



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. III
(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**VENUTO ALLA LUCE ALLA CONSULTA L'IRCO CERVO
COSTITUZIONALE (A MARGINE DELLA ORDINANZA N. 207
DEL 2018 SUL CASO CAPPATO)**

20 NOVEMBRE 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri
**Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della
ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)**

SOMMARIO: 1. Cenni ai profili di merito della vicenda. – 2. Profili di ordine processuale, con specifico riguardo agli effetti conseguenti all'adozione del nuovo tipo di decisione. – 2.1. ... *a carico del legislatore*. – 2.2. ... *dei giudici diversi da quello a quo*. – 2.3. ... *e della stessa Corte*.

1. *Cenni ai profili di merito della vicenda*

Finalmente vediamo le fattezze dell'“ibrido” venuto alla luce alla Consulta e preannunziato da un discusso [comunicato](#) della stessa¹: una ordinanza *quoad formam* che è però in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*; non a caso, d'altronde, delle sentenze riproduce la struttura, con la consueta partizione interna (tra *ritenuto in fatto* e *considerato in diritto*) che le connota. Un “ibrido” frutto – a dire della Corte – dei “poteri di gestione del processo costituzionale” che le sono riconosciuti², senza che peraltro ne risulti definita tanto la natura quanto la efficacia, secondo quanto si vedrà a momenti.

Nulla qui dirò sul merito della vicenda, su cui mi riprometto di tornare in altra e più idonea sede, tante e tali sono le questioni di grande momento e di rilevanti implicazioni teorico-pratiche da essa evocate in campo, ciascuna delle quali meriterebbe una estesa e approfondita trattazione.

Mi limito, dunque, solo a fare un fugace cenno a tre cose, tra di loro peraltro a filo doppio legate.

In primo luogo, prende corpo e si rinnova una grave e inquietante confusione, di frequente riscontro in letteratura, tra dignità e qualità della vita, discendente dalla previa opzione per un'accezione esclusivamente soggettivistica della dignità stessa, la cui definizione sarebbe esclusivamente rimessa all'autodeterminazione di ciascuna persona³, trascurandosi tuttavia la circostanza per cui la stessa legge 219, cui nella ordinanza è fatto diffuso richiamo, non considera – come si sa – in tutto e per tutto vincolanti le DAT, ammettendo che le stesse possano essere disattese, al ricorrere di certe condizioni e restando pur sempre all'interno della cornice della c.d. “relazione di cura”.

In secondo luogo, proprio dai richiami in parola si ricava la sensazione, che ovviamente richiede ulteriori e più salde conferme, che si sia inteso dare un implicito avallo alla legge, quanto meno nel suo impianto di fondo e, perciò, anche in disposti che – ad esser franchi – avrebbero meritato una presa di distanza e un critico ripensamento. La Corte infatti attinge, al fine della ricostruzione del quadro costituzionale e della messa a fuoco dei beni della vita evocati in campo dal caso, ad indicazioni della legge in parola, senza far luogo alla previa verifica della loro attitudine a fornire materiali idonei allo scopo⁴. Senza, dunque, affrettare conclusioni oggi

¹ ... a commento del quale U. ADAMO, *Sull'aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in [la Costituzione.info](#), 26 ottobre 2018; N. FIANO, “*Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*”. *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 ottobre 2018, e, se si vuole, il mio [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 568 ss.

² Punto 11 del *cons. in dir.* Nessuno, ovviamente, contesta la esistenza dei poteri in parola, dei quali peraltro – come si sa – la Corte si è largamente avvalsa; il punto tuttavia da chiarire è fin dove le sia consentito spingersi in siffatta opera creativa e di mai finito affinamento, della quale si sono, specie di recente e proprio con riguardo alla manipolazione degli effetti temporali delle decisioni, avute ardite e fortemente discusse (e discutibili) espressioni, la più emblematica delle quali è data, per diffuso riconoscimento, da [Corte cost. n. 10 del 2015](#).

³ Ho manifestato in più luoghi ferme critiche e riserve sul punto (da ultimo, in [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 392 ss.; in tema, ora, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano 2018).

