

## Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale\*

di Marilisa D'Amico \*\*

(24 giugno 2019)

1. Partirò da qualche considerazione più generale, anche alla luce degli stimoli della dottrina che, come esprime chiaramente Enrico Grosso, vorrebbe interpretare l'ord. 207/2018 come “un caso isolato”, o peggio come un tentativo mal riuscito da parte del Giudice costituzionale di rinviare la decisione, di non decidere, essendo la materia particolarmente impegnativa per il collegio. Se così fosse, sarei d'accordo con le critiche che diffusamente vengono fatte nei confronti di tale decisione: meglio avrebbe fatto la Corte a suggerire una soluzione in via interpretativa o a rinviare *tout court* al legislatore, lasciando campo libero alla propria discrezionalità, come è avvenuto di recente in materie sensibili.

Non credo tuttavia che questo sia un caso isolato o una trovata estemporanea del Giudice costituzionale: si tratta infatti di uno strumento innovativo di rinvio al legislatore, che non chiude il giudizio costituzionale e quindi non espone una questione di costituzionalità importante, nel caso di perdurante inerzia legislativa, alle incertezze di una sola eventuale risollevarzione. Non lo credo e, a differenza di quanto affermato da Enrico Grosso nella sua relazione introduttiva, non vorrei che fosse così e soprattutto non vorrei che a seguito di una levata di scudi della dottrina contro l'adozione di una simile pronuncia, come è successo in altre occasioni abbastanza recenti (pensiamo alla sent. 10/2015), la Corte sia indotta a fare un passo indietro e a rinunciare a proporre strumenti di raccordo più stretto con il legislatore.

Non lo vorrei, innanzitutto, per una serie di ragioni che riguardano la centralità oggi assunta dal Giudice costituzionale nella definizione di situazioni complesse, che riguardano la tutela di diritti fondamentali nuovi, controversi, soprattutto in materie dove è forte l'impatto della scienza.

Sono anni che alla Corte costituzionale è chiesto, in un momento in cui la politica (soprattutto nella sua sede più alta, il Parlamento) è assente, balbettante, o ideologica di pronunciarsi su temi cruciali, che toccano la vita delle persone.

Ci sono, è vero, strategie giudiziarie dietro a casi famosi di cui il Giudice costituzionale si è occupato, come quello “Cappato”, ma non è rinviando alla politica e chiudendosi nella torre d'avorio dell'inammissibilità che la Corte riuscirà a fermare i casi e i giudizi.

I casi premono perché la scienza invade territori umani e i casi premono perché lo spazio pubblico e aperto della politica non è sufficiente, anzi mostra tante carenze. Le azioni strategiche nelle quali (i) diritti negati (dalla politica) vengono reclamati davanti ai giudici, e soprattutto davanti al Giudice costituzionale, spesso anche dinanzi ai giudici europei, non sono strumentalizzazioni o abusi di diritti: sono azioni di chi non ha altra strada che quella di premere affinché situazioni prive di tutela vengano considerate.

Ecco dunque che, nel caso Cappato, profilo processuale e merito della vicenda si confondono e si rincorrono, come del resto emerge anche dalle relazioni di Enrico Grosso e di Melania Salazar.

Non credo e non spero che l'inedita soluzione processuale alla quale ricorre il Giudice costituzionale nell'ord. 207 sia, o comunque rimanga, un caso isolato, perché sono convinta che alla Corte sia ben chiaro non solo che, rivolgendosi al legislatore con un

---

\* 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.

