo» (Eusebi, p. 140). Inoltre, una volta abbattuto il muro del divieto assoluto, quali ostacoli si opporrebbero a un accoglimento di ulteriori istanze provenienti da altre categorie di soggetti? Si tratta del consueto argomento della “china scivolosa” propugnato di frequente nelle riflessioni bioetiche che, nel caso specifico, trova ulteriore ancoraggio nella indeterminatezza dei requisiti di accesso individuati dalla Corte. La sussistenza di sofferenze “assolutamente intollerabili”, in particolare, è una condizione che si sottrae a qualsiasi valutazione di carattere oggettivo in quanto affidata alla percezione “personalissima” del paziente (Eusebi).

Sul piano processuale, il dibattito si concentra prevalentemente sull'efficacia del provvedimento e sul suo grado di vincolatività. Le difficoltà interpretative sono da imputare alla natura ibrida della pronuncia e alla mancata corrispondenza fra il *nomen juris* e il contenuto dell'atto.

La Corte sembra farsi carico della questione degli effetti solo con riferimento ai giudici, in modo peraltro non chiaro. Se non sorgono problemi circa l'efficacia sospensiva dell'ordinanza nell'ambito del giudizio *a quo*, con riferimento agli altri giudizi, si dubita che la pronuncia possa esercitare qualcosa di più di una mera *moral suasion* (Cupelli). Il vero «punto dolente» riguarda piuttosto la condotta di tutti gli altri operatori giuridici (Bignami, p. 32). In tali casi, a meno che non si accolga la teorica della nullità o inesistenza della legge accertata come incostituzionale, l'atto dovrebbe continuare a trovare applicazione. Tuttavia, far appello ad alcuni principi dell'ordinamento quali, ad esempio, il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, la soggezione dei magistrati alla Costituzione potrebbe favorire una gestione prudente dei procedimenti ai fini di ritardare il momento applicativo.

Analoghi dubbi interpretativi riguardano i condizionamenti gravanti sulla Corte stessa. Sebbene non esista un vincolo formale che costringa il collegio ad attenersi alle considerazioni espresse in precedenza all'interno dell'ordinanza, un esito differente dalla declaratoria di incostituzionalità andrebbe di certo a minare l'autorevolezza dell'organo di garanzia (Corea). Tale conclusione muove dalla convinzione che un modo per superare le summenzionate controversie ermeneutiche si troverebbe nella valorizzazione

del «voluto» dell'atto in base a un principio generale di carattere processuale che impone il prevalere della sostanza sulla forma (Marini, p. 211).

La *querelle*, al di là dei tecnicismi, trascina con sé un risalente dibattito teorico concernente il mutamento del ruolo della Corte costituzionale nell'ambito della forma di governo. Si conviene sul fatto che l'accrescimento dell'armamentario delle tecniche decisionali del giudice costituzionale costituisca un fenomeno fisiologico, necessario a far fronte alle sfide concrete che l'organo di giustizia costituzionale affronta quotidianamente. Tuttavia, se il riconoscimento di una funzione para-legislativa è giustificato in forza della labilità del confine fra interpretazione e creazione, manipolare in modo così ardito la forma delle proprie decisioni sembra porsi al di fuori della legalità costituzionale (Giunta). Le perplessità inerenti alla moltiplicazione delle opzioni decisorie richiamano peraltro un ragionamento secondo il quale il giudice costituzionale dovrebbe attenersi alla funzione precipua che gli spetta, il sindacato sulla legittimità degli atti impugnati. L'approccio manicheo – tutt'altro che nuovo, anzi, definito un vero e proprio «topos di giustizia costituzionale» – postula che la Corte dovrebbe occuparsi solo del ripristino della legalità costituzionale violata senza farsi carico né dell'impatto delle proprie pronunce né della fase ricostruttiva dell'ordinamento (Bignami, p. 24).

