

**Principi come *Regulae*: il caso Cappato, le liti strumentali
e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam
(con una postilla sul caso Trentini)*
(PARTE II)**

*Silvia Niccolai***

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. La Parte I è stata pubblicata in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2020, pp. 1 ss.

** *Questo lavoro è dedicato alla memoria della mia mamma, Donatella Donati Niccolai, che due anni fa ha rinunciato alle cure, dopo averne a lungo parlato con i suoi figli.*

Il saggio ricollega gli esiti controversi della decisione della Corte costituzionale sul "caso Cappato" all'origine strategica del processo *a quo*; esso sviluppa un'argomentazione basata sulle antiche *regulae iuris* e in particolare sulla regola *Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*. Nella parte I è discusso il ruolo delle *regulae iuris* nella conoscenza e nella pratica giuridica, e, facendo particolare riferimento agli studi di, e su, Alessandro Giuliani, sono introdotte alcune ragioni a favore di una riscoperta delle regole, in quanto «principi costitutivi del diritto», nell'interpretazione costituzionale; successivamente, *Nemo audiatur* viene chiamata in causa in relazione al divieto di *lis ficta* nel processo incidentale. Nella parte II, un'analisi del "caso Cappato", dalle decisioni di merito alle pronunce della Corte costituzionale, si propone di evidenziare che la natura strumentale del processo *a quo* ha condizionato l'intera vicenda giudiziaria, riducendo le possibilità di un'adeguata esplorazione tanto della vicenda concretamente in causa quanto della portata del divieto di aiuto al suicidio, così come dei beni costituzionali coinvolti. Qui viene anche mostrato come la prospettiva delle *regulae iuris* possa offrire punti di vista significativi per discutere sia la teoria dell'autodeterminazione e le sue fallacie, sia alcuni usi attuali del concetto di dignità umana. Infine, dopo un rapido confronto con altre recenti decisioni della Corte costituzionale, sono svolte alcune considerazioni conclusive sul perché interpretare i principi come regole e con regole potrebbe fornire un grado di stabilità ed efficacia ai principi costituzionali, minati invece da ogni concezione strumentale del diritto.

Ringrazio Francesco Cerrone, Alessandra Di Martino, Stefania Ferrando, Elisa Olivito, Salvatore Prisco e Giorgio Repetto per avere letto e discusso con me questo scritto prima della pubblicazione, e i revisori anonimi per i loro attenti commenti.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

SOMMARIO: PARTE I. Premesse. Il caso di studio e l'ipotesi di lavoro: principi costituzionali e *regulae*. – 1. Le regole – 1.1. Le *regulae iuris*. – 1.2. Azioni che si possono osservare e capire. – 1.3. Relazioni. – 1.4. Definizioni dialettiche. – 1.5. Centri di argomentazione. – 1.6. Le regole e le forme della ragione. – 1.7. Gli studi sulle regole e l'evidenziazione dei limiti dello strumentalismo giuridico. – 1.8. Norme e regole – 1.9. Ricercare la regola nella norma (e nella sentenza). – 2. Il caso Cappato: se diventa impossibile far diritto con regole. – 2.1. Breve riepilogo di un caso famoso e alcune ragioni per rileggerlo attraverso le *regulae*. – 2.2. La prevalenza delle componenti strumentali. – 2.3. Quando una sentenza può dare regola? – 2.4. Le liti strategiche. – 2.5. "Inerzia del legislatore" e logica dell'incidentalità – 3. *Nemo audiatur*: veracità e lealtà come condizioni della fisiologia del processo quale articolazione della sfera pubblica. – 3.1. Sul senso complessivo della regola. – 3.2. Le tradizionali critiche alla regola. – 3.3. Le sue buone ragioni. *Nemo audiatur* e la logica della controversia. – 3.4. *Nemo audiatur*, le liti strategiche e il processo costituzionale. Una questione di 'buoni esempi'. PARTE II. 4. Un processo *a quo* non esemplare: la costruzione dell'astratta opposizione tra 'libertà' e 'autorità'. – 4.1. Dall'auto-denuncia alla Corte di Assise. – 4.2. La debole esemplarità del processo *a quo* e una *quaestio* insidiosa. – 5. Quale regola di giudizio, senza poter osservare la condotta degli uni nella relazione con gli altri? La cattura della Corte nella logica della lite strumentale. – 5.1. Il caso come 'dato'. – 5.2. Mitologie dell'autodeterminazione: quale libertà è coinvolta dal divieto di aiuto al suicidio? – 5.3. La rinuncia a ricercare la regola attraverso la relazione. – 5.4. Libertà astratta e concreta: le fragili difese della Corte davanti a un luogo argomentativo 'turpe'. – 5.5. Il processo come strumento (per arrivare a una norma). – 6. Conclusioni. Le regole, una risorsa presente-assente nel diritto costituzionale oggi. – 7. Postilla.

4. Un processo a quo non esemplare: la costruzione dell'astratta opposizione tra 'libertà' e 'autorità'.

4.1. Dall'auto-denuncia alla Corte di Assise.

I giornali riferirono dell'auto-denuncia di Cappato, che, dopo aver visto archiviata l'indagine promossa dalla Procura di Novara nei suoi confronti per l'aiuto al suicidio di Dominique Venuti, a sua volta originata da una autodenuncia, si sarebbe di lì a poco autodenunciato davanti alla Procura di Massa per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

«La stesura del verbale dura meno di due ore. Quello che è successo lo sanno tutti. A Marco Cappato interessa il gesto che potrebbe smuovere il Parlamento: “Continueremo fino a quando non saremo fermati. Allora diventerà evidente che lo Stato non si sarà assunto la propria responsabilità. Ci sono altri due malati che hanno ottenuto il codice verde a procedere in Svizzera. Uno lo aiuto economicamente insieme all’Associazione Luca Coscioni. L’altro personalmente (...) Chiediamo l’assunzione di responsabilità al Parlamento che decida al di là di ogni responsabilità individuale. I diritti devono essere garantiti a tutti. A Fabo avevo detto che avrei fatto conoscere la sua storia per aiutare le persone a ragionare”. In questi anni Marco Cappato e l’associazione Luca Coscioni hanno assistito un centinaio di persone. A molte sono state fornite solo informazioni. Altre sono state aiutate economicamente – le procedure nella clinica Dignitas costano circa 13 mila euro – altre ancora con un aiuto diretto come è stato per Dj Fabo. Il reato che potrebbe per questo essere contestato a Marco Cappato è di aiuto al suicidio. Il codice penale prevede una pena massima di 12 anni di carcere. Al leader radicale interessa poco: “Non mi addentro in possibili interpretazioni giuridiche sul possibile procedimento a mio carico. Ma se il processo potesse servire come precedente per superare le situazioni di clandestinità di tante persone allora sarebbe utile. I principi costituzionali di libertà e responsabilità fondamentali sono più forti di un codice penale scritto in epoca fascista”»¹.

Nel fraseggio – che, ed è importante notarlo, legge in termini negativi (“clandestinità”) la condotta umana che si svolge in assenza di, o negli interstizi de, la legge dello Stato² – si ritrova la prefigurazione del tema che sarà sviluppato davanti ai giudici ordinari e dalla Corte: l’esigenza di sancire un diritto di libertà conculcato dal codice penale fascista, così come vi si rinvergono argomenti ripresi in dottrina, in particolare la necessità che l’opinione pubblica ragioni e il Parlamento intervenga, nel senso di permettere l’aiuto al suicidio, motivi che, lo ricordavo poco sopra, sono stati spesso portati a giustificazione, in

¹ F. POLETTI, *Marco Cappato si autodenuncia ai carabinieri ecc.*, in *La Stampa*, 1.3.2017.

² Mentre l’autonomia che si avvale delle zone d’ombra della legge ha ricevuto valorizzazione da una parte dell’opinione penalistica italiana; si ricorda al riguardo particolarmente l’opera di Bricola: cfr. A. MASSARO, *Il ‘caso Cappato’ davanti al giudice delle leggi*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2019, p. 1 ss., p. 19 e nota 56.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

particolare, dell'ordinanza con cui la Corte assegnò il termine al legislatore³.

Nella locuzione plurale («Continueremo, chiediamo, ecc.») risiede un aspetto qualificante dell'intera vicenda; è vero che, a giudizio di alcuni, il divieto della *lis ficta*, ai fini del processo costituzionale, dovrebbe considerarsi superato tutte le volte che una persona fa valere un suo interesse soggettivo⁴; né vi ha dubbio che chi si autodenuncia possa avere un proprio interesse soggettivo a farlo: per esempio, l'interesse a far accertare, tramite il processo, la liceità della propria condotta, e proprio mettendo così in discussione la norma incriminante (ma si potrebbe pensare anche all'interesse a essere riconosciuto colpevole, in nome dei propri obblighi di solidarietà verso la società, di chi senta il peso della propria colpevolezza). Ma, conducendo una battaglia politica⁵, Marco Cappato non sta facendo valere una *propria* situazione soggettiva: egli porta nel processo penale, che accerta responsabilità personali, un soggetto plurale, nel cui nome parla⁶. Mentre il processo assume una funzione rappresentativa, resta indeterminato l'interesse di cui è portatore il soggetto che agisce (sia salva l'improprietà

³ Sono molti i commenti che sottolineano come l'ord. n. 207 abbia inteso avviare un dibattito pubblico, tra questi v. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio*, in *Diritti Comparati*, 23.11.2018, p. 1 ss. (v. *supra*, nota 118, Parte I)

⁴ Cfr. G. REPETTO, *Il divieto di fictio litis*, in *Riv. AIC*, 3/2013, p. 1 ss.

⁵ Sull'autodenuncia di Cappato «atto politico posto in essere per sollevare l'incidente di costituzionalità» secondo «le strategie politiche dei movimenti per il riconoscimento dei c.d. «diritti civili» (tra i quali va annoverato anche il movimento radicale che ha supportato, attraverso l'Associazione Luca Coscioni, la battaglia giudiziaria di Cappato)» v. A. PISANÒ, *Il re è nudo! La nuova forma di collaborazione, ecc.*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 67. Sottolineando che l'autodenuncia era tesa a sollevare l'incidente di costituzionalità l'A. fornisce una piana descrizione del processo originato da lite strumentale come *lis ficta* nei termini che della definizione offre M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, Padova, 1984, p. 59, ripreso da E. OLIVITO, *L'eccezione che conferma la regola, ecc.*, in *Dir. Soc.*, 2/2019, p. 237: *lis ficta* non significa assenza dell'interesse soggettivo, ma significa che, pur coinvolgendo situazioni soggettive autentiche, il processo ha per oggetto soltanto il dubbio di costituzionalità

⁶ Tipicamente la *human rights strategic litigation* consiste in «una vera e propria strategia che considera il ricorso giudiziario non come fine per soddisfare le pretese di una parte processuale, ma come mezzo per vedere affrontate, dibattute e anche riconosciute le pretese di una *platea generalizzata di individui*» (A. PISANÒ, *Il re*, p.73, corsivo aggiunto).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

dell'espressione con riferimento al contesto penale), in quanto quell'interesse coinvolge anche e soprattutto altri: tutti coloro che aiutano i malati a suicidarsi, tutti coloro che desiderano suicidarsi, o anche entrambi, oppure tutti i cittadini, in quanto titolari dei diritti costituzionali ancora traditi⁷. Certamente viene in primo piano, anche per effetto della suggestione esercitata dalla terribile condizione di Antoniani, ampiamente portata a conoscenza dell'opinione pubblica, la contrapposizione tra i 'diritti' individuali e il codice fascista che priva le persone del potere di disporre di sé. Tramite l'empatia che molti hanno potuto provare nei confronti del desiderio di Antoniani di porre fine alla propria sofferenza si è certamente consolidato il messaggio, che la lite trasmette, secondo il quale il diritto penale impone un *dovere di vivere* contro l'autodeterminazione individuale di chi intende scegliere se e come morire.

Su questo motivo, in cui perde centralità la posizione di chi aiuta al suicidio, che pure era quella di colui che aveva aperto il processo, si è intelaiata la vicenda sul piano giudiziario, anche grazie all'affermarsi, tra le due strade che sin dall'origine si sono delineate, l'una minimizzante, l'altra enfaticamente, di questa seconda⁸.

⁷ L'indeterminatezza dell'interesse soggettivo espresso dalla domanda si è ripercossa fino al processo costituzionale, con riguardo al quale è stato rilevato che «non è chiaro se il caso cui fare riferimento sia quello specifico di Marco Cappato, o quello di chiunque si trovi in una situazione processuale simile alla sua (ossia imputato di un reato che prevede una pena molto alta, essendosi *autodenunciato* di quel reato allo specifico scopo di suscitare una reazione politica e produrre un mutamento legislativo), o ancora più in generale quello di qualunque malato terminale che si trovi in una delle condizioni di particolare vulnerabilità che avevano condotto Fabiano Antoniani ad avvalersi dell'aiuto di un terzo» (E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, in *Quad. Cost.*, 2019/3, p. 544 nota 18, che si richiama anche a M. MASSA, *Un'ordinanza interlocutoria*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2019, p. 1 ss.).

⁸ Cfr. S. PRISCO, *Il caso Cappato*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, n. 3/2018, p. 161, che, con riferimento alla posizione poi presa dalla Corte, nota come, «a fronte della scelta di mantenere vigile l'attenzione al tema e di pervenire a una soluzione tendenzialmente *generale e normativa* su di esso (assecondata dal g.i.p. di Milano e dalla Corte di Assise, essendosi rifiutato il primo di archiviare l'autodenuncia) (...) si sarebbe potuti pervenire alla indolore chiusura della vicenda». (Corsivo aggiunto.) Di rilievo l'annotazione sulla volontà di pervenire a una soluzione generale e normativa sul tema, 'assecondata' dal gip di Milano, dalla Corte d'Assise, e dalla Corte

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

La prima direzione, che conduceva all'archiviazione, è stata seguita con scarsa convinzione dalla Procura, ed è stata evitata dalla difesa dell'indagato, come è logico dal momento che lo scopo era arrivare al processo, ed evitare in primo luogo l'archiviazione, da poco subita, per così dire, in una vicenda simile.