monito, il rischio è che “il caso si perda” e che i diritti fondamentali rimangano a lungo senza tutela, come è avvenuto per le coppie omosessuali, ma anche che decisioni manipolative, con le quali la Corte voglia o pensi di fare tutto da sola, spesso, per la loro inevitabile natura “limitata”, lascino comunque scoperte situazioni importanti e rischino di ledere gli stessi diritti che si è voluto tutelare: pensiamo al problema irrisolto degli embrioni sovranumerari, causato dalla sent. 151/2009, che ha consentito di crioconservare quelli prodotti e non utilizzati dalle coppie, ma non ha potuto offrire una soluzione al problema posto dal giudice *a quo*; pensiamo alla lunga fase che ha seguito la sent. 162/2014, con cui la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità del divieto assoluto della fecondazione eterologa, cercando di colmare in via interpretativa tutti i vuoti normativi, senza però riuscire ad assicurare che gli organi politici predisponessero la regolamentazione necessaria. Anche in quest’ultimo caso, pur in presenza di una decisione dettagliata, il diritto affermato in astratto ha impiegato anni prima di essere riconosciuto in tutto il territorio nazionale. Ancora, sempre in tema di fecondazione assistita, quelle “apposite strutture pubbliche” cui fa riferimento la sent. 96/2015, che ha riconosciuto il diritto delle coppie fertili, ma malate, ad accedere alla diagnosi preimpianto, ancor oggi non hanno trovato piena realizzazione.

Concludendo questa prima parte delle mie riflessioni, sono convinta che la Corte, con l’ord. 207, abbia voluto sperimentare quella che mi piacerebbe fosse davvero una “nuova” tecnica processuale per garantire più a fondo e in modo più completo una tutela a diritti fondamentali, di difficile implementazione, che rischierebbero di non essere tutelati se lasciati nello spazio libero delle possibili, future, scelte legislative o se garantiti solo parzialmente da pronunce manipolative nelle quali il Giudice costituzionale si illudesse di poter fare a meno del legislatore, in un circuito chiuso fra giudici e Corte.

**2.** L’ord. 207 chiama in causa uno degli aspetti più controversi della giustizia costituzionale italiana, e cioè la natura degli strumenti processuali e la flessibilità nel loro utilizzo da parte dello stesso Giudice costituzionale, in relazione a esigenze sostanziali. Vorrei innanzitutto sottolineare un aspetto di novità della pronuncia, messa bene in luce da Melania Salazar nella sua relazione. La Corte, senza esplicitarlo, impiega in modo chiarissimo le ragioni delle parti sia nel giudizio *a quo* che nel giudizio costituzionale per modificare il *thema decidendum*. Questa scelta costituisce un aspetto importante e da valorizzare, che potrebbe arricchire moltissimo il processo costituzionale.

Nella sua decisione, infatti, la Corte costituzionale boccia la prospettazione del giudice *a quo*, che chiedeva che fosse dichiarata l’incostituzionalità *tout court* dell’aiuto al suicidio, alla luce di un generale diritto di autodeterminazione, così da non punire penalmente chi, come Cappato, fornisce aiuto materiale a esercitare un diritto costituzionalmente garantito. La Corte sposa invece la tesi prospettata dalle parti nel giudizio *a quo* e ribadita negli atti e nella difesa orale del processo costituzionale, in base alla quale la questione doveva essere circoscritta “alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si indentifichi 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”. Solo in questo caso vi sarebbe un *vulnus* ai principi costituzionali, mentre non è affatto da condividere la prospettazione secondo cui “dal diritto alla vita” discende un “diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire”, né “d’altro canto – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo* - è possibile desumere la generale inoffensività dell’aiuto al suicidio da un generico diritto all’autodeterminazione individuale,

riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost.". A questo punto della decisione, e prima di circoscrivere la questione nel senso appena esposto, la Corte rivitalizza l'art. 580 c.p., giustificando la sua permanenza in funzione della "protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento". Essa riconosce che la norma è nata a tutela della vita umana non solo individuale, ma anche collettiva, in un'ottica espressiva dello Stato fascista, ma afferma anche che oggi può essere interpretata, alla luce dei sopravvenuti valori costituzionali, come fattispecie "che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi". E qui la Corte interpreta in modo innovativo l'art. 580 c.p., giustificandone la permanenza nell'ordinamento: esso oggi garantirebbe un presidio penale nei confronti "delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio". La Corte, dunque, è chiarissima nel ritenere che il legislatore penale possa decidere di mantenere una tutela generale, rispetto a concrete situazioni di disagio e debolezza, come quelle prospettate. Si rinviene, in questa decisione, un'operazione che la Corte ha fatto in molti casi, nei quali l'originaria fattispecie penale del 1930 è stata mantenuta con un'interpretazione costituzionale che ne ha modificato, anche profondamente, la *ratio*.