⁴ Non si dimentichi che la stessa giurisprudenza in molte occasioni (specie, a partire dal nuovo corso inaugurato dalle sentenze “gemelle” [348](#) e [349 del 2007](#) sulla CEDU) ha ribadito che le norme interposte possono

premature, l'impressione complessiva che si ricava dalla lettura dell'articolata decisione in commento è che la legge 219, in sede di sindacato di costituzionalità specificamente riguardante alcune tra le sue più qualificanti espressioni normative, verosimilmente uscirà indenne dallo stesso.

Sta di fatto che, sia pure attraverso un elaborato ragionamento e malgrado la ferma sottolineatura fatta in partenza del riconoscimento operato dalla Carta costituzionale, al pari peraltro della CEDU, del diritto alla vita ma non dello speculare diritto alla morte⁵, quest'ultimo è, al tirar delle somme, ammesso, spianandosi la via all'affermazione di un vero e proprio *suicidio assistito*, sia pure a beneficio unicamente di soggetti che versino in condizioni di particolare sofferenza⁶.

Allo stesso tempo (ed è questo il terzo rilievo), si riconferma il rilievo da assegnare agli sviluppi della scienza e della tecnologia⁷, "spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse"⁸, affermazione che tuttavia non è portata alle sue lineari e conseguenti applicazioni, specie per ciò che attiene al rilievo che dovrebbe assegnarsi in modo non incondizionato all'autodeterminazione del soggetto in alcune delle sue più spinose e sofferte esperienze di vita.

2. Profili di ordine processuale, con specifico riguardo agli effetti conseguenti all'adozione del nuovo tipo di decisione

Tralasciando, tuttavia, ora le questioni di merito poste dalla vicenda ancora in corso, mi preme qui soffermarmi, sia pure con la massima speditezza, sui profili di ordine processuale, interrogandomi in particolare attorno agli effetti riportabili al [singolare nuovo tipo di decisione](#) forgiato dalla Consulta.

2.1. ... a carico del legislatore

Comincio col rilevare come anche la vicenda che ha costituito l'*occasio* per siffatta invenzione confermi una tendenza di cui si sono avute, specie di recente, numerose seppur discutibili testimonianze, che è data dalla sostanziale fungibilità delle tecniche decisorie, non di rado questioni non dissimili quanto ai beni della vita in gioco ed al modo con cui è formulato il dubbio di costituzionalità della disciplina positiva che li concerne venendo trattate con strumenti diversi per forma ed effetti.

Si pensi, appunto, per restare ad un'alternativa che proprio nel caso nostro si è posta, alle decisioni d'inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore ed a quelle di accoglimento, nella forma delle additive di principio, le quali pure si arrestano – come si sa – alla soglia oltre la quale la disciplina normativa è data da regole la cui posizione è giudicata essere, in nome del rispetto suddetto, di esclusiva spettanza del legislatore⁹. È vero che gli stessi principi

essere utilizzate quali parametri nei giudizi di costituzionalità alla sola condizione che ne sia previamente acclarata la compatibilità con la Carta costituzionale. So bene che il caso odierno è diverso, la legge 219 non essendo utilizzata quale fonte interposta; e, tuttavia, è stata essa pure vista quale fonte produttiva di disposti integrativi del dettato costituzionale e variamente idonei al suo aggiornamento semantico in relazione alle peculiari esigenze del caso.

⁵ V. spec. punto 5 del *cons. in dir.* In tema, ora, opportuni rilievi in G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in [Archivio penale - Rivista web](#), 3/2018, 30 ottobre 2018.

⁶ Malgrado l'apprezzabile sforzo argomentativo prodotto, rimane a mia opinione vistoso lo scarto tra le premesse del ragionamento e i loro problematici sviluppi.

⁷ ... ai quali anche (e soprattutto) con riferimento alle esperienze d'inizio-vita si è attribuito – come si sa –, in dottrina come pure in giurisprudenza, primario rilievo [indicazioni, da ultimo, in S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in [Biolaw Journal](#), 3/2018, 171 ss.].