Vengono in rilievo, in particolare, tre provvedimenti. Il primo è l'ordinanza della Procura⁹, dove il problema, se abbia Marco Cappato commesso la condotta incriminata dall'art. 580 c.p. sfocia nel tema di politica del diritto se sia necessario riconoscere, almeno in certi casi, il diritto al suicidio.

È noto che l'art. 580 incrimina sia l'istigazione al suicidio (intesa tanto come determinazione di altri al suicidio quanto come rafforzamento dell'altrui proposito di suicidio) sia l'agevolazione, «in qualsiasi modo»,

costituzionale, che si contrappone alla narrazione della Corte «costretta ad assumersi un ruolo di supplenza non voluta» (M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte*, in *Riv. AIC*, 1/2020 p. 301), narrazione, questa seconda, che di solito va a corredo delle argomentazioni di chi vede con favore la tecnica della lite strategica ma d'altronde ritiene di poter e dover tener fermi alcuni assunti dogmatici (come la separazione dei poteri, o la soggezione del giudice alla legge, sul cui travolgimento la tecnica, viceversa, per così dire 'scommette' apertamente). Sul carattere politico del caso Cappato e su come esso sia «proseguito grazie alla altrettanto consapevole e deliberata scelta della Corte di Assise di Milano di non accettare il *commodus discessus* che le era stato prospettato» dalla richiesta di archiviazione (su cui però *infra* nel testo) v. anche E. GROSSO, *Il rinvio*, p. 541; la Corte ha dimostrato una consimile volontà con le cure profuse sull'ordinanza di rinvio cui ha rivolto un atteggiamento «sanante», «minimizzandone le sviste», smorzandone «la connotazione ancipite e intrinsecamente ambigua» e introducendo parametri ulteriori rispetto a quelli indicati dall'ordinanza di remissione, e in particolare quello, decisivo, offerto dall'art. 32: C. SALAZAR, «*Morire sì*», in *Quad. Cost.*, 2019/1, 567 ss., 567 e 569. La Corte ha dimostrato volontà di decidere la questione, anche scartando anche altre alternative, in particolare quella della remissione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, dato l'intervento della legge sulle Dat (DAL CANTO, *Il 'caso Cappato' e l'ambigua concretezza*, in *Forum di Quad. Cost.* (5.6.2019), p. 1 ss., p. 4), non da ultimo aggirando in modo poco convincente l'argomento (cu cui si imperniava l'obiezione dell'Avvocatura), circa il tendere la questione a una pronuncia manipolatoria in campo penale, se non altro perché «è evidente che anche dalle mere ablazioni operate dalle sentenze di accoglimento possono derivare profonde trasformazioni delle norme colpite» (Salazar, «*Morire sì*», p. 570).

⁹ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017. Il provvedimento si legge, come tutti gli altri qui riferiti, nella documentazione offerta dalla Rivista *Dir. Pen. Contemp.*

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

della sua esecuzione. Poiché la Procura ha accertato che Antoniani si era autonomamente orientato al suicidio, e dunque l'istigazione, anche nella forma del rafforzamento, è esclusa, sul terreno rimane la questione se Cappato sia colpevole di agevolazione. Per tutta una prima parte l'ordinanza della Procura conduce un'argomentazione incentrata su un'interpretazione restrittiva e, a suo dire, costituzionalmente orientata della fattispecie normativa e basata espressamente sul *favor rei*¹⁰; nella ricostruzione del caso concreto vi è una lettura attenta di una serie di aspetti che depongono per l'inoffensività della condotta di Cappato, che si è limitato ad accompagnare in auto Antoniani nel luogo in cui questi è stato preso in carico da operatori medici e sanitari; costoro, nota la Procura, sono diventati da quel momento gli unici interlocutori della volontà di Antoniani per il suicidio, volontà rispetto alla cui esecuzione Cappato è stato a tutto concedere, scrivono le PM, un «mero osservatore». Quanto all'interpretazione della fattispecie normativa, la Procura si confronta con la sentenza della Cassazione, I Sez. Penale, del 6.2.1998, n. 3147¹¹, che ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto di agevolazione al suicidio, facendovi rientrare qualsiasi condotta causalmente connessa con l'atto suicidario. Diversamente dalla Cassazione, la Procura ritiene possibile «un'interpretazione più restrittiva, in ossequio ai principi del *favor rei*»; alla luce di questa interpretazione rientrerebbe nell'agevolazione solo la condotta di chi «abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso». Tanto non è avvenuto nel caso di specie, dove «in nessun caso si potrebbe dire che l'evento lesivo, il suicidio, sia conseguenza dell'accompagnamento del soggetto agente», anche considerata l'assoluta incapacità motoria di Antoniani, «che presuppone plurimi affidamenti a soggetti che agiscono in vece sua e diano concretezza alla sua volontà», con la conseguenza che

¹⁰ La valorizza S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 162 ss.

¹¹ È la sentenza destinata a rappresentare quel “diritto vivente” che per la Corte d'Assise, diversamente da come opina la Procura, preclude interpretazioni adeguatrici dell'art. 580 c.p.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

«ciascun passaggio di fase interrompe il nesso di causalità tra la condotta di chi come Cappato ha offerto aiuto all'Antoniani e l'evento suicidio».

Occorre dar conto, brevemente, del fatto che la Procura adotta una delle due concezioni restrittive dell'art. 580 e della nozione di aiuto al suicidio che nel tempo, in occasione delle rare applicazioni della disposizione, si sono profilate. Per una prima concezione, che sarà poi ripresa dalla Corte d'Assise, dovrebbero rientrare nell'aiuto al suicidio solo le condotte che hanno influenza sulla formazione della volontà suicida, il che però significa ricondurre integralmente l'aiuto al suicidio all'istigazione e in sostanza sopprimere la fattispecie. Contro questo orientamento, effettivamente difficile da condividere, perché probabilmente lascerebbe fuori dalla sfera della punibilità proprio le condotte più tipiche che l'art. 580 c.p. intende reprimere (ad esempio quella del farmacista che vende sottobanco i barbiturici sapendo che chi li acquista li userà per suicidarsi), si indirizzò la sentenza della Cassazione del 1998, la quale, decidendo su una vicenda molto diversa dal caso Cappato, precisò che l'art. 580, con la fattispecie dell'aiuto al suicidio, intende punire anche chi agevola il suicidio senza influire sul processo deliberativo¹². Il secondo orientamento è più recente e ha preso forma con riferimento a una vicenda invece molto simile al caso Cappato, quella di chi aveva accompagnato in auto in Svizzera un'amica che li sarebbe stata assistita al suicidio. In questo caso il Tribunale di Vicenza, nel 2015, seguito dall'Appello di Venezia¹³ sviluppò la concezione restrittiva dell'aiuto come riferito solo alle condotte direttamente o strutturalmente connesse all'esecuzione del suicidio e che la facilitano, così escludendo dall'imputazione quelle meramente preparatorie e oltretutto 'fungibili', come l'accompagnamento in auto. Questo secondo

¹² Con questo la Cassazione non escludeva, peraltro, che l'agevolazione possa influire sul processo deliberativo. Il caso era quello di un giovane sopravvissuto a un 'doppio suicidio', e che, pentitosi del proprio intento suicidario quando il compagno era già morto per i gas che avevano riempito la villetta in cui i due si erano rinchiusi per darsi la morte, cercò inutilmente di aiutarlo e poi inavvertitamente provocò un'esplosione: si tratta del 'caso Munaò', sul quale A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 4 s. da dove traggio gli elementi riferiti nel testo sulla storia interpretativa dell'art. 580.

¹³ Rispettivamente con sent. 14.10.2015 e n. 9 del 10.5.2017.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

orientamento restrittivo consiste nel ritenere punibili, a titolo di aiuto al suicidio, solo le condotte che entrano nella fase strettamente esecutiva del suicidio e con caratteri di causalità¹⁴.

Dopo avere svolto il punto dell'inoffensività della condotta di Cappato, l'ordinanza della Procura imbecca la via del diritto al suicidio, fondato, si argomenta, sull'autodeterminazione e la dignità personale, invocando l'intervento del legislatore per la regolamentazione 'rigorosa' di tale diritto¹⁵. Data la spontaneità e pienezza della volontà di Antoniani, la Procura conclude che la condotta di Cappato non assume rilievo penale perché «l'aiuto al suicidio si è rivelato penalmente irrilevante» in quanto Antoniani esercitava un diritto costituzionale a disporre della propria vita. L'esercizio del diritto al suicidio da parte di Antoniani configura una «causa di giustificazione impropria con rilievo oggettivo» e la condotta di Cappato «che ha la struttura del concorso, risulta scriminata dalla diversa qualificazione del fatto cui ha concorso».

La domanda di archiviazione si conclude con la richiesta in subordine di sollevare q.l.c. dell'art. 580 c.p. «al fine di verificarne la compatibilità con i principi fondamentali di dignità della persona umana e di libertà dell'individuo».

Dovendo confrontarsi con una richiesta di archiviazione così formulata, e cioè che slitta tra l'essere la condotta inoffensiva (Cappato non ha aiutato Antoniani a suicidarsi) e l'essere la condotta scriminata (Cappato ha aiutato Antoniani a suicidarsi, ma non ha commesso un reato perché il secondo esercitava un diritto costituzionale) la meditata decisione del Gip¹⁶ non può a sua volta mantenersi sul solo profilo

¹⁴ Secondo A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 22, ferma la difficoltà di distinguere fasi meramente preparatorie da quelle direttamente esecutive, questi orientamenti hanno il pregio di tendere a una maggiore determinatezza e offensività della fattispecie di aiuto.

¹⁵ «Sarebbe altamente opportuno (e se ne auspica l'intervento urgente) che il legislatore si facesse carico in prima persona del problema, disciplinando rigorosamente [queste] ipotesi in modo da prevenire rischi di abuso, ad esempio, sotto forma di pratiche eutanasiche nei confronti di persone il cui consenso non sia sufficientemente certo».

¹⁶ Tribunale di Milano, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, Ordinanza 10 luglio 2017 (Gargiulo). Rende omaggio alle «tutt'altro che peregrine considerazioni» del Gip Moccheggiani, *Intervento*, in *Seminario preventivo*, p. 23 ss., p. 30. Ricordiamo

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

attinente alla qualificazione del comportamento di Cappato; deve incamminarsi anche sulla strada del diritto al suicidio, della dignità, dell'autodeterminazione, perché in tale direzione era già la seconda parte del decreto della Procura e soprattutto vi andavano le eccezioni di legittimità costituzionale a quel punto sollevate sia dalla Procura sia dalla difesa. Sul primo punto, quello delle fattispecie imputabili a Cappato, il Gip da un lato ritiene di riconoscere nella condotta di Cappato sia gli estremi dell'istigazione, nella forma del rafforzamento dell'intento suicida, sia quelli dell'agevolazione. Il giudice fa proprio il principio affermato dalla Cassazione, per cui l'agevolazione al suicidio prescinde del tutto dal fatto che la volontà di autosoppressione del suicida sia spontanea. Il Gip, paragonando la condotta di Cappato a quella di colui che consegna al suicida l'arma che questi userà altrove e in un secondo tempo, conclude che nell'agevolazione rientra qualunque condotta «che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile all'atto suicidario», tenuto conto che per l'operare del meccanismo della causalità «basta la consapevolezza dell'agevolatore del proposito di autosoppressione e della funzionalità della sua condotta ad esso». Sul secondo punto, il Gip ritiene di non poter sollevare questione di legittimità costituzionale: considera che il bene tutelato dall'art. 580 c.p. è la vita, e pertanto non ritiene possibile dubitare della costituzionalità della disposizione, anche in considerazione del carattere della questione che, egli pensa non senza motivo, sarebbe destinata a essere respinta in quanto inammissibile perché invasiva della discrezionalità del legislatore in materia penale. Il giudice è convinto che il valore della vita, sotteso all'art. 580 c.p. sarebbe messo a repentaglio anche da un'interpretazione restrittiva della disposizione, nel senso prospettato dalla Procura. Così il Gip respinge la domanda di archiviazione, nella volontà di arrivare al processo per motivi

qui solo il punto, molto denso, in cui il Gip sottolinea che sempre la scelta suicidaria presuppone una «valutazione dell'individuo del senso della propria vita nei termini dell'indegnità (ad esempio per il rimorso per un gesto compiuto) o dell'eccessivo peso (per esempio un lutto non rielaborato, la solitudine, la sofferenza fisica o una sopravvenuta menomazione)», sollevando un ordine di idee gravido di serie perplessità sull'idoneità del riferimento alla 'dignità' in questa materia (sull'impiego dell'argomento dignitario nelle decisioni della Corte verremo più avanti).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

contrari a quelli che muovono l'indagato: la convinzione dell'intangibilità del valore della vita, così come dell'irrelevanza e della non fondatezza della questione.

Si può annotare, da una parte, che la Procura e il Gip concordano sull'idea che l'aiuto appartenga alla sola sfera materiale dell'esecuzione del suicidio, ma divergono sui requisiti che la condotta di aiuto deve avere per risultare punibile. Dall'altra parte che, attraverso la prospettazione dei profili di incostituzionalità dell'art. 580 viene emergendo la contrapposizione tra il diritto alla vita, legittimamente tutelato, secondo il Gip, dalla disposizione, e l'autodeterminazione, illegittimamente sacrificata, secondo la Procura, in nome di presunti interessi collettivi. Inoltre, si può osservare che allorquando, come ritiene il Gip, nell'istigazione rientri anche l'aver fornito a Antoniani informazioni sulla clinica svizzera, sarebbero state allora imputabili per istigazione anche la fidanzata, o forse anche la madre di Antoniani, che hanno tenuto condotte analoghe; imputazione che però il Gip naturalmente non può formulare. Il fatto che Cappato rimanga solo sulla scena del processo ha un duplice effetto: da una parte viene rafforzata l'impressione che l'art. 580 c.p. si indirizzi contro chi, come Cappato, ha agito in nome della libertà individuale contro l' 'Autorità'. Dall'altro risulta ridotta, ed è questo un rilievo che riprenderemo, la possibilità di esaminare il problema dell'aiuto al suicidio all'interno di relazioni qualificate che intercorrano tra chi aspira a suicidarsi e chi lo aiuta, e in particolare nella cornice delle relazioni familiari e affettive.