Due sono i problemi legati a pronunce come quella che stiamo commentando: che la scelta di ridare significato a una norma penale, nata a tutela di valori e interessi diversi, sia lasciata alla Corte costituzionale, mentre il principio del diritto penale come "extrema ratio" presuppone un bilanciamento e una decisione di penalizzazione spettante solo e soltanto al legislatore; che la fattispecie normativa interpretata dalla Corte sia sufficientemente determinata. Certamente questi problemi, che costringono la Corte a interpretare, modificare, scegliere nella materia penale (come sottolineato nella sent. 236/2016), sono causati dalla perdurante mancata riforma del codice Rocco e, tuttavia, non possono essere sottaciuti.

Una volta circoscritta la questione, la Corte afferma invece con chiarezza che l'applicazione dell'art. 580 c.p. a casi come quello che ha coinvolto dj Fabo e Cappato non può essere ritenuta conforme a Costituzione.

La Corte chiarisce che situazioni come quella oggetto del giudizio *a quo* erano "inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta" e che sono state portate "sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali". Secondo la Corte, in casi particolari, l'assistenza di terzi può essere l'unico modo per sottrarsi, "nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto": la Corte sottolinea che in tali casi il malato ha diritto di rifiutare il mantenimento in vita alla luce dell'art. 32 Cost., precisando anche che tale parametro, sebbene non invocato formalmente nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, era stato comunque più volte richiamato nella motivazione. Anche questo profilo processuale non è nuovo: la Corte, innanzi a questioni importanti, preferisce ampliare il riferimento ai parametri, interpretando in modo estensivo e diciamo correttivo l'ordinanza di rimessione. La novità, in questo caso, sta sempre nella centralità che l'art. 32 Cost. aveva nell'istanza delle parti e negli atti delle medesime dinanzi al Giudice costituzionale.

La Corte quindi sembra superare nei fatti quel principio granitico, più volte messo in discussione dalla dottrina, secondo cui tra la configurazione da parte del giudice *a quo* e l'istanza di parte, il *thema decidendum* non può che essere quello determinato nell'ordinanza di rimessione (si veda, in particolare la sent. 122/1976, dove la Corte era stata costretta a dichiarare l'inammissibilità di una questione mal posta dal giudice *a quo*,

pur riconoscendo che le parti nel giudizio *a quo* e nel giudizio costituzionale non erano incorse nello stesso errore e affermando con chiarezza di non poter procedere alla correzione dell'ordinanza di rimessione alla luce dell'istanza di parte; in senso analogo anche la sent. 128/1995).

Si potrebbe forse sostenere che il Giudice delle leggi abbia inteso evocare l'art. 32 Cost. alla luce di una lettura complessiva dell'ordinanza di rimessione, così come accaduto in altri precedenti (si vedano da ultimo le sentt. 236 e 17/2017). L'operazione interpretativa appena descritta sembra in effetti rinvenibile nel passo dell'ordinanza in cui il Giudice delle leggi qualifica l'art. 32 Cost. un parametro "non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione", e quindi passibile di fungere da parametro costituzionale. Si potrebbe quindi affermare che la Corte abbia abbracciato la tesi per cui l'ordinanza di rimessione, per essere ricondotta a coerenza, necessita di una lettura "complessiva". Resta tuttavia l'impressione che la Corte abbia in questo caso derogato al principio secondo cui l'unico titolare dell'iniziativa è il giudice *a quo*: leggendo l'impianto argomentativo dell'ordinanza "Cappato", risulta infatti difficile negare che la parte privata abbia assunto un ruolo decisivo quanto all'identificazione dei parametri costituzionali e alla definizione del *thema decidendum*.