⁸ Punto 8 del *cons. in dir.*

⁹ ... una posizione nondimeno rimessa, in attesa dei prodotti di quest'ultimo e fin dove possibile, all'intervento del giudice, che appare essere, in sé e per sé, "normativo", pur restandone gli effetti circoscritti al caso: dunque, di

aggiunti dalla Consulta devono pur sempre mostrarsi rispettosi della evanescente e camaleontica discrezionalità in parola¹⁰, la cui definizione resta in ultima istanza demandata allo stesso giudice costituzionale; proprio però siffatto carattere largamente “discrezionale” della... *discrezionalità* porta, nei fatti, all’esito di rimettere al prudente apprezzamento della Corte la decisione circa lo strumento da far valere in relazione alle peculiari esigenze di ciascun caso.

Rimane, nondimeno, una differenza di fondo tra le tecniche qui rapidamente poste a confronto; ed è che le pronunzie d’inammissibilità, seppur corredate da moniti più o meno vigorosamente enunciati e giudicati stringenti per il legislatore, non vincolano giuridicamente, *proprio a motivo della forma degli atti di cui si rivestono e della natura da essi posseduta*, il legislatore stesso a darvi seguito, vincolo che invece si ha, perlomeno in punto di astratto diritto, con riguardo alle additive di principio, bisognose comunque di essere svolte a mezzo di regole frutto di scelta discrezionale. Sta di fatto che, ad ogni buon conto, nessuno può obbligare *manu militari* il legislatore ad un *facere*, laddove a ciò non intenda piegarsi¹¹.

Perdurando l’inerzia degli organi della produzione giuridica, non resta dunque che far affidamento, come di consueto, sulla “supplenza” – come è ormai d’uso chiamarla – dei giudici. Qui, la “supplenza” la porrà, verosimilmente, alla scadenza del termine fissato nell’ordinanza in commento, la stessa Corte¹², cui potrebbe far seguito l’ulteriore “supplenza” dei giudici comuni, laddove sollecitati a produrre le regole richieste dal principio eventualmente somministrato dalla Corte.

Nella [decisione](#) in commento, si prende espressamente in esame l’ipotesi, poi scartata, di far luogo ad una pronunzia d’inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore; ed è allora da chiedersi quale spazio potrà residuare in altre, prossime occasioni per pronunzie di questa specie, dal momento che grazie alla invenzione della nuova tecnica decisoria sarà possibile far luogo ad interventi ancora più incisivi e pressanti nei riguardi del legislatore. In dottrina, ci si è affrettati a dichiarare che della tecnica in parola si farà un uso assai parco e vigilato¹³; un augurio che formulo anch’io di cuore. Sta di fatto che, disponendosi di questa “nuova, acuminata freccia nel suo arco”¹⁴, si potrà restringere in una certa (ad oggi imprevedibile) misura l’area entro cui potrà farsi valere il limite della discrezionalità a mezzo di pronunzie d’inammissibilità.

Non si può tuttavia valutare se convenga davvero convertire – sia pure in casi oculatamente circoscritti – le vecchie e collaudate decisioni d’inammissibilità nel nuovo tipo dell’accoglimento¹⁵ ad efficacia differita se non dopo che si faccia chiarezza sul *punctum crucis* relativo agli effetti conseguenti all’adozione del tipo stesso per gli operatori di giustizia.

attuazione, e non già – come invece ritenuto da un’accreditata dottrina (M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.) – di mera *applicazione* del disposto legislativo. Questa stessa è, d’altronde, la ragione per cui, a mia opinione, dovrebbe discorrersi non già – come comunemente si dice – di “*applicazione* diretta della Costituzione”, laddove vi si faccia luogo, bensì di “*attuazione*” della stessa, perlomeno con riguardo ai casi in cui si porti ad effetto un principio della Carta.

¹⁰ Stranamente, assai di frequente si trascura (da parte della stessa Corte come pure della più avveduta dottrina) che nessuna giustificazione può darsi a beneficio dell’addizione posta in essere alla Consulta laddove la stessa norma espressiva di un principio non discenda “a rime obbligate” dalla Costituzione.

¹¹ Sempre a ragionar in punto di diritto, una volta stabilito che il vincolo si ha, la stessa Corte potrebbe sollevare conflitto da menomazione avverso l’inerzia del legislatore che determina l’effetto di lasciare immatura l’operazione di giustizia costituzionale, bisognosa appunto di perfezionarsi a mezzo dell’intervento legislativo. Si tratta, nondimeno, di una prospettiva praticabile al mero piano teorico-abstracto e qui pure, peraltro, insicura, nessuna garanzia avendosi del fatto che quindi si provveda a dar seguito alla pronunzia che accerta l’indebita omissione.

¹² ... forse, come ipotizzato nella mia nota al comunicato sul caso in esame, proprio a mezzo di un’additiva di principio.

¹³ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018, § 4.

¹⁴ *Op. et loc. ult. cit.*

¹⁵ ... o, ad esser precisi, come subito si dirà, del *probabile* accoglimento.

2.2. ... dei giudici diversi da quello a quo

Occorre al riguardo distinguere tra gli effetti *medio tempore* prodotti dalla [decisione](#) di rinvio a carico dei giudici e quelli che si avranno, scaduto il termine, per... *la stessa Corte*.

Quanto ai primi, ferma restando la perdurante sospensione del giudizio *a quo*, nessun obbligo giuridico può predicarsi, in punto di astratto diritto, per gli altri giudici né di investire la Corte di analoga questione né – checché se ne dica nella pronuncia in commento¹⁶ – di non applicare la legge, laddove ad es. reputino che si diano i margini per la sua interpretazione conforme. La circostanza, infatti, che non vi abbia fatto luogo il giudice costituzionale (e, prima ancora, il giudice *a quo*) non può, naturalmente, essere intesa come preclusiva per i restanti operatori di giustizia, specie ove si consideri il *trend* di recente affermatosi per ciò che attiene ai casi di legittima prospettazione del dubbio di costituzionalità una volta esperito il tentativo d'interpretazione adeguatrice. Diciamo pure che è inopportuno, se si vuole: *sommamente* inopportuno, che i giudici si astengano dall'investire la Corte della medesima questione in senso oggettivo, la qual cosa nondimeno non è loro vietata¹⁷.

Il vero è, però, che, a portare ai loro ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse poste dalla decisione in esame, considerandosi inibita agli altri giudici l'applicazione della norma *de qua*, dovrebbe considerarsi *obbligatoria* (e non meramente *eventuale* o, diciamo pure, *auspicabile*) la remissione degli atti alla Consulta, ciò che però non può essere comunque imposto¹⁸. Il sistema di giustizia costituzionale in via incidentale, da noi come altrove adottato, contempla il caso di questioni inammissibili ovvero infondate, non già quello opposto di *questioni doverosamente prospettabili*. Nessuna garanzia, dunque, si ha che sia centrato l'obiettivo avuto di mira e più volte ribadito nella decisione in commento di evitare che un disposto legislativo produttivo di effetti incostituzionali trovi applicazione.

Così stando le cose, non vedo come possa risolutamente e fiduciosamente affermarsi¹⁹ essere “assolutamente da escludere che la disposizione possa avere applicazione in un qualsivoglia giudizio”. Il divieto di applicazione di una norma incostituzionale consegue infatti unicamente alla dichiarazione della sussistenza del vizio *con le forme per essa prescritte* e non può perciò farsi discendere da una decisione che è, e resta, per forma ed effetti, di rinvio della decisione. Si può andare di contrario avviso unicamente ad una condizione: che si metta per intero da canto la forma (con gli effetti suoi propri) per far posto alla sostanza dell'atto. In tal modo, però, verrebbe anticipata la produzione di quell'effetto di disapplicazione che naturalmente consegue (e, nel nostro ordinamento, può esclusivamente conseguire) all'annullamento senza *vacatio*; ciò che si porrebbe in frontale contraddizione col fatto stesso del rinvio.

2.3. ... e della stessa Corte

Quanto, poi, agli effetti a carico della stessa Corte, è chiaro che quest'ultima non potrà l'anno venturo tornare sui propri passi, convertendo il sostanziale accoglimento di oggi in un futuro rigetto. Anche chi ha difeso a spada tratta l'invenzione del nuovo strumento si è premurato di dichiarare che se il verdetto emesso dalla Consulta, una volta scaduto il termine fissato nell'atto di

¹⁶ Punto 11 del *cons. in dir.*

¹⁷ Inopportuno è, poi, parimenti – come da tempo rilevato da molti studiosi – che si abbia la sospensione impropria dei processi, dovuta alla pendenza della questione già sollevata da altri giudici, non accompagnata dal rinvio degli atti di causa alla Consulta.

¹⁸ “Negli altri giudizi – dice la Corte –, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua” (punto 11 del *cons. in dir.*).

¹⁹ Ancora M. BIGNAMI, cit., § 4.

rinvio, dovesse essere diverso dall'accoglimento, si "infliggerebbe al prestigio della Corte un colpo esiziale. Non si tratterebbe solo di condannare a morte il nuovo strumento decisorio, al quale ovviamente non sarebbe più possibile tornare. Verrebbe più in radice meno la fiducia nella coerenza intrinseca del sindacato di costituzionalità, esposto così ad una delegittimazione senza precedenti". Piana è, dunque, la conclusione: "Possiamo essere ragionevolmente certi che, nelle mani di un organo che ha dato prova nel corso degli anni di grande saggezza ed equilibrio, e che ha sempre gestito i rari *overruling* con accortezza, questo non accadrà"²⁰.

Parole sacrosante ma – ahimè – non tranquillizzanti: della coerenza, infatti, non sempre si ha nelle pronunzie della Consulta (e dei giudici in genere), viste tanto sincronicamente (*uti singulae*) quanto diacronicamente (nel loro succedersi in relazione alla medesima questione), sicuro riscontro. Come escludere, dunque, la eventualità che qui pure possa assistersi ad un siffatto accadimento? Cautela, dunque, impone di qualificare – come si avvertiva poc'anzi – le decisioni cui appartiene quella di oggi come pronunzie a *probabile* (non già a *certa*) incostituzionalità differita.

Accenno, poi, di sfuggita, riprendendo una indicazione già data nel mio [commento](#)²¹ al [comunicato](#), che neppure potrebbe la Corte rinnovare il termine concesso al legislatore con un nuovo atto di rinvio, seppur motivato in relazione ad un procedimento legislativo *in itinere*²²: il rischio è, infatti, che alla sfiducia nei riguardi della buona volontà del legislatore di far luogo all'attesa nuova regolazione della materia si sommi la sfiducia da parte della pubblica opinione nei riguardi della stessa Corte di tener fede agli impegni assunti, visto che si fanno inutilmente scadere i termini entro i quali vanno emessi i verdetti dapprima rinviati.

Il vero è che si dà una differenza di fondo tra il nuovo tipo di decisione e quello delle pronunzie, proprie di altri ordinamenti²³, connotate dall'essere sottoposte a *vacatio*: da queste ultime, infatti, una volta scaduto il termine dalle stesse stabilito, si produce automaticamente l'effetto ablativo rimasto sospeso; nel caso nostro, di contro, l'effetto si produrrà *se, quando e come* così sarà deciso da un nuovo e diverso atto conclusivo del giudizio. L'odierna pronunzia è, e resta – non si dimentichi –, pur sempre un'ordinanza di rinvio, non una sentenza di accoglimento; e di quella, non di questa, porta gli effetti.

Di qui, la domanda finale: conviene alla Corte correre il rischio di essere contraddetta da... *se stessa*? Supponiamo che, *medio termine*, si abbia l'avvicendamento (pur imprevisto) in seno al collegio di uno o più giudici. Chi mai potrà obbligarli a pensarla allo stesso modo di coloro che li hanno preceduti?

V'è di più. Quand'anche nel frattempo il legislatore dovesse attivarsi lungo il solco tracciato dalla Corte nella "ordinanza-sentenza" odierna, nulla esclude che la nuova disciplina possa essere caducata da un collegio diversamente orientato rispetto al passato²⁴.

Che ne sarà, allora, della certezza del diritto messa in ginocchio da una Corte che abbia rinnegato se stessa?

²⁰ M. BIGNAMI, cit., § 3.

²¹ Cfr., *supra*, alla nota 1.

²² *Contra* M. BIGNAMI, cit., § 5.

²³ L'accostamento con le pronunzie di *Unvereinbarkeit* è anche, ma con diverso orientamento, negli scritti di N. FIANO e mio, *supra* cit.

²⁴ È ovvio che, *rebus sic stantibus*, ci si attende che la Corte tenga ferma la parola data; e, dunque, che, per effetto della nuova disciplina dalla stessa sollecitata, si faccia luogo, a seconda dei casi, ora alla restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens* e ora al trasferimento della questione originariamente sollevata sulla disciplina stessa, laddove ritenuta non autenticamente "nuova".