Nella direzione del contrasto tra il principio di libertà e il principio di autorità va decisamente la Corte d'Assise¹⁷, che, come la Procura, esclude la presenza, nel caso di specie, dell'elemento morale, e cioè esclude che Cappato abbia istigato o rafforzato la volontà suicida di Antoniani; la questione diventa così se sia legittimo incriminare per agevolazione al suicidio chi ha fornito solo un aiuto materiale a una persona che si è autonomamente determinata a suicidarsi, e del tutto indipendentemente tanto dalle *condizioni* in cui versi chi intende

¹⁷ Assise Milano, ord. 14 febbraio 2018.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

suicidarsi, quanto dal *rappporto* che intercorra tra costui e la persona da cui ottiene aiuto, due profili ai quali la Corte d'Assise non fa alcun riferimento.

Anche la Corte d'Assise si richiama alla sentenza della Cassazione del 1998; essa ritiene che la Cassazione, quando ha posto il principio per cui l'art. 580 punisce anche l'aiuto al suicidio che non abbia inciso sul processo volitivo, ha esattamente espresso lo spirito dell'art. 580 c.p., che sarebbe quello di ritenere «indisponibile il bene della vita in relazione agli obblighi sociali dell'individuo ritenuti preminenti durante il fascismo». Nell'attuale quadro costituzionale, però, ragiona la Corte d'Assise, il diritto alla vita deve essere inteso diversamente, non cioè nella chiave dell'indisponibilità, ma in quella della disponibilità: «il principio personalista significa libertà dell'individuo di decidere sulla propria vita, anche quando da ciò dipenda la propria morte» e senza che alcun limite sia declinabile in nome di «obblighi solidaristici». Richiamandosi alla legge n. 219 del 2017, che ha riconosciuto il diritto a lasciarsi morire, la Corte d'Assise afferma che i principi che hanno ispirato quella legge devono presidiare l'esegesi dell'art 580, orientando l'interprete nell'individuazione del bene giuridico tutelato e delle condotte idonee a lederlo: «il riconoscimento del diritto di ciascuno ad autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza porta a ritenere sanzionabili solo le condotte che 'in qualsiasi modo' abbiano alterato il percorso psichico del soggetto passivo impedendogli di addivenire in modo consapevole e ponderato a tale scelta».

Ma la lettera appare insuperabile, e di qui la questione di costituzionalità: incriminabile, alla luce dei valori costituzionali, è solo il «comportamento che abbia alterato il processo di formazione della volontà dell'aspirante suicida» e l'agevolazione, pertanto, dovrebbe essere punita esclusivamente se ha ricadute su quella libertà, menomandola o alterandola. La Corte d'Assise non condivide l'intento della giurisprudenza di merito più recente di «evitare i profili di incostituzionalità» dell'art. 580 c.p., perché intende al contrario farli risaltare, onde far emergere una data visione della libertà dell'individuo, libertà della quale la scelta per il suicidio, queste le parole letterali

dell'ordinanza, è «l'espressione più radicale ma anche più significativa». Così, con l'appello al diritto vivente rappresentato da una sentenza della Cassazione risalente a quasi vent'anni prima, che le impedirebbe un'interpretazione adeguatrice dell'art. 580 c.p. (e che invero si oppone a una *intepretatio abrogans* dell'art. 580 c.p. nella parte concernente l'agevolazione al suicidio, in cui si risolve la questione sollevata), la Corte d'Assise scarta la possibilità di ispirarsi a una giurisprudenza di merito più vicina nel tempo¹⁸. Una giurisprudenza, a differenza della sentenza della Cassazione, dettata su casi molti prossimi a quello su cui la Corte d'Assise era chiamata a pronunciarsi, e significativa del modo in cui l'art. 580 c.p., in questo tipo di casi, vive nell'ordinamento (la stessa presenza di previe archiviazioni nei confronti di Cappato era un indice non privo di rilievo del sentire della magistratura¹⁹). Se è vero

¹⁸ «Contrariamente a quanto afferma la Corte d'Assise, non c'è una nozione consolidata di agevolazione al suicidio, l'art. 580 c.p. è del resto rarissime volte applicato e il *leading case* è una sentenza della Cassazione che nulla ha a che vedere con il suicidio assistito per porre fine a gravi e irreversibili patologie» (A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 4-5). «L'unica decisione della Cassazione in materia... non è un vincolo giuridico, semplicemente perché non è "diritto vivente" nel senso proprio del termine» (A. MORRONE, *Introduzione*, p. 5, richiamando A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè, 1994). Nello stesso senso Manes, *Aiuto a morire*, p. 54: la pronuncia della Cassazione «è diritto vivente in un senso davvero molto fragile». Pugiotta sottolinea che il giudice *a quo* intende il concetto di diritto vivente «secondo un'impropria accezione gerarchica», così travisandone profondamente il senso (*Variazioni processuali*, p. 42). All'epoca del sollevamento della q.l.c., questo A. scriveva che, considerata la scarsa vita applicativa dell'art. 580 c.p., come «il giudice *a quo* ai fini dell'applicazione dell'art. 580 c.p. nel processo Cappato, così ora anche la Corte costituzionale si trova davanti una situazione ordinamentale di *assenza* di diritto vivente» (corsivo A.). Su come il diritto vivente fosse «tutto da dimostrare» anche VERONESI, *Aiuto al suicidio*, in *Seminario preventivo*, p. 56 ss., p. 57. Nell'ord. n. 207 la Corte dirà però che a formare il diritto vivente basta una sola sentenza; l'affermazione ha contribuito a formare l'apparenza dell'impossibilità di una decisione di inammissibilità a valenza interpretativa, che invitasse il giudice a farsi carico di un'interpretazione costituzionalmente conforme.

¹⁹ Convinta dell'esistenza di un «vero e proprio diritto al suicidio», la Corte d'Assise ha «scartato ogni interpretazione alternativa dell'art. 580, in particolare quella che non riteneva punibile condotte preliminari come il mero trasporto nel luogo in cui si sarebbe compiuto il suicidio» (M. MASSA, *Un'ordinanza*, p. 14). Occorre in effetti dolersi che, a sua volta, nell'ordinanza n. 207, la Corte abbia «gettato un'ombra sugli orientamenti dei giudici di merito menzionati dall'ordinanza di rimessione, i quali si esprimono in tale ultimo senso (C. SALAZAR, «*Morire sì*», p. 569).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

che, in effetti, gli orientamenti restrittivi possono avere elementi non convincenti, o addirittura ‘sofistici’²⁰, essi certamente smentiscono però le affermazioni della Corte d’Assise secondo cui una concezione fascista della vita come proprietà e interesse dello Stato vivrebbe nell’ordinamento²¹. Gli orientamenti giurisprudenziali in discorso delineano semmai, e invece, i primi passi di un lavoro rivolto all’identificazione di una portata della nozione di agevolazione al suicidio più aderente all’emergere di situazioni che – e in questo caso mi pare da richiamare il tempo l’art. 580 fu concepito – il codice non prende in considerazione, quelli cioè in cui la scelta di chi aiuta al suicidio trae i propri motivi nel rapporto con qualcuno, che vuole porre fine a una grave e irreversibile patologia di cui soffre, ma nonostante la quale trattamenti medico sanitari molto avanzati ed invasivi gli permettono di continuare a vivere²². La Corte d’Assise del resto, interessata a promuovere

²⁰ Non è certo improprio il rilievo di Mantovani (*Suicidio assistito o omicidio del consenziente*, in *La giustizia penale*, 2017, p. II, 31 ss.), sul carattere ‘sofistico’ di distinzioni come quella che si impernia sul carattere fungibile o meno di una data condotta e così perviene a escludere che nell’agevolazione rientri l’accompagnamento in auto. Lo stesso rilievo potrebbe rivolgersi anche all’argomento, sviluppato dalla Procura di Milano, che fa leva sull’inoffensività della condotta di accompagnamento per inesistenza del nesso causale con l’evento suicidio. In entrambi i casi non si tiene nel giusto conto, come invece fa Mantovani e come fa il Gip, che il motivo incriminante è la *consapevolezza* della funzionalità della propria condotta alla realizzazione dell’evento suicidario. Mi pare in effetti fragile sul piano logico, e poco convincente su quello costituzionale ogni ragionamento intorno all’interpretazione dell’aiuto al suicidio che non guardi ai *motivi* che spingono il suicida al suo gesto, e l’aiutante al suo, e cioè alle «relazioni retrostanti», specie se fermo nel presumere nel suicida una perfetta autodeterminazione, sulla quale in nessun modo incide l’aiuto. Così mi pare una fuga dal problema di dare all’art. 580 c.p. un’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ l’orientamento secondo il quale dovrebbero ritenersi non punibili le condotte che abbiano influito solo ‘marginalmente’ sull’evento, come ho visto sostenuto ad es. da Ortolani, *La rilevanza spazio-temporale ecc.*, in *Giurisprudenzapenaleweb*, 2019, p. 1 ss. (dove il riferimento a Mantovani), ma anche in più contributi all’interno del *Seminario preventivo*.

²¹ Per A. PUGIOTTO, *Variazioni*, p. 42, la Corte d’Assise, che parla di diritto vivente ma dà conto dei diversi orientamenti esistenti in giurisprudenza, cade in una «*contradictio in adiecto*».

²² Cfr. A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 17: «una delle difficoltà derivanti dall’art. 579 [omicidio del consenziente] e 580 c.p. è la mancata valorizzazione delle ‘cause’ dell’omicidio del consenziente e del suicidio, e in particolare l’indifferenza legislativa

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

l'affermazione di un principio opposto a quello a suo giudizio soggiacente all'art. 580, abbandona a sua volta a se stesse queste situazioni, cui non si interessa affatto. L'affermazione della Corte d'Assise a favore del diritto al suicidio come espressione di libertà in nessun modo fa riferimento, infatti, alle condizioni particolari in cui si trovino il suicida e chi lo aiuta, ai rapporti che li legano²³. Per ciò si potrebbe dire che la Corte d'Assise sembra più preoccupata di pervenire, attraverso il processo, all'individuazione di norme con cui disciplinare (definire) una classe di eventi, oltretutto tutti indistintamente i casi di aiuto al suicidio, anziché all'individuazione di una regola di giudizio con cui rispecchiare la realtà (nelle sue componenti di valore, o in quelle di disvalore) di un evento ogni volta unico; strada quest'ultima che impegnerebbe invece ad una ravvicinata considerazione della 'realtà', cioè delle relazioni per come concretamente si dispongono ogni volta nella concretezza dei casi.

Di fatto, la questione sollevata dalla Corte d'Assise era così ampia, e così irrelata al caso concreto (essa chiedeva la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 in quanto incrimina «le condotte di aiuto al suicidio che non hanno contribuito a determinare o rafforzare il proposito della vittima»), che la difesa dell'imputato, forse temendo un rigetto della questione per mancato esame della rilevanza, è venuta in soccorso, proponendo un *petitum* più circostanziato, come tornerò presto a dire. Ma proprio appellandosi all'ampia domanda della Corte d'Assise la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 207, ha potuto affermare che le

di fronte alla decisione di darsi la morte per porre fine alle sofferenze derivanti da una grave e irreversibile patologia. Volendo banalizzare, la condotta di chi decide di gettarsi da un ponte dopo l'ennesima delusione amorosa è giuridicamente parificata a quella di chi assume un potente barbiturico perché non è più in grado di sopportare la sofferenza derivante dall'aggravarsi di una distrofia muscolare progressiva». Forse il discorso di Massaro rischia un poco di distinguere suicidi sorretti da motivi validi e suicidi sorretti da motivi futili. Ma, tenendo fermo che l'art. 580 verte su chi aiuta al suicidio, e non su chi si suicida, mi pare si possa trarre da queste riflessioni la suggestione che l'ordinamento dovrebbe tener conto delle motivazioni del suicida *in quanto riverberano sulla qualificazione della condotta di chi lo aiuta e concorrono a qualificarla*.

²³ Cfr. Picchi, *Leale e dialettica*, p. 6: «la Corte d'Assise esalta l'autodeterminazione indipendentemente dal riferimento alla condizione clinica della persona che ha deciso di suicidarsi»; analogamente Veronesi, *Aiuto al suicidio*, p. 58.

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

non veniva chiesto un intervento manipolatorio, ma strettamente ablativo, e, questo, in replica ai rilievi dell'Avvocatura che andavano nel senso dell'inammissibilità della questione; per poi costruire su questa premessa una delle pronunce più arditamente manipolative della sua storia.

4.2. *La debole esemplarità del processo a quo e una quaestio insidiosa.*

La costruzione un poco artificiosa del diritto vivente in materia di aiuto al suicidio pare rispondere all'intenzione del giudice di raccogliere *magis ut valeat* le ragioni che avevano spinto Cappato ad autodenunciarsi, e cioè all'intenzione di far sì che *il fine politico attribuito al processo potesse pervenire a realizzazione*. La giurisprudenza di merito che dà una interpretazione mite dell'art. 580 c.p. viene messa da parte perché è di ostacolo alla formulazione di una *quaestio* imperniata sull'art. 580 come norma che sacrifica irrimediabilmente e totalmente le ragioni della libertà a quelle dell'autorità; formulazione che richiede di asserire che l'art. 580 sarebbe rimasto cristallizzato all'epoca della sua approvazione.

Vi è, oltre a questo, qualche altro segnale che depone nel senso della debole capacità del processo, costruito strategicamente, di restituire un'immagine realistica, e in questo senso esemplare, del modo in cui la norma denunciata vive nell'ordinamento, e di come quest'ultimo reagisce alla situazione in causa.