**3.** Arriviamo infine all'altra novità processuale dell'ord. 207, su cui si sono concentrate le analisi della dottrina: una volta ritagliato il *thema decidendum*, la Corte afferma che l'applicazione dell'art. 580 c.p. nei casi come quello oggetto del giudizio *a quo* comporta un *vulnus* dei principi costituzionali, ma, anziché dichiarare l'incostituzionalità, manipolando la norma, come tra l'altro parte della dottrina avrebbe preferito, ritiene che questa opzione non rientri nella sua disponibilità, almeno in prima battuta, e invita il legislatore a intervenire invece nei confronti della legge 219/2017 introducendo una fattispecie che escluda in radice, in casi di questo tipo, la punibilità ai sensi dell'art. 580 c.p.

La Corte decide di utilizzare i tempi del processo e quindi dà termine al legislatore rinviando "la trattazione" al 24.9.2019.

In Italia è la prima volta che in modo chiaro e con un meccanismo di coordinamento il Giudice costituzionale ritiene di dover aspettare, senza fare da solo, magari anche con un'additiva di principio che lascia comunque un alibi al legislatore, o senza rifugiarsi dietro l'inammissibilità per invasione dello spazio discrezionalità legislativa, e, pur riconoscendo l'esistenza di un problema di costituzionalità, chiede al legislatore di risolverlo con tutti gli strumenti tecnici di cui dispone.

Mentre i primi commenti alla decisione e soprattutto la sua autorevole valutazione da parte dello stesso Presidente della Corte costituzionale si esprimono chiaramente nel senso di una "nuova" tecnica, altra parte della dottrina non dà un giudizio positivo su questa pronuncia, sottolineandone i limiti, e addirittura vorrebbe circoscriverne l'impatto, ritenendo che si tratti di un caso eccezionale e occasionale.

A mio avviso, invece, la Corte aveva bene in mente la tecnica utilizzata dal Giudice costituzionale tedesco, anch'essa nata in via pretoria e successivamente definita per legge.

La tipologia decisionale utilizzata con l'ord. 207 è infatti del tutto simile alle decisioni di incompatibilità tedesca, connotate da un rinvio al legislatore (c.d. *Frist*). Sussiste, tuttavia, una differenza sostanziale: le decisioni di incompatibilità tedesche accertano e dichiarano l'incompatibilità della norma; nel caso di specie, invece, il Giudice delle leggi ha solamente "accertato" l'incostituzionalità della disciplina normativa sottoposta al suo giudizio, senza



dichiararne l'incostituzionalità. Le *Unvereinbarkeitserklärungen* differiscono nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità accertando e dichiarando l'incompatibilità della norma non conforme a Costituzione; la norma incompatibile non viene espunta dall'ordinamento fino al futuro intervento legislativo; il Parlamento è chiamato a riformare la norma incostituzionale entro il termine individuato dal *Bundesverfassungsgericht*. Come è noto, il quadro normativo di riferimento delle decisioni di incompatibilità è costituito dagli artt. 31, II e 79, I del *BVerfGG*, che descrivono la norma incostituzionale non solo nulla, ma anche incompatibile, e ciò a seguito della riforma operata dal Parlamento dello stesso *BVerfGG* nel 1970. Tale modifica recepì la prassi del Tribunale costituzionale tedesco, il quale sin dagli anni '50 aveva iniziato ad adottare le decisioni di "mera" incostituzionalità. Oltre al rispetto della discrezionalità legislativa, la *ratio* della *Unvereinbarkeitserklärung* consiste anche nella necessità di preservare l'ordinamento giuridico dalle conseguenze "eccessive" derivanti dall'adozione della secca declaratoria di incostituzionalità, contraddistinta, come noto, da un'immediata efficacia retroattiva. Tale esigenza sembra rinvenibile nella peculiare tecnica decisionale adottata dalla Corte costituzionale in occasione del "caso" Cappato, ove l'accoglimento della questione avrebbe determinato una situazione forse connotata da una "maggiore incostituzionalità". Afferma infatti il Giudice delle leggi che l'estromissione della norma (art. 580 c.p.) "lascerebbe [...] del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi". Inoltre, con riferimento alla norma oggetto, la Corte costituzionale, così come il Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso dell'adozione della dichiarazione di incompatibilità "pura", ha ordinato al giudice *a quo* di non fare applicazione della norma accertata essere incostituzionale fino al futuro intervento normativo.