Anche il tema del seguito legislativo peraltro è oggetto di un'analisi critica. Attualmente una delle strade prescelte dal legislatore sembra essere quella di intervenire per limitare l'area applicativa dell'art. 580 c.p. attraverso una modifica *extra codicem*. La soluzione intrapresa potrebbe porre dei problemi di coordinamento fra testi legislativi. In secondo luogo il progetto di legge, diversamente da altre proposte concorrenti, non offre una definizione di “trattamento eutanasi” né disciplina il ruolo di soggetti attivi diversi dal personale sanitario. In assenza di ulteriori precisazioni concernenti i familiari e il personale non qualificato ne potrebbe derivare l'effetto paradossale che condotte materialmente prodromiche all'atto suicida quali quella di Marco Cappato ricadrebbero ancora nella sfera dei comportamenti penalmente rilevanti (Massaro).

In secondo luogo, se il legislatore accogliesse pedissequamente i requisiti soggettivi indicati dalla Corte, l'intervento legislativo risulterebbe criticabile sotto il profilo dell'uguaglianza. Infatti, la scelta di subordinare l'accesso alla pratica eutanasi alla circostanza che il paziente dipenda da un trattamento di sostegno vitale (requisito c) andrebbe a escludere tutti quei soggetti che non dipendano - o non dipendano ancora - da un meccanismo di tal natura. La questione potrebbe essere superata adottando un significato estensivo di “trattamento di sostegno vitale” ovvero considerando le indicazioni della Corte come uno standard minimo di tutela che il legislatore dovrebbe auspicabilmente estendere. Si sostiene peraltro che l'elemento dirimente che dovrebbe guidare il Parlamento non dovrebbe essere la presenza di un trattamento in corso ma la condizione di malattia irreversibile e la tendenziale prossimità alla morte del paziente (Lazzeri).

Per concludere, si può affermare che l'ordinanza «a tre volti» (Natalini, p. 243) susciti giudizi contrastanti. Alcuni Autori apprezzano l'opzione dialogica prescelta dalla Corte e addirittura ne contestano l'eccessiva timidezza in un ambito in cui emerge una improcrastinabile esigenza di reintegrazione dei diritti fondamentali. Altri addebitano alla Corte il peccato di tracotanza, argomentando come tale pronuncia segni un superamento dei limiti istituzionali gravanti sul supremo organo di garanzia (Viganò).

L'unica certezza che emerge da questa indagine è che «morire è divisivo e non per atroce facezia» (Risicato, p. 305). È proprio la presa d'atto dell'esistenza di un pluralismo esasperato, luogo di scontro fra diverse concezioni, identità e rivendicazioni, a indurre il diritto ad adottare soluzioni sempre più compromissorie. La ricerca di scelte inclusive fa in modo che anche gli strumenti processuali si ritrovino a soggiacere alla logica del bilanciamento.

Tuttavia, le ragioni di tali mutamenti sono collocati “a monte” e derivano dalla crisi della democrazia rappresentativa: l'incapacità della sede legislativa di conservare il ruolo di sede di accoglimento e mediazione di aspirazioni confliggenti si traduce in una crescente domanda di giustizia costituzionale. Questa rivendicazione si concreta in un inserimento, all'interno delle «meccaniche sillogistiche» proprie del ragionamento giudiziario, di «momenti di mediazione e di coesione» tipici del processo legislativo (De Lungo, p. 109).

È dunque possibile convergere almeno sull'idea che l'ordinanza Cappato rappresenti una vicenda giudiziaria che esemplifica lo sforzo di pervenire a un equilibrio fra istanze soggettive e oggettive tipico dell'incidentalità e fornisca, al contempo, anche delle indicazioni sullo stato di salute e sull'evoluzione della nostra forma di governo parlamentare. Se poi spetterà alla Corte o al legislatore assumersi la responsabilità di «superare il tabù dell'entrare nella morte a occhi aperti» (Risicato, p. 306) si potrà comprendere solo all'indomani del 24 settembre 2019.

Giulia Vasino