Si può ritornare, intanto, sull'ordinanza della Procura, dove vi è forse l'intento di «evitare l'applicazione ingiusta di una norma a un fatto percepito come non meritevole di pena»²⁴, ma questo intento viene accompagnato, e quindi surclassato, da quello di mettere in discussione

²⁴ R. E. OMODEI, *L'istigazione e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 10/2017, p. 143 ss., p. 149. Le parole dell'A. che riporto nel testo sono letteralmente corrispondenti a quelle con cui più volte Giuliani esprime l'ideale della giustizia come equità, ideale negativo e antiromantico, in quanto orientato a evitare l'applicazione ingiusta della legge che può in generale essere giusta, rinunciando alla retorica della giustizia da realizzare. Ma è verso l'opposto ideale che forse propende la posizione degli inquirenti, e ancor più andrà quello della Corte d'Assise.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

la giustizia della norma in generale. Un effetto di questo secondo intento è stato che un argomento molto forte, che avrebbe potuto spingere nel senso dell'archiviazione, è stato sostanzialmente escluso dal novero dei profili considerati. Si tratta dell'argomento della *lex loci*, sul quale l'ordinanza della Procura si sofferma solo il tempo necessario per escludere la possibilità di incriminare i medici svizzeri, e che viceversa avrebbe potuto spingere nel senso dell'imperseguibilità di Cappato, anche in armonia col resto dell'impostazione della Procura, nella sua prima parte (dove si rileva che la condotta di Cappato non ha ruolo causale, ma meramente preparatorio, nell'evento del suicidio, che si è svolto in Svizzera).

Secondo il principio della doppia incriminazione non sono perseguibili i cittadini che hanno compiuto all'estero una condotta che in Italia è reato, ma non lo è nel Paese in cui si è svolta, a meno che in Italia non si sia tenuto un frammento della condotta, anche tale da non realizzare gli estremi del tentativo. L'argomento della *lex loci* racchiudeva, nel caso di specie, una forza notevole, almeno se si tiene presente che «la condotta vietata dalla legge italiana non è il suicidio, bensì la condotta che la rubrica dell'art. 580 definisce *aiuto*». Quest'ultima, «secondo gli schemi della teoria del reato, è una tipica modalità di concorso atipico: *agevolazione*, dice l'art. 580, usando il linguaggio della teoria del concorso di persone nel reato. È una *condotta che mutua il proprio disvalore da quello attribuito all'evento suicidario*. Un evento non estraneo alla fattispecie dell'art. 580, determinante ai fini della punibilità. Da ciò l'interrogativo: se il suicidio è stato realizzato all'estero in conformità alla *lex loci*, quale valutazione è ravvisabile nell'ordinamento italiano per l'eventuale condotta agevolatrice realizzata in Italia?»²⁵.

Il ricorso alla *lex loci*, quanto meno come argomento da vagliare, era tanto più coerente, dicevamo, in quanto era collegabile alle interpretazioni restrittive del concetto di agevolazione, che la Procura aveva fatto sue, e secondo le quali «la condotta tipizzata nell'art. 580

²⁵ Pulitanò, *Il diritto penale*, p. 18 (corsivi A.).

sarebbe l'aiuto nella realizzazione del suicidio, che non comprende atti preparatori come l'accompagnamento dall'Italia alla Svizzera», ovvero «condotte che, secondo la normativa sul concorso di persone nel reato, sarebbero modalità di agevolazione, antecedenti causali (*sine quibus non*) del suicidio assistito così come in concreto è stato realizzato». Proprio su queste premesse «nel caso specifico dell'aiuto in Italia in vista di un suicidio da realizzare in Svizzera, l'argomento assiologicamente forte, a sostegno della non applicabilità della legge italiana, è la legittimità – per la *lex loci* – del fatto cui l'aiuto accede»²⁶.

L'argomento della *lex loci*, in casi che presentano analogie con quello considerato, in quanto si configurano come esercizio all'estero di una attività vietata in Italia e da alcuni qualificata come diritto di libertà, ha preso questa direzione: la coppia che si reca all'estero per fare ricorso alla maternità surrogata non è perseguibile, in quanto, essendo la condotta lecita all'estero, scusabilmente ha confidato sulla non incriminabilità della propria condotta secondo la legge italiana, e tanto assorbe gli eventuali 'frammenti' della medesima che abbiano avuto luogo in Italia; non è punibile, precisamente, né per la realizzazione della

²⁶ D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 7/2018, p. 73, richiamando la nozione del concetto di aiuto fatta propria da Trib. Vicenza 14.10.2015. Anche la Procura adotta l'argomento della *lex loci*, ma, come accennato, per affermare che i medici svizzeri non sarebbero perseguibili (anche ove sussistessero le altre necessarie condizioni di procedibilità, come la loro presenza nel territorio italiano), dal momento che, in assenza di doppia incriminazione, vige il presupposto dell'errore scusabile sulla legge penale (sono i principi da Cass. V Sez. Pen., 10.2.2016, n. 13525, in tema di surrogazione di maternità e documenti di nascita redatti all'estero). Viceversa, nei confronti dell'aiuto al suicidio, la Procura aderisce all'interpretazione estensiva delle norme sulla punibilità del reato commesso all'estero, interpretazione secondo la quale tale reato è perseguibile purché in Italia si sia compiuto anche solo un frammento della condotta, sia pure privo dei requisiti di idoneità e inequivocabilità richiesti per il tentativo (nei termini di Cass. Pen. IV, 20.1.2017, n. 6376, in tema di omicidio colposo del dipendente da parte del capitano della nave). Pulitanò pare invece pensare che l'agevolazione al suicidio, per la parte svoltasi in Italia, non costituisce un 'frammento di condotta' che rende punibile l'agente nonostante l'ordinamento straniero non punisca l'aiuto al suicidio. Questo perché, se l'evento che rende l'agevolazione punibile, il suicidio, ha luogo all'estero, dove la condotta di aiuto non è punita, di quest'ultima viene meno l'intero disvalore penale, onde non residua la possibilità di pensare a una condotta di agevolazione, e tantomeno a un suo 'frammento' punibile in quanto svoltosi in Italia.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

surrogazione né per aver richiesto in Italia la trascrizione dell'atto di nascita del figlio. In particolare, la domanda di trascrizione, proprio per la conformità alla *lex loci* del documento di nascita, non configura reato di falso, anche se rimane d'altro canto ferma la possibilità che il documento sia impugnato sul piano civile per difetto di veridicità²⁷.

Nel caso che ci occupa, la linea dell'errore scusabile era esclusa dall'auto-denuncia di Cappato, che rendeva evidente come egli non dubitasse della propria incriminabilità; l'evento suicidio, non di meno, è accaduto all'estero, dove l'aiuto non è punito. Allora, se è vero che «riconoscere come rilevante anche per l'ordinamento italiano la legittimità secondo la legge del luogo è soluzione rispettosa dei limiti della potestà dello Stato, e della dignità di scelte personali che hanno comunque tenuto conto della dimensione giuridica»²⁸, forse la Procura milanese avrebbe dovuto tener conto in modo più approfondito di un principio che, nei termini esposti, è di civiltà penale generale e, come tale, non è pieghevole alle intenzioni soggettive dell'agente: il fatto che questi non invochi la propria non punibilità non significa che questa non possa essere comunque rilevata.

Non tener conto della *lex loci* ha avuto dunque come conseguenza che è stata elusa «una ragionevole ermeneutica del diritto vigente: del codice Rocco inserito in un universo di democrazia liberale», che avrebbe permesso «rispetto al conflitto *di principio* una mossa sdrammatizzante»²⁹.

²⁷ Non entriamo in una analisi dettagliata di questa complessa giurisprudenza, rinviando a A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, Milano-Udine, 2020, p. 150 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della maternità surrogata*, Napoli, 2020, spec. p. 226 ss.

²⁸ D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 74-5.

²⁹ D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 74. Anche la Corte costituzionale non ha dato alcun rilievo al punto mentre «avrebbe potuto dare rilievo al fatto che il suicidio è avvenuto in Svizzera dove (...) la pratica è del tutto lecita» come osserva Dal Canto, *Il caso Cappato*, p.1-2. Secondo Dal Canto ciò avrebbe permesso alla Corte di «dare una dichiarazione di incostituzionalità cucita sul caso concreto», ma, come osserva l'A. e anche qui sosterrò, il punto è che il caso concreto non ha relazione con la sentenza. Come cercherò di chiarire, «sdrammatizzare» era, a mio giudizio, un intento pregevole perché coincidente con un più accurato (in quanto più *misurato* nel riscontro con le

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Il ruolo liminare svolto nel caso considerato dal tema, invece fondamentale, della *lex loci* può essere un segnale di come il carattere strategico del processo si traduca in un condizionamento delle sue dinamiche, in particolare dei suoi itinerari logici, da parte dell'indagato/imputato, che sembra tenerne, per così dire, il timone. Al rilievo circa le timidezze della Procura sul punto della *lex loci* forse non è peregrino accostare quello circa il disinteresse dimostrato dall'accusato per questo elemento, al quale un 'vero' indagato non avrebbe mancato di appellarsi³⁰. Per un complesso di concorrenti ragioni (la Procura non può argomentare l'errore scusabile di Cappato, che si è autoaccusato; tanto meno lo fa lui stesso; né l'accusa né la difesa danno altrimenti rilievo alla *lex loci*) si è ottenuta dal processo *l'immagine di un ordinamento che perseguita i suoi cittadini anche fuori dei confini*. È un'immagine poco veritiera, se si tiene conto che in vicende molto simili l'ordinamento si orienta nel senso della non punibilità, come avviene nei casi di coloro che, così come Fabiano Antoniani si è recato all'estero per acquistare una prestazione di morte, vi si recano per acquistare una prestazione di maternità surrogata, e che, in nome della *lex loci*, non possono essere perseguiti per averlo fatto.

Il riferimento al principio della *lex loci* avrebbe dunque forse conferito all'argomentazione degli inquirenti nel senso

cese), governo dei principi che sono stati spesi in materia (libertà, dignità, autodeterminazione).

³⁰ Le vie difensive di un 'vero' imputato erano molteplici; poteva per esempio sostenere: di avere solo 'parlato' a Antoniani della clinica svizzera, peraltro reperibilissima da chiunque su Internet (il *leaflet* illustrativo della clinica svizzera fu peraltro inviato a casa della di lui fidanzata, che lo aveva richiesto); di avere guidato la macchina spinto dall'intento di aiutare due donne troppo provate e sofferenti; di aver perduto, comunque, una volta entrati in clinica, ogni possibilità di influire sulla situazione e il suo esito; di essere moralmente contrario al suicidio e aver cercato di dissuadere Antoniani (una linea difensiva certo impossibile per un membro dell'Associazione Coscioni, ma percorribile da un vero 'imputato' in un processo sorto come nella normalità delle ipotesi *suo malgrado*). La madre e la fidanzata, se indagate, avrebbero potuto sostenere di avere agito per motivi etici, di avere fatto di tutto per evitare il suicidio, di non aver potuto opporsi all'ultimo desiderio di una persona amata, e a loro volta di non essere state di alcun modo di aiuto al suicidio una volta entrate nella clinica e consegnato il loro caro al personale medico.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

dell'archiviazione, «lodevole ma non convincente»³¹, la forza che le manca. A questa considerazione se ne può aggiungere un'altra, ovverosia che è chiaro, d'altro canto, che una cosa è agire «tenendo conto della dimensione giuridica» per andare all'estero a fare qualcosa che in Italia è vietato e giovare della non punibilità grazie al principio della *lex loci*; altra cosa è basarsi su un atto o un rapporto giuridico, che si è inteso formare all'estero perché in Italia non è consentito, onde guadagnare in Italia precisamente *le conseguenze* che il diritto italiano, vietando quel comportamento, intende impedire, come, nel caso ora in esame, la legalizzazione del suicidio assistito, e in altri casi la formazione di un legame di filiazione pieno, in tutto analogo alla filiazione naturale, sulla base del ricorso alla surrogazione di maternità³². In queste ipotesi il quadro giuridico non è «tenuto presente», e si realizzano le tipiche circostanze su cui *Nemo audiatur* richiama l'attenzione, e cioè l'utilizzazione del processo, che dovrebbe tendere all'attuazione del diritto³³, per consolidare pretese radicate nella violazione del diritto.

³¹ R. E. OMODEI, *L'istigazione*, p. 149.

³² Come si sa, a domande tendenti in questa direzione è attualmente opposto che, per contemperare l'interesse del bambino alla verità del proprio *status filiationis*, da un lato, e, dall'altro lato, quello alla continuità delle relazioni familiari acquisite, nei confronti del genitore non biologico è da percorrersi la via dell'adozione in casi particolari, secondo indicazioni espresse da Corte cost. sent. n. 272/2017 e n. 221/2019.

Considerazione specifica va riservata al diverso tema della fecondazione eterologa con riferimento a donne sole o facenti parte di coppie lesbiche dove una delle due donne abbia partorito e l'altra intenda essere indicata a sua volta come madre. Specialmente in seguito a Corte cost. n. 221/2019, la giurisprudenza si orienta oggi nel senso di riconoscere i certificati di nascita redatti all'estero che menzionino come madre di un bambino sia la partoriente sia la sua compagna, ma nega la possibilità di riconoscere 'due madri' quando il parto sia avvenuto in Italia, e questo, sulla base delle prescrizioni della legge n. 40/2004. Al riguardo v. F. ANGELINI, *Profili costituzionali*, p. 35 ss., che critica la mancata considerazione, da parte della legge, della speciale posizione della donna nella procreazione. Tenendo conto di quest'ultima, da un lato il divieto di accedere alla p.m.a. nei confronti di donne non facenti parte di coppie eterosessuali appare all'A irragionevole, dall'altra il divieto di maternità surrogata appare invece coerente e legittimo. Sul tema, destinato a breve a interrogare la Corte costituzionale che è stata investita da questione simile da Trib. Venezia, II Sez. civ., 3.4.2019, tornerò brevemente nelle conclusioni.

³³ Uso l'espressione 'attuazione' e non 'applicazione' del diritto per tener fermo l'ordine di idee che vengo proponendo, in base al quale, nella ricerca della regola di giudizio, il giudice manovra un complesso di principi il cui operare dovrebbe tendere al

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Da questo punto di vista il mancato ricorso alla *lex loci* nel caso Cappato assume un'ulteriore valenza, in quanto, a ben guardare, esso ha coinciso con il rafforzamento della direzione, presa dal processo, nei confronti della legalizzazione del suicidio assistito. La sottovalutazione della portata scusante della *lex loci*, che poteva condurre all'archiviazione, ha fatto sì che dall'atto, o fatto, compiuto all'estero in quanto non consentito in Italia, non si è ricavata la pretesa, volta *in negativo* alla non punibilità del singolo (e che è anche affermazione di disinteresse dell'ordinamento, di indifferenza rispetto alle scelte regolative compiute in altri Paesi); ma si è ricavata l'indicazione *in positivo* della doverosità di una modifica dell'ordinamento che legalizzi la condotta in discorso, doverosità tanto più forte in quanto quella condotta è altrove consentita³⁴. La battaglia di principio per riconoscere in positivo il diritto di morire con l'aiuto di altri, se non la libertà di suicidio, negati dal codice "fascista", si è così sostituita al lavoro di ricostruzione delle possibilità ricavabili dal sistema per escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio, in un caso nel quale, per più versi, né la fattispecie delineata dalla norma né il suo fine general-preventivo parevano ricorrere.

Né è del resto facile argomentare convincentemente per l'archiviazione, quando il collegio difensivo spinge per l'incriminazione³⁵. Inoltre, quando un caso ha un impatto mediatico enorme si può comprendere che il giudice ritenga più dannoso archivarlo che promuovere il processo; questo può spiegare quella certa sottovalutazione degli elementi che deponavano per l'inoffensività della condotta di Cappato, che è stata rinvenuta nella argomentazione del

mantenimento o al ripristino, nella situazione concreta che viene decisa, di condizioni di fondo, che si risolvono nel rispetto di coordinate di eguaglianza e non arbitrarietà, attraverso le quali nel singolo caso vivono i valori, o i principi, comuni a tutti, in questo senso generali, del diritto.

³⁴ E dunque il nostro Paese è 'arretrato' rispetto a altri più 'progrediti'.

³⁵ Prisco, *Il caso Cappato*, p. 162, ricorda che quando la Procura della Repubblica è giunta a formulare l'imputazione, dopo il respingimento della richiesta di archiviazione, e lo ha fatto con una ordinanza molto articolata, quest'ultima è stata «assecondata da una memoria sostanzialmente in termini della difesa».

Gip³⁶. Date le dimensioni assunte dalla vicenda presso l'opinione pubblica, ben si può immaginare che si sia prospettata alla mente del giudice la preoccupazione, che poi la Corte costituzionale ha esplicitato e fatto propria, che dal processo corresse il messaggio di una *interpretatio abrogans* dell'art. 580 c.p. nella parte relativa all'agevolazione, che poteva aprire la via al pericolo di abusi, o a un *far west* delle prestazioni di aiuto al suicidio³⁷. È anche vero, però, che mentre, la preoccupazione di dar corso a interpretazioni non volute era pienamente legittima e comprensibile presso il Gip, che non ha alcun controllo o influenza sugli orientamenti generali, molto meno lo è presso la Corte costituzionale, per definizione ha le risorse per contribuire a plasmarli³⁸.

³⁶ Da Bernardoni, *Aiuto al suicidio: il Gip rigetta la richiesta di archiviazione*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 5/2017, p. 381 ss.

³⁷ Chi scrive ritiene che la via dell'archiviazione, purtroppo divenuta nel caso di specie impossibile e anche nei fatti sconsigliata, ma in altri casi seguita, fosse la soluzione preferibile dal punto di vista giuridico e anche dell'opportunità. In primo luogo, si trattava forse della soluzione più vicina a un senso comune, che tra i due estremi (il divieto di essere aiutati a morire, la legalizzazione di un principio che fragilizza l'eguale dignità della vita) sembra propendere per l'idea che la sobrietà, specie intorno alle vicende ultimative, sia l'atteggiamento più appropriato (mi paiono in questo senso, in dottrina, segnatamente le opinioni di Prisco e di Politi). In secondo luogo, si trattava anche della soluzione non rinunciataria rispetto all'idea che un controllo giurisdizionale – che a seconda delle circostanze del fatto potrà giungere all'archiviazione, o viceversa allo svolgimento del processo – sia esercitabile in questi 'casi difficili', in cui si tratta di riscontrare comportamenti alla luce da un modello di condotta individuato come preferibile, che aiuta a discriminare il penalmente rilevante dal penalmente irrilevante o il lecito dall'illecito. La vicenda Cappato in realtà si è risolta, come verrò dicendo, nella rinuncia, da parte del giudice, e anche della Corte, a elaborare un simile modello di condotta, il quale non può essere delucidato se non tenendo conto (osservandoli e valutandoli) dei comportamenti di singole persone nelle concrete circostanze delle relazioni che le legano.

³⁸ Dimostrando in effetti una non completa fiducia in se stessa, e cioè nella forza della sua parola, nell'ord. n. 207 la Corte esclude, implicitamente, la possibilità di ricorrere a una interpretativa di rigetto con l'argomento che se essa si limitasse alla «mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti» di dati soggetti, «in assenza di una specifica disciplina della materia qualsiasi soggetto, anche non esercente una professione sanitaria, potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o anche a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Torneremo più avanti sulla rinuncia della Corte a emettere una decisione interpretativa di rigetto; per ora, e per concludere sul punto del mancato richiamo nel processo *a quo* al «principio di civiltà» della *lex loci*, vorrei aggiungere che la sottovalutazione di questo principio, che è contenuto nel codice penale, coincide col dominare di uno sguardo negativo nei confronti del codice penale ‘fascista’, sguardo negativo che risulta funzionale all’istituzione della narrativa “libertà contro autorità” su cui si impernia la vicenda³⁹. La Corte d’Assise, come abbiamo visto, imbraccia con grande convinzione l’argomento della ‘norma fascista’; argomento che, forse è il caso di dirlo, può avere un peso in denunce politiche, o sul terreno mediatico, ma è piuttosto tenue in un’aula di giustizia, dal momento che «andare a cercare le motivazioni del legislatore storico (il regime fascista) ... non può essere una chiave di lettura dei principi costituzionali, né un buon approccio alle etiche del 21° secolo e all’interpretazione sistematica dell’ordinamento vigente»⁴⁰. Per contrapporre i principi costituzionali di libertà a quelli totalitari fascisti, che vogliono la persona e la sua vita ‘proprietà’ dello Stato, e dunque conculcano la libertà di darsi la morte, la Corte d’Assise rivendica in particolare, come abbiamo appena visto, che ogni persona è proprietà solo di se stessa. La Corte d’Assise afferma infatti che l’agevolazione al suicidio, se non ha inciso sul procedimento deliberativo, non è punibile in alcun caso (a meno che non siano integrati altri profili, come il traffico di droga o di stupefacenti). Come ho già sottolineato, e in molti hanno notato, la Corte non dà alcun rilievo alla situazione del suicida, Antoniani, alle sue limitate capacità di movimento e quindi al suo bisogno della cooperazione altrui, elementi invece

autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa, e dell’irreversibilità della patologia da cui sono affetti».

³⁹ Cfr. Canale, in *Forum sull’ordinanza Cappato*, p. 219, annota che l’imputato ha «dichiarato la sua insolita soddisfazione di fronte alla decisione del Gip di non accettare la richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero e di imporre a quest’ultimo la formulazione del rinvio a giudizio, affermando che finalmente col suo processo si poteva processare una legge fascista» (corsivo aggiunto). Sul codice Rocco «fondato su valori opposti a quelli della nostra Costituzione», insiste per esempio M. D’AMICO, *Il ‘fine vita’*, p. 294, supportiva alla logica della lite strategica.

⁴⁰ D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 67.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

sensibili per qualificare la condotta dell'aiutante, e afferma che «proprio il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva preso la sua scelta liberamente e consapevolmente. In questo caso la condotta dell'agente 'agevolatore' si pone come *strumento per la realizzazione di quanto deciso dal soggetto che esercita la sua libertà* e risulta di conseguenza non lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma in esame» (Corsivi aggiunti).

Riprendendo la Cassazione sul caso Englaro, il giudice assume che il principio personalista, che vede a base del diritto al suicidio, «vieta ogni strumentalizzazione della persona per alcun fine eteronomo e assorbente». Tale (eteronoma e assorbente) diventa però nella sua argomentazione la volontà di taluno, quando diviene per l'altro la fonte di un obbligo che lo annulla a mezzo per il perseguimento di un fine altrui. Descrivendo l'agevolatore come *strumento* la Corte d'Assise consente al singolo – alla sua autodeterminazione – di fare a un altro essere umano quello che mai a un essere umano potrebbe fare 'l'autorità': davanti all'autodeterminazione dell'uno, l'altro si riduce a esecutore inanimato⁴¹. La Corte d'Assise così interpreta, o riduce, il principio

⁴¹ Sul come la riduzione della persona a strumento di un fine altrui sia inconciliabile con la visione costituzionale, perché questa è imperniata sul binomio libertà e uguaglianza v. felicemente F. ANGELINI, *Profili costituzionali*, p. 70, con ulteriori richiami; è questa una «traiettoria» fondamentale nell'articolazione del concetto di dignità in specie per come declinato nella nostra cultura: A. DI MARTINO, *Profili costituzionali*, p. 156, anche per gli aspetti comparatistici. Su come d'altro canto sia caratteristica precipua del pensiero neoliberale spezzare la relazione tra libertà e uguaglianza v. O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, spec. p. 98 ss. In effetti, se ragionare di diritti può avere come esito ridurre l'altro a strumento della volontà (del diritto/potere) dell'uno, poco vi può essere di più convincente a dimostrare che «la proliferazione dei diritti non è di per sé un dato positivo né garantisce di per sé una migliore tutela della dignità della persona umana»: M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. del Dir., Aggiornamenti, ad vocem*, Milano, 2016, p. 452. Nel senso che «Oggi il problema più grande e delicato è quello di preservare la natura dei diritti individuali come garanzia della persona umana nei confronti di ogni forma di potere, preservandoli dal rischio di diventare essi stessi uno strumento di esercizio del potere sulla persona umana» rifletteva M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

personalista all'autodeterminazione, in chiave volontarista; e non esita ad applicare la dinamica diritto/obbligo a situazioni, relazionali, di intensa complessità e dove è in gioco, da entrambe le parti, la coscienza. Si potrebbe ben dubitare che quella predicata dalla Corte d'Assise corrisponda alla visione costituzionale della persona e delle relazioni umane⁴², ma allora, se l'interpretazione adeguatrice dell'art. 580 è apparsa impossibile alla Corte d'Assise, ciò par dipendere dal fatto che quest'ultima, con la sua *quaestio*, sottoponeva al vaglio della Corte un'interpretazione 'adeguatrice' della Costituzione, e adeguatrice, si badi, non ai tempi, o alle domande di giustizia, o ad innovative concezioni, ma a concezioni che affermano un'idea di autodeterminazione intesa in senso potestativo, orientate da presupposti schiettamente individualistici che, si può dire, esistono da sempre, ma non consta siano state sposate dalla 'tavola' costituzionale⁴³. Si potrebbe

Stato Chiese Pluralismo confessionale, 1/2011, p. 1 ss, p. 19. È stato fatto notare come «l'acritica e esasperata tutela di un diritto porti con sé 'la negazione dei diritti in nome dei diritti'» (A. SPADARO, *I due volti del costituzionalismo davanti al principio di autodeterminazione*, in *Pol. Dir.*, 3/2014 p. 439, rinviando a G. PALOMBELLA, in *Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights*, The Hague, 2006, p. 5 ss.) e che «lo stesso ragionamento può farsi per la gran parte di ogni altra situazione giuridica attiva, espressione di c.d. autodeterminazione». Con riferimento al caso Cappato segnala il problema del dovere di uccidere correlato al diritto al suicidio G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni*, in *Forum di Quad. Cost.*, 19.6.2019, p. 1 ss.

⁴² «È tutta da dimostrare l'esistenza del bene giuridico [il diritto di autodeterminazione e quindi al suicidio] di cui parla il giudice *a quo*, dato, invece, per *ius receptum* alla luce delle fonti richiamate dall'ordinanza»: A. MORRONE, *Introduzione*, p. 5 e 6, che, scrivendo all'epoca del sollevamento della questione, considerava «evidente il carattere malfermo della prognosi sulla "non manifesta infondatezza": il dubbio sussiste perché il giudice *a quo* riconosce come diritto un bene che, tuttavia, nella Costituzione e nel diritto vivente giurisprudenziale semplicemente non esiste». Per l'A. l'ordinanza della Corte d'Assise incorre in particolare nel limite teorico di scambiare libertà con diritto soggettivo laddove vi sono comportamenti liberi, in quanto leciti, che però sono protetti in quanto «contro la vita umana» (*ib.*, p. 12).

⁴³ Già Francisco De Vitoria – che in nome dell'universalismo dei diritti giustificava come si sa il colonialismo – ha sostenuto che se la vittima consente alla propria uccisione non vi è *iniuria*: Milazzo, "*Volenti non fit iniuria*", 2011, p. 1 ss., p. 7 (reperibile su *academia.edu*). Nel ragionare della Corte d'Assise si avverte in effetti piuttosto chiaramente l'intervenire della regola *Volenti non fit iniuria*, declinata in una logica moderna, formalizzata che ne fa l'espressione del dogma dell'autodeterminazione (cfr. *supra*, nota 124). Tanto che, ed è interessante rilevarlo,

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

dire che il processo finisce così per dare non una rappresentazione dei vizi della legge alla luce della Costituzione, delle sue condivise e assodate concezioni, ma *della Costituzione alla luce di un'ideologia*⁴⁴, del tutto affine a quella che sostiene tutta la lite. Per questo, come dicevo, alla Corte d'Assise non pare meritevole di considerazione la ricerca di modelli interpretativi 'miti', che pure impegna la giurisprudenza di merito in casi analoghi. Per questa stessa ragione la sua osservazione del modo in cui la norma vive nell'ordinamento, così come degli orientamenti di quest'ultimo, risulta non del tutto imparziale, sicché il giudice non pare, come dovrebbe, decentrarsi dal proprio punto di vista, ma al contrario, lo mette in primo piano.

In effetti la Corte 'Assise non fa molto per ricondurre la sua visione della persona e della libertà all'ordinamento costituzionale, ma rimette la maggior parte dei suoi argomenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁵, le cui sentenze paiono intese a loro volta come disposizioni, norme, prescrizioni, e non 'precedenti' calati in contesti⁴⁶.

nella sua memoria l'avvocato difensore di Cappato, il Prof. Manes, forse avvertendo che il richiamo troppo evidente a questo 'dogma' potesse nuocere al successo della questione di legittimità sull'art. 580, precisa che la questione non tende a chiedere alla Corte «di accogliere un liberalismo sfrenato dove tutto è rimesso al consenso (*Volenti non fit iniuria*) e tutto è consentito» (*Aiuto a morire*, p. 55).

⁴⁴ L'ideologia, come si sa, fu un movimento di pensiero espressivo dell'illuminismo razionalista, materialista, liberista e utilitarista; la nostra Costituzione accoglie invece una concezione «spiritualistica dell'uomo» (Mazziotti di Celso e Salerno, *Istituzioni di diritto pubblico*, 5° ed., Padova, 2010, p. 161). Sicché si potrebbe anche dire che la questione della Corte d'Assise è sollevata alla luce *dell'ideologia*.

⁴⁵ Si tratta delle decisioni *Pretty c. UK* (2002); *Haas c. Svizzera* (2011); *Gross c. Svizzera* (2013). La Corte d'Assise cita anche, com'è noto, decisioni provenienti dal Regno Unito e dal Canada.

⁴⁶ La sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale aveva pur già ricordato «il predominio assiologico della Costituzione italiana» sulla Cedu; l'indicazione, che non dovrebbe essere intesa in senso gerarchico, ma nella logica del preferibile (usare il patrimonio sovranazionale in una direzione schiarita dagli orientamenti discendenti dal nostro patrimonio costituzionale come storicamente vivente) certamente si indirizza contro una tendenza opposta, a intendere cioè i principi sovranazionali come (gerarchicamente) superiori alla Costituzione, tendenza della quale dà, mi pare, chiara prova la Corte d'Assise di Milano. In effetti la Corte costituzionale, nell'ord. n. 207, svolge una lettura della giurisprudenza di Strasburgo in materia di aiuto al suicidio intesa come ancora imperniata su *Pretty vs Regno Unito*, precedente considerato invece superato dalla Corte d'Assise, e nel quale può essere visto un punto di congiunzione tra

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

L'ordinanza della Corte d'Assise ci conduce così sul terreno delle forme della ragione, che animano le diverse letture del problema dell'aiuto al suicidio; insieme ai capisaldi della dottrina dell'antipaternalismo penale, di quest'ultimo orientamento giuridico appaiono nitidamente gli assiomi, tutti radicati nei dogmi di una razionalità moderna e formalizzata: solo il singolo può avere voce in capitolo sul valore della propria vita, e dunque solo il singolo deve avere il diritto/potere di compiere tutte le scelte conseguenti, e l'ordinamento, se esprime un punto di vista che interferisce con le scelte individuali, può farlo soltanto laddove vi siano motivi "oggettivi" per escludere che la libertà di scelta del soggetto sia piena e libera – come nel caso delle persone in condizioni di particolare "vulnerabilità"⁴⁷ – ma mai in nome di valori condivisi, per definizione o inafferrabili o autoritari. Nella luce relativistica e soggettivizzata della ragione moderna richiamarsi a valori condivisi rappresenta infatti un'intromissione inammissibile nella sfera individuale perché essi si risolvono in *idee* (la vita è preferibile alla morte) indimostrabili se non appellandosi a giudizi opinabili, e cioè a convinzioni/convenzioni sociali, al fondo «irrazionali» alle quali sarebbe arbitrario dare il sostegno del diritto; quest'ultimo è, a sua volta, inteso solo come espressione dell'"autorità" che minaccia le libertà individuali e non come il frutto di esperienze intersoggettive, comuni a tutti, nelle

l'intendimento costituzionale interno e quello sovranazionale del valore della vita. È stato osservato che «la giurisprudenza della Corte EDU potrebbe valorizzarsi in senso esattamente opposto a quello invocato dal giudice *a quo*»: A. MASSARO, *Il 'caso Cappato'*, p. 18. Per MORRONE, *Introduzione*, p. 7, la giurisprudenza della Corte Edu è «interpolata nell'ordinanza, facendo parlare i giudici di Strasburgo una lingua di cui non c'è traccia nelle decisioni più rilevanti». Morrone ricorda anche come «nel contesto della Convenzione europea, il Consiglio d'Europa abbia adottato una Risoluzione (n. 1859 del 25/1/2012), in cui si dice apertamente che l'"eutanasia deve essere sempre proibita"».

⁴⁷ "Vulnerabilità" che peraltro da annoverare in posizione primaria tra gli odierni «dogmi del neoliberalismo», insieme alle declinazioni individualistiche e potestative dell'autodeterminazione: O. GIOLO, *La vulnerabilità neoliberale*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, cur. Giolo e Pastore, Roma, 2018, p. 253 ss. e p. 266.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

quali prendono corpo i principi che il diritto protegge⁴⁸. La dinamica oppositiva autorità/libertà sopprime il punto di vista prudenziale, assumendo il quale si riconosce invece piuttosto facilmente l'indicazione nel senso del preferibile racchiusa in disposizioni quali il divieto di aiuto al suicidio: è *meglio* non uccidere, né aiutare altri a morire perché non è irragionevole il timore che la convivenza, che si basasse sul principio opposto, potrebbe facilmente degenerare. Da quello stesso punto di vista prudenziale il problema che il giurista, che il diritto, deve porsi, nell'accostare la questione della volontà individuale è quello di come darle rilevanza nel modo *più «equilibrato possibile, non nel modo più “esatto” possibile»*⁴⁹.

In una parola, il luogo argomentativo proposto alla Corte costituzionale, quello di sancire in nome della libertà il diritto di scegliere se e come morire e il conseguente obbligo dell'altro, implicava il prendere congedo dalla consapevolezza che «il divieto di uccidere anche chi vi consenta o addirittura lo chieda *protegge lo spazio morale delle relazioni tra le persone*, escludendo che l'uccisione dell'altro possa essere proposta come una possibilità da prendere in considerazione, e in questo senso protegge anche i destinatari del divieto». Consapevolezza la quale spinge piuttosto a domandarsi se, «in una ragionevole regolazione giuridica dei rapporti fra persone, non sia *preferibile* tagliare via un siffatto campo di problemi»⁵⁰.

⁴⁸ La ragione moderna 'soggettivizzata' ripudia le «verità intuitive» che presumono «la possibilità che nella natura delle cose la ragione riconosca se stessa e da questo comportamento scaturisca il retto comportamento dell'uomo»: M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale* (1947), trad. it. Torino, 1969, p. 18, 20, 33; il quale rileva che entro queste premesse «sarebbe quasi impossibile indicare semplicemente nella natura del male e nella natura dell'umanità i motivi che impongono di intraprendere la lotta» contro «anche il più grande dei mali immaginabili» (*ib.*, p. 34). Horkheimer si muove del tutto nel campo della qualità, dove il giudizio, è stato detto mi pare con precisione, si esercita come «apprezzamento senza fini utilitaristici e senza modelli né termini di confronto istituiti» (L. MURARO, *Le amiche di Dio*, Milano, 2014, p. 107).

⁴⁹ Sul punto, tanto fondamentale quanto classico, così si esprime C. BEDUSCHI, *Scritti scelti*, a cura di Nogler e Santucci, Trento, 2017, 196 nt 23.

⁵⁰ D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 65 (corsivo aggiunto); che conduce una profonda disanima delle tesi di Feinberg, padre dell'antipaternalismo penale. Tenendo presente

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

È precisamente questo il consiglio di *Nemo audiatur* che il giudice di merito non ha tenuto presente, e di questo ha risentito il giudizio costituzionale.

5. *Quale regola di giudizio, senza poter osservare la condotta degli uni nella relazione con gli altri? La cattura della Corte nella logica della lite strumentale.*

5.1. *Il caso come 'dato'.*

Per più versi la decisione della Corte (intesa adesso come il complesso delle due) mostra di risentire il condizionamento della lite strategica da cui originava il processo *a quo*: condizionamento che si avverte sia nella lettura del 'caso' sia nella visione del processo, e in particolare del processo costituzionale, che la vicenda ci lascia. La Corte, come vengo dicendo, ha ricevuto dalla Corte d'Assise di Milano una questione imperniata su un luogo argomentativo insidioso: l'idea della libertà come potere, un potere su di sé che riduce l'altro a strumento (una libertà nella disegualianza), e che rimette a insindacabili valutazioni soggettive la scelta sul se continuare o meno a vivere, sul presupposto che non possa esistere un punto di vista comune sulla vita e sul suo valore, una preferenza per la vita. Per la Corte d'Assise se taluno si è liberamente autodeterminato a morire in un dato modo, anche implicante l'aiuto di altri, non si dovrebbe far altro che assecondarlo, dato che si tratta (solo) della 'sua' vita. In questa ottica il divieto di aiuto al suicidio deve essere eliminato perché si traduce nell'attribuire a taluno (posto in condizione di negare l'aiuto richiesto) un potere sull'altro, in un'interferenza nella altrui libertà⁵¹, in forza di valutazioni che sono a loro volta soggettive e relative, e che vengono arbitrariamente rivestite della pretesa di essere 'oggettive', di corrispondere

che alle regole è sottesa la 'logica del preferibile', sottolineo nella frase citata la parola, che consegna questo ordine di idee: una ragionevole regolazione giuridica non può non riferirsi a un mondo di esperienza vissuta, mondo del quale siamo tutti partecipi; grazie a ciò conferiamo senso al diritto, riusciamo ad avvertirlo non solo come prodotto eteronomo e autoritario, e riusciamo a controllarlo.

⁵¹ In ciò si risolve, in questo ordine di idee, rendere rilevante la coscienza dell'altro: cfr., coerentemente l'argomentare di D'Amico sul tema dell'obiezione di coscienza del medico, cui stiamo per venire nel testo: «una coscienza *che avrà potere*» sull'altro, e a cui il diritto fondamentale di autodeterminazione verrà «subordinato» (*Il 'fine vita'*, p. 300).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

cioè a valori condivisi, quando sono in realtà nient'altro che interferenze arbitrarie della collettività e dei suoi pregiudizi nella sfera individuale. È un luogo argomentativo insidioso, e in questo senso 'turpe'. Primo, perché, laddove fosse generalizzato a 'regola' di convivenza, esporrebbe in realtà quest'ultima a percorsi che potrebbero comprometterne il fondamento isonomico e la base personalista (facendo dell'uno lo strumento della volontà dell'altro ed eliminando il rilievo *sociale* delle operazioni della coscienza). Secondo, perché quel luogo argomentativo si fonda su un presupposto che mina la possibilità stessa del giudizio, vale a dire sull'idea che non è possibile, in base a esperienze comuni, sviluppare giudizi condivisi sulle «azioni e sui modi di essere dell'uomo», per riprendere un'espressione di Horkheimer.

La Corte accetta di muoversi in questo luogo argomentativo, sebbene, forse avvertendone la pericolosità, lo riconfiguri e lo riaggiusti. Questo, anche grazie a un soccorso, verosimilmente strategico, della parte privata, che, tenendo fermo il punto secondo cui l'annullamento dell'art. 580 dovrebbe intervenire «quando l'agevolazione ha carattere esecutivo della volontà, liberamente formatasi, della persona» precisava che occorresse tener presente la situazione di chi «versa in una condizione di malattia irreversibile e causa di gravi sofferenze» e di un'agevolazione «strumentale al suicidio di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari»⁵².

Al riguardo si può rilevare che, davanti al Gip, la difesa di Cappato aveva, all'opposto, presentato una questione più ampia di quella prospettata dalla Procura: mentre quest'ultima si riferiva a «malati terminali o con patologie gravissime o irreversibili, quella censurava l'art. 580 per non riconoscere "un diritto al suicidio in ragioni di condizioni di vita ritenute non più dignitose"»⁵³ ed era forse più vicina all'autentico punto di vista dell'associazione cui Cappato appartiene, che pubblicamente si impegna per l'eutanasia libera. La successiva delimitazione della *quaestio* rispetto a quella prospettata dalla Corte d'Assise appare per questo strategica, nel senso di intesa a superare i

⁵² Su come il *petitum* 'troppo ampio' della Corte d'Assise sia stato ristretto dalla difesa dell'imputato v. M. MASSA, *Un'ordinanza*, p. 14.

⁵³ Così riassume S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 165.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

rischi di inammissibilità che potevano aprirsi davanti all'ampia formulazione della Corte d'Assise, e cioè frutto di un calcolo sui termini che avrebbero favorito l'accoglimento della questione di costituzionalità, calcolo il quale detta la formulazione della questione, che viene prescelta anche a costo di non rappresentare con precisione, si direbbe con veracità e sincerità, i valori sostenuti dall'imputato, ciò che preclude un aperto confronto con essi e con tutte le loro implicazioni. I motivi di un simile calcolo sono intuibili: esso si basa sul considerare plausibile che non solo la Corte costituzionale, ma la stessa opinione pubblica fossero più sensibili a un messaggio che esprimesse la volontà di consentire a persone ridotte 'a una vita vegetativa' di scegliere la morte; e meno a uno che tendesse alla liberalizzazione dell'eutanasia. Sotto questo profilo – cioè tenendo conto della riformulazione strategica dei profili di incostituzionalità dell'art. 580 da parte dell'imputato e del loro non riflettere trasparentemente, anche davanti all'opinione pubblica, i fini perseguiti – la vicenda in discorso, nell'intero suo iter, appare piuttosto lontana dall'aver istituito lo spazio del vichiano «scambio del vero nel vero»: né nel processo, né nella sfera pubblica⁵⁴.

⁵⁴ È ovvio che nel processo il calcolo difensivo è ammesso, ma quando lo scopo del processo è interpellare l'opinione pubblica, l'uso di argomenti strategici diventa assai ambigui. Su come, peraltro, le patologie della comunicazione nella sfera pubblica riflettano spesso le patologie del processo, e viceversa, v. F. CERRONE, *Appunti intorno a interpretazione e principi*, in F. CERRONE, G. REPETTO (cur.) *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, in *Quad. fiorentini*, n. 95, Milano, 2012, p. 670 ss., che richiama il nesso tra ragione controversiale e impegno etico per la veracità, particolarmente sottolineato nel pensiero giuliano, nel solco della riflessione vichiana. Sotto il profilo della carenza dell'elemento della 'veracità' nel processo Cappato assumono rilievo anche le notazioni di chi (A. MORRONE, *Introduzione*, p. 8), ha rilevato un carattere contraddittorio e ancipite nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise, in quanto da una parte propugnava l'incostituzionalità del reato di aiuto al suicidio nella sua totalità, dall'altra chiedeva una limitazione della pena per esso prevista. Eppure, è molto importante, nella giurisprudenza costituzionale, il 'principio di sincerità' (M. LUCIANI, *Il principio di sincerità*, in *Pol. Dir.*, 4/2010, p. 575 ss.). Ci si potrebbe chiedere se le liti strategiche, che germinano sul presupposto vero o presunto dell'incapacità delle sedi politiche di rispondere ai bisogni della società, e cioè approfittano di disfunzioni della sfera comunicativa pubblica, siano espressione di una fisiologia, o non piuttosto di una patologia, delle democrazie contemporanee.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Come che sia di ciò, il carattere più circoscritto della questione introdotta dalla parte privata è valso, nel processo davanti alla Corte, a ricondurre il *thema decidendum* in una cornice apparentemente più limitata, permettendo, in particolare, l'introduzione della prospettiva del diritto alla salute e così una declinazione del *thema* come pertinente a situazioni del tutto eccezionali⁵⁵; quel che ha fatto sì che la sentenza sua apparsa ritagliata sul 'caso', come molti hanno sostenuto e come anche la Corte ha sottolineato. Nel rilievo del 'caso' è stato visto da alcuni il segnale di un volgere della giustizia costituzionale verso una sempre maggiore concretezza, che potrebbe implicare sempre maggiori vittorie per i diritti soggettivi⁵⁶, e un sempre migliore adattamento del diritto alla realtà che cambia⁵⁷. Altri, peraltro, hanno all'opposto osservato che la Corte ha fatto un giudizio del tutto astratto⁵⁸.

In effetti, si potrebbe anche rilevare che, se davvero avesse dominato la logica del caso, la decisione avrebbe dovuto essere casistica, non 'normativa'. 'Casistica' nel senso di capace di trarre da e per il caso uno «schema di razionalità», tale da fungere da guida nei casi simili. Il

⁵⁵ Cfr. C. SALAZAR, "Morire sì", p. 578: nelle decisioni Cappato la Corte si riferisce a pazienti medicalizzati, da qui l'introduzione dell'art. 32 Cost. e il risalto della legge n. 219 come *tertium comparationis*. L'art. 32 non era menzionato come parametro dalla Corte d'Assise, ma la Corte costituzionale lo ha ritenuto implicito negli argomenti del remittente; in vero, se il richiamo al diritto alla salute era implicito, lo era, semmai, negli argomenti della parte.

⁵⁶ P. CARNEVALE, *Incappare... in Cappato*, in *Consultaonline*, 2019/III, p. 380, che, riferendosi all'ord. n. 207), vi vede un modello di «giurisdizione costituzionale di diritto soggettivo».

⁵⁷ L'argomento adattativo (per il quale v. anche U. ADAMO, *La Corte è attendista*, in *Forum Quad. Cost.*, 23.11.2018, p. 1 ss. p. 8-9:) va insieme alle giustificazioni strumentali, cui è implicito, cfr. ad es. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, in *Riv. AIC*, n. 2/2019, p. 644 ss., p. 648, decisamente a favore di una lettura 'evolutive' delle regole processuali in funzione delle esigenze del diritto costituzionale sostanziale. Come dirò nelle conclusioni, a queste posizioni è sottesa una concezione strumentale della Costituzione, adattativa, concezione che del resto risale all'intendimento della Costituzione come norma, che fatalmente la pone all'inseguimento della realtà che cambia.

⁵⁸ Cfr. in particolare, e con diverse accentuazioni che qui non si analizzano: C. PANZERA, *L'ordinanza 'una e trina'*, in *Forum Quad. Cost.*, 7.6.2019, p. 1 ss.; DAL CANTO, *Il 'caso Cappato'*, p. 8.; E. MALFATTI, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 233.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

fatto che la Corte abbia emesso due dispositivi, uno per il futuro, e uno per il passato (e cioè per il ‘caso’)⁵⁹ depone nel senso che la sentenza non abbia avuto una virtù ‘casistica’, ma piuttosto una propensione normativa: la sentenza infatti vale per casi diversi da quelli oggetto del suo giudizio, che si configurano perciò come fattispecie astratte, sorrette non dal razionale collegamento col caso, ma dalla forza della previsione legislativa, che la Corte anticipa e nei fatti esprime.

È forse l’uso della parola ‘caso’, che andrebbe analizzato. Quando si dice che il ‘caso’, con la sua ‘eccezionalità’ si è imposto, ci si riferisce, sembra, al caso come a un ‘dato’, un fatto oggettivo, nitido, certo, che reca un senso, e un valore, auto-evidente⁶⁰; si sottovaluta che il fatto è, sempre, frutto dell’assegnazione di un valore a una situazione⁶¹, di un esercizio di senso, che coinvolge chi lo ha posto in essere e chi lo osserva per giudicarlo (per individuare il diritto applicabile). C’è il rischio

⁵⁹ Sul doppio dispositivo F. POLITI, *La sent. n. 242/2019*, in *Dirittifondamentali.it.*, 2020/1 (6.3.2020), p. 678 «la Corte vuole assicurare un effetto retroattivo che però sarebbe impossibile con riguardo alla disciplina introdotta dalla Corte stessa».

⁶⁰ In tal modo l’esaltazione dell’importanza dei ‘casi concreti’ non fa che rimandare a presupposti giuspositivi: per i giuspositivisti della fine dell’Ottocento «il richiamo alla positività dei fatti, come caratteristico di un procedimento scientifico anche nel campo degli studi giuridici, era essenziale» e «questa positività non si traduceva in una limitazione dell’indagine giuridica alle sole norme, da intendersi come fatti, poiché tutto il complesso del fenomeno giuridico era da vedersi come aspetto di una più ampia realtà sociale, e perciò da essere studiato nelle sue relazioni con l’economia, con la sociologia – la nuova scienza nata per effetto della propulsione degli studi positivistic – con la politica insomma con tutti gli altri fattori che influivano e influiscono sulla conformazione delle società» (F. CERRONE, *Sull’esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2016, p. 967-968). Non è un caso che Zagrebelsky, l’Autore cui maggiormente si deve in Italia la riscoperta del ‘caso’, richiami espressamente tra le proprie ascendenze culturali il positivismo sociale (*La giustizia costituzionale*, nuova ed., Bologna, 1988, p. 158). La centralità del ‘caso’, inteso come dato ‘positivo’ può non mettere in discussione la concezione strumentale del diritto, come tecnica servente e subalterna ad altre scienze (o alla società o alla ‘vita’), e può rimanere interna alla ‘pregiudiziale logica’ secondo la quale cui il diritto è mera tecnica.

⁶¹ A. GIULIANI, *La controversia*, Pavia, 1966, p. 122: «La natura del fatto è un atto di creazione umana: esso implica l’assegnazione di valore a una situazione»; sul passo, dove anche si legge «ecco perché la natura delle cose di cui parla il dialettico, lungi dall’essere il dominio della necessità, è quello della libertà umana», v. F. CERRONE, *Sull’esperienza*, p. 1005 e nota 98.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

altrimenti, come scrivevo in precedenza, di spegnere la *quaestio iuris* in *quaestio facti*; ed in effetti è questa la logica della lite strategica, che ci mostra un ‘caso’ alla ricerca di un ‘dettato legislativo’ che lo comprenda, dettato il cui contenuto si prospetta, per opposizione, già *mediante* il caso. Il caso del quale si fa bandiera la lite strategica, e su cui si impernia il processo *a quo*, il caso della persona costretta a continuare a vivere dal codice penale, introduce una lettura a senso unico del divieto di aiuto al suicidio, per cui esso ha questa e questa sola *ratio*, quella di imporre il dovere di vivere anche quando la vita diviene insopportabile; il ‘caso’ addita così perentoriamente nel riconoscimento della libertà di darsi la morte *l’unica* soluzione corretta. Il ‘caso’ viene prescelto perché considerato dotato di una tale *evidenza* per cui nessun dubbio può sorgere sul suo senso, che risulta, per così dire, preassegnato. In tal modo però, nonostante la sua ‘singolarità’ il caso perde i suoi caratteri di «evento unico», che come tale richiede un ancoraggio topico, attento ai suoi elementi circostanziali, alla sua specifica qualità, e cioè l’approccio proprio del giudizio; il caso diviene, invece, rappresentativo di una «classe di eventi», l’espressione di una tipicità sociale, vale a dire coincide con il materiale a cui tipicamente si riferisce la normazione⁶².

L’importante condizionamento impresso su tutto l’itinerario processuale, fin davanti alla Corte, dal provenire del caso da una lite strumentale, è precisamente questo: la difficoltà di discutere il senso del caso in modo aperto, problematico, libero (e cioè in un contesto di piena comunicazione intersoggettiva); la difficoltà di chiedersi se il caso fosse davvero osservato, descritto e quindi interpretato nel modo in tutti i sensi più corretto riguardandolo come una condotta di aiuto al suicidio cui era sotteso il ‘valore’ dell’autodeterminazione del singolo in solitaria “lotta per il diritto” contro il ‘Potere’.

5.2. *Mitologie dell’autodeterminazione: quale libertà è coinvolta dal divieto di aiuto al suicidio?*

⁶² Cerrone, *Sull’esperienza*, p. 1003.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

A questo riguardo è utile riconsiderare la premessa sulla quale tutta la vicenda processuale si snoda, e che la Corte riceve dal processo *a quo* e non discute: la netta distinzione tra le due situazioni di istigazione al suicidio e agevolazione della sua esecuzione. Questa netta distinzione è fondata sulla premessa che l'agevolazione può non avere alcuna influenza sul procedimento deliberativo e viene affermata senza dare rilevanza al *rapporto che intercorre tra l'aiutante e l'aiutato*. Se, rispetto alla *quaestio*, la Corte costituzionale recupera attenzione alla posizione di chi *chiede l'aiuto*, trascurata dalla Corte d'Assise, a sua volta conserva completo silenzio sulla posizione *dell'aiutante*.

Come si ricorderà, la tesi secondo cui può esistere un'agevolazione al suicidio *che non ha alcuna influenza sul procedimento deliberativo* è affermata dalla Corte di Cassazione e condivisa dalla Corte d'Assise, con la differenza che mentre la Corte di Cassazione la afferma per incriminare anche le condotte di agevolazione, che non incidono sul procedimento deliberativo, la Corte d'Assise la afferma per escludere queste condotte dalla punibilità: si intende così far risaltare la libertà della persona che si autodetermina al suicidio.

Si potrebbe osservare che il punto di vista della Cassazione e quello opposto della Corte d'Assise sono accomunati da un certo grado di *astrattezza*. In effetti, è piuttosto difficile negare che, all'atto pratico, se una persona sa che un'altra la aiuterà a suicidarsi questo ovviamente incide anche sul processo deliberativo. Ad esempio, se Tizio sa che Caio è disponibile a portarlo in Svizzera si determinerà sempre di più a morire nel modo in cui la clinica svizzera lo rende possibile, anziché a farlo staccando il respiratore. Ovverosia, si determinerà ancor più al suicidio, se, come nel caso di Fabiano Antoniani, non vorrebbe morire passando attraverso la lunga e pur incosciente agonia che conseguirebbe al distacco del respiratore e alla sedazione profonda, e potrebbe forse rinunciare al proposito suicida, se questa fosse l'unica possibilità per realizzarlo. Invero, se istigazione e agevolazione possono certamente esprimersi in condotte diverse, esse sono anche come il più che comprende il meno; una persona può certamente istigare un'altra al suicidio ("faresti meglio ad ammazzarti") senza agevolarla materialmente, e in questo senso senza

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

dare un aiuto al suicidio, ma non sembra molto plausibile l'ipotesi inversa: l'aiuto materiale, che non può aver luogo se non previa comunicazione dell'intento di aiutare, ha anche un significato agevolante sul piano morale ("Vuoi ammazzarti? Ecco qui l'arma": il "Nulla in contrario" può rimanere implicito, ma c'è). Sotto questo aspetto l'aiuto al suicidio è una forma di consenso al suicidio altrui, e quindi un supporto morale che ha un'influenza sulla determinazione suicidaria. Questo è precisamente l'aspetto a cancellare o rimuovere il quale si rivolge la definizione dell'agevolatore come strumento introdotta dalla Corte d'Assise. Questa definizione è intesa a dimostrare che, siccome la persona si determina *da sola* al suicidio, l'agevolatore ha solo un ruolo meccanico e passivo; l'agevolatore come mero 'strumento' corrisponde all'esaltazione del carattere solitario (autodeterminato) della libertà in quanto volontà, non solo, ma anche, quando si indirizza al suicidio («espressione massima della libertà», per la Corte d'Assise)⁶³. È questo il punto che l'intera vicenda, per come narrata, mette in primo piano: lo stesso Cappato sostiene che Antonioni si era già determinato, e pertanto egli era stato solo strumento della sua volontà e, di questo, prove non mancano di essere fornite nel processo⁶⁴.

Nelle narrazioni che si impernano sull'autodeterminazione dell'uno, della quale l'altro si fa esecutore, non si tiene conto del fatto che nel momento in cui io mi faccio 'strumento' della volontà altrui i casi sono due: *o sono davvero solo 'strumento' cioè macchina, ovvero cosa*, oppure *non sono solo strumento, ma sono soggetto pensante, cosciente, che, in forza di un orientamento verso ciò che sente di dover, e perciò di voler, fare, accetta l'altrui decisione e la condivide al punto di aiutarne l'esecuzione*. Ma allora si vede che, a voler davvero assumere un punto di vista personalista, e cioè a voler ragionare delle persone (di tutte e

⁶³ La condotta di aiuto, nei termini della Corte d'Assise, «è un mero strumento, sicché l'agente diventa una sorta di proiezione del soggetto passivo impedito fisicamente (anzi: il soggetto passivo diventa soggetto attivo, è lui stesso che uccide se stesso)», nota A. MORRONE, *Introduzione*, p. 8.

⁶⁴ Come la Procura, la Corte d'Assise assume le testimonianze della madre e della fidanzata di Antoniani, che depongono nel senso che questi aveva deciso di suicidarsi prima di incontrare Cappato e di venire a conoscenza della clinica svizzera.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

sempre, non solo nei rapporti tra ‘cittadino’ e ‘Stato’, ma in primo luogo nelle relazioni *tra* le persone), a voler ragionare, dicevo, delle persone *non* come strumenti, chi aiuta un altro a suicidarsi, per esempio fornendogli l’arma, esprime anche un sostegno morale, che inevitabilmente l’aspirante suicida avverte e che proviene dal consenso altrui al proprio gesto, implicito nel supporto offerto⁶⁵. Non solo l’aiuto ha o può avere un significato morale di sostegno, ma in ciò può risolversi quando, come nel caso di specie, non si trova in un effettivo rapporto causale con l’evento della morte e si traduce nel solo fatto di essere ‘con’ la persona che si suicida nel momento in cui si reca verso il luogo in cui la morte avverrà e nel momento in cui se la procura. L’aiuto al suicidio coincide in questi casi con una forma di sostegno morale, sul cui appoggio l’aspirante suicida confida (può essere la forza comunicata dalla certezza di non essere soli nell’ultimo momento), risolvendosi così l’aiuto in una ‘istigazione’ (perché già il sapere che quando mi ucciderò non sarò solo può aiutarmi a determinarmi). Promesse, gesti e azioni concernenti il momento e il modo dell’esecuzione del suicidio (“ti accompagnerò, sarò con te, non aver paura”) facilitano la decisione.

Che questa dimensione fosse presente nel caso di specie emerge da tanti passaggi della sentenza della Corte d’Assise, dove si rileva (sebbene con l’intento, opposto, di dimostrare l’autonomia del processo deliberativo di Antoniani), che egli ha potuto «attingere *sostegno* in tante altre persone per ponderare bene le sue decisioni» (è questo, anche, l’unico passaggio in cui si precisa che egli è stato «costretto a fare ricorso a un soggetto terzo solo perché impossibilitato a realizzare da solo quanto ha deciso»), o dove per contro si rileva che anche la fidanzata di

⁶⁵ In casi terribili, un tale supporto può essere anche quello consistente nel fatto che il suicida, vedendo che altri sono disposti ad aiutarlo a morire, ne ricava la conferma che veramente la sua vita non vale la pena di essere vissuta. Il codice penale, che imputa l’aiutante sul presupposto della *consapevolezza* (cioè dell’aver cognizione, *coscienza*) che la sua azione incide su un progetto suicidario, è da questo punto di vista assai più ‘personalista’ delle tesi cd *liberal*, che vorrebbero l’aiutante scusato, in quanto agente in realtà inanimato. Nel fraseggio di chi aderisce alla spiegazione del diritto al suicidio in termini di autodeterminazione non è casuale il ruolo dell’altro, di chi aiuta, sia descritto come «supporto materiale» (I. PELLIZZONE, *L’aiuto al suicidio*, in *Seminario preventivo*, p. 33 ss., p. 38).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Antoniani, Valeria Imbrogno, sarebbe imputabile per agevolazione avendo reperito i materiali informativi, avendo parlato con Antoniani della sua possibile decisione, non senza peraltro aver anche provato a dissuaderlo, e in sostanza avendogli fornito «un aiuto a ponderare bene le sue scelte» (enfasi aggiunta). Pur ispirata da una concezione potestativa e solitaria dell'autodeterminazione, la Corte d'Assise non può che restituire, ricostruendo la vicenda, il fatto che *per 'autodeterminarsi' Antoniani ha avuto bisogno di 'confrontarsi' con gli altri*, ricercandone il sostegno morale (non per forza l'approvazione). E del resto: «in un processo motivazionale così complesso come quello che conduce a darsi la morte, è indubbiamente complicato individuare i contorni di un aiuto meramente materiale che non si traduca anche, sia pur indirettamente, in un supporto morale offerto all'aspirante suicida in un momento tanto doloroso»⁶⁶.

La Corte costituzionale sposa a sua volta l'idea della netta distinzione tra istigazione e aiuto (e, come tornerò a dire, sposa la sottesa idea dell'autodeterminazione come funzione della volontà solitaria e autosufficiente⁶⁷). Cionondimeno, il legame tra aiuto⁶⁸ e istigazione affiora anche nel suo ragionamento, in cui è stato rilevato come contraddizione logica. La Corte ha infatti argomentato che la giustificazione del reato di aiuto al suicidio consiste nella protezione dei soggetti deboli e vulnerabili, i quali, *in ragione delle loro condizioni*, potrebbero «a) essere più facilmente spinti da altri a commettere il suicidio ovvero b) non avere comunque compiuto una scelta libera e consapevole». Ma «l'argomento a) non può attenere alla giustificazione del reato di aiuto al suicidio, ma solo a quello di istigazione (della cui legittimità costituzionale nessuno dubita). L'argomento, infatti, si riferisce espressamente alla possibile "induzione a congedarsi

⁶⁶ A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 18.

⁶⁷ Di tanto che l'unico momento di 'relazione' in rapporto al suicidio è per essa quello in cui taluno coadiuvi «il suicida nell'attuazione del suo proposito. Condotta che fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una *relatio ad alteros* di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita»: ord. n. 207, punto 8.

⁶⁸ D'ora in poi, nel senso di agevolazione all'esecuzione del suicidio.

prematamente dalla vita” che terzi possano (più facilmente) cagionare al soggetto debole e vulnerabile (in ragione delle sue condizioni)».

In critica alla ‘contraddizione’ della Corte è stato rilevato che «è del tutto evidente che qualsiasi condotta in grado di determinare una simile conseguenza resta al di fuori del perimetro della fattispecie del reato di aiuto al suicidio e ricade, invece, in quella che punisce “chiunque determina altri al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio”»⁶⁹. All’opposto, si potrebbe osservare che è la netta distinzione tra le due fattispecie, o meglio il volerle distinguere sulla base di una logica strettamente analitica, che è labile.

La ‘contraddizione’ in cui incorre la Corte quando descrive l’aiuto al suicidio come una forma di istigazione al suicidio è una spia di come l’aiuto influisca inevitabilmente sulla determinazione morale dell’aspirante suicida e di come il presupposto della possibilità di separarli, che ispira la *quaestio*, sia artificioso. L’elemento artificioso consiste nel voler far passare la linea distintiva tra le due fattispecie sul ‘concetto’ di autodeterminazione, allo scopo di esaltarla come processo solitario, anziché sul piano delle condotte: si istiga al suicidio con una azione solo morale, ma si aiuta al suicidio, alla sua esecuzione, con una azione anche materiale, che si estrinseca obiettivamente, e che può andare dal fornire l’arma all’essere ‘con’ nel momento della morte. Da questo punto di vista, da una parte, l’ampiezza della fattispecie dell’art. 580 risulta non del tutto irragionevole ed eccesso di razionalità appare invece quello di voler separare le due ipotesi, specialmente quando ciò sia fatto in astratto, e non per avvalersi di esse per esplorare una condotta determinata (e vagliare quindi se incriminarla, anche in base a un giudizio di prevalenza, come istigazione, o come aiuto, o come entrambi). Dall’altra parte, si avverte però che l’art. 580 c.p. si spinge nella sfera della manifestazione del pensiero e della libertà di coscienza perché finisce per imporre, onde non cadere nell’istigazione al suicidio o

⁶⁹ Così F. BRESCIANI, *La protezione dei deboli e dei vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quad. Cost.*, 2020/1, p. 111 ss., dove anche i virgolettati che precedono.

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

nell'aiuto al suicidio⁷⁰, se non un vero e proprio *dovere di dissuadere*, almeno un dovere di *non parlare* con l'aspirante suicida, che cerca un interlocutore con cui ponderare (o a cui anche solo comunicare) la propria decisione⁷¹. Un'intrusione che appare problematica quando si tenga conto della situazione di persone che si relazionano con una persona amata che vuole darsi la morte, e che è molto diversa da quella di chi, cinico trafficante d'armi o di droghe, fornisce a taluno il mezzo con cui darsi la morte per uno degli innumerevoli motivi che possono spingere in questa tragica direzione e ai quali l'aiutante, pur consapevole dell'intento suicida, rimane del tutto indifferente.

Calato nella prima situazione, l'art. 580, in quanto impone che intorno all'aspirante suicida vi debba essere un cordone di silenzio e di riprovazione nel momento in cui matura la decisione, e di solitudine nel momento in cui la esegue, appare lesivo della libertà di parola e di coscienza di ognuna delle persone coinvolte, della stessa libertà di autodeterminazione del suicida, quale persona. Precisamente, quest'ultimo appare violato *non* nella libertà di disporre di sé (anche per suicidarsi), ma nel diritto e nella libertà di pensare, e di parlare, *di tutto ciò che ci riguarda*, compresa la nostra morte; e la disposizione appare certamente offensiva della dignità del suicida, che davvero sarebbe quell'essere umano che merita in ogni caso di morire in solitudine perché compie un atto riprovevole. Come è stato detto efficacemente: «L'art. 580 c.p. si riferisce a rapporti intersoggettivi, a comunicazioni fra persone. Qui sì, è in gioco *un diritto di entrambe le parti: il diritto di parlare e di ragionare sui problemi del vivere e del morire; anche sul suicidio*. Per incriminazioni che hanno ad oggetto comunicazioni e manifestazioni espressive sul tema del suicidio, ciò pone un problema di limiti di legittimità, che valgono anche come indicazioni ermeneutiche»⁷².

⁷⁰ Che del resto la rubrica della disposizione tiene insieme («Istigazione o aiuto al suicidio»).

⁷¹ Così l'analisi di D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, che intitola un paragrafo alla domanda: «Come parlare con chi pensa al suicidio?», p. 68 ss.

⁷² D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 69. Il fatto che la relazione tra aiutante e aiutato non sia stata considerata come qualificante per interpretare l'art. 580 è da mettere in

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Mentre si avverte che l'art 580 c.p., a seconda dei contesti e cioè delle relazioni in cui la decisione suicidaria prende forma, si spinge troppo oltre, compromettendo la libertà di parola e di coscienza, e in questo senso l'autodeterminazione di tutte le persone coinvolte e la dignità del suicida, si percepisce così che la libertà del suicida non è esercizio solitario della volontà, quale la vorrebbe lo schema della «volontà che si autodetermina» ma *vicenda*, che si svolge nel rapporto con altri. Il fatto è, che noi, esseri umani, abbiamo bisogno degli altri per pensare e per vedere meglio dentro noi stessi e, non di rado, anche *per riuscire a fare quello che pure siamo convintissimi dentro di noi di voler fare*: può dunque il codice penale legittimamente impedire al consorte, al compagno, all'amico di un aspirante suicida di pensare che cosa sarebbe meglio per questa persona, e di ragionarne con lei? Di voler essere *insieme* nell'ultimo momento? Non implica questo un giudizio sulle relazioni retrostanti al suicidio del tutto squilibrato rispetto al modo in cui modo (alcuni, non pochi, sfortunatamente lo fanno per diretta esperienza, ma tutti possiamo immaginarlo) quelle relazioni, in quei casi, si presentano?

parallelo col predominare della logica dell'autodeterminazione, che tende a elidere lo spazio delle problematiche della coscienza; cfr. A. SPADARO, *I due volti*, p. 442 ss.: «credo che occorra fare un uso ben più accorto e moderato proprio dello stesso termine, intrinsecamente volontaristico, quando non aggressivo, di *autodeterminazione*. Se invece si discutesse di *libertà di coscienza* – concetto ben più profondo e mite, ne avremmo tutti, credenti o non, un gran vantaggio. Lavorando sul concetto di libertà di coscienza probabilmente troveremmo più facilmente soluzioni imperfette ma condivise ai rischi di eccessi connessi al principio di autodeterminazione». Tali soluzioni (imperfette ma condivise), sono veicolate, secondo l'A., da concetti e valori contermini a quello della coscienza: «solidarietà, altruismo, eterocentrismo», e, questo, perché «il concetto di *libertà di coscienza* coglie meglio l'idea di un 'io' che cerca di convivere armonicamente con un 'noi'. Passare dall'individualismo volontaristico (autodeterminazione) a un personalismo solidaristico (libertà di coscienza) è un fattore che dovrebbe caratterizzare lo stato costituzionale» (Corsivi A.). È un ordine di idee, lo richiamavamo in precedenza, che, affine a quello in cui affonda la concezione della 'regola di condotta' come scelta del soggetto in ordine a come meglio svolgere le proprie relazioni con gli altri, rivela la profonda affinità di molta parte della nostra interpretazione costituzionale coi presupposti premoderni di una ragione che confida nel *sensus recti ac iniusti*.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Da una parte occorre dire dunque che è vero, ogni parola e ogni atto (e non solo di consenso e di supporto, ma anche di cattiveria e egoismo) può incidere nella formazione della volontà di una persona al suicidio e lo stesso caso di specie dimostra che vi sono aspetti di partecipazione materiale all'esecuzione del suicidio che si risolvono