D'altra parte, vista la delicatezza insita nel rapporto tra Corte e discrezionalità del legislatore nella configurazione della politica criminale ai sensi dell'art. 25, comma secondo, Cost., non pare difficile immaginare come mai il Giudice costituzionale abbia deciso - in via del tutto eccezionale - di accertare (non potendone fare a meno) l'incostituzionalità della norma nei sensi di cui in motivazione e, al contempo, di aprire una forma di cooperazione istituzionale con il Parlamento.

Non a caso in più occasioni anche il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto di non entrare nel merito proprio di questioni di legittimità costituzionale in materia penale, lasciando al legislatore il compito di rendere conforme a Costituzione la disciplina incompatibile.

Non mi pare senza significato che l'adozione di questo strumento inedito venga proposta dalla Corte in una materia, quella penale, dove più delicate sono le valutazioni in gioco e più forte è la necessità che sia il legislatore a compiere le scelte, alla luce della riserva di cui all'art. 25, comma secondo, Cost., che la Corte ha sempre interpretato in modo più rigoroso in riferimento anche ai suoi strumenti manipolativi. E in un caso nel quale è determinante anche il ruolo della scienza nella definizione dei confini normativi.

Nel seminario Giuditta Brunelli ha argomentato nel senso che meglio avrebbe fatto la Corte ad adottare una decisione manipolativa, ammissibile perché *in bonam partem*, come aveva fatto nel caso della decisione 27/1975, in tema di interruzione volontaria di gravidanza, che presenterebbe molte analogie con il "caso Cappato". Una tesi suggestiva, che, però, dovrebbe anche prendere in considerazione che, pur non vietate in linea di principio, le sentenze manipolative *in bonam partem* non sono state accettate senza riserve né dai giudici comuni né dalla dottrina. Proprio in occasione della sent. 27/1975, i

giudici comuni si sono ribellati alla manipolazione della Corte ritenendo la pronuncia alla stregua di una decisione di incostituzionalità *tout court*.

Invece, sempre in tema di aborto, vi è un altro esempio, tratto dall'ordinamento tedesco, che merita di essere menzionato. Si tratta di una decisione del 1993 (*BVerfGE* 88, 203), di incompatibilità, dove il *BVerfG* afferma che l'aborto è illegittimo, ma non penalmente punibile, rinviando al legislatore per la formulazione di una disciplina entro principi saldi dallo stesso Tribunale formulati. In quell'occasione il *BVerfG* intervenne su una legge appena approvata riformulandone l'impostazione e il meccanismo di raccordo fra Giudice costituzionale e legislatore consentì di regolare la materia in modo più vicino ai principi costituzionali e agli interessi concreti delle donne e dei possibili nascituri.

Non è quindi in linea di principio scontato che la Corte, quando può fare da sola, possa sicuramente fare meglio e credo che l'introduzione di strumenti di raccordo effettivo fra Giudice costituzionale e legislatore, anche in Italia, potrebbe consentire di tutelare in modo più incisivo i diritti fondamentali, in particolare in materie come quella penale e in settori in cui la scienza introduce importanti trasformazioni.

Infine, alla luce della vicenda Cappato, dovremmo anche riflettere sul ruolo della dottrina: possiamo ritenere che siamo di fronte a un "custode" che non sia più in grado di custodire, come sembra trapelare da molti interventi, in cui si parla di "abuso del processo", di decisione "abnorme", ma dovremmo anche considerare che, invece, il custode abbia necessità di introdurre strumenti nuovi, dovendo sempre guardare sia al caso che richiede giustizia, sia al contesto ordinamentale in cui una decisione ricade. In una società sempre più complessa e dinanzi a un ordinamento sempre più frammentato e incoerente, la Corte potrebbe ritagliarsi uno spazio non solitario, ma condiviso con quell'organo, espressione della "sovranità popolare", le cui scelte e forse anche "non scelte" essa è chiamata a valutare e, laddove ve ne siano i presupposti, a censurare.

\*\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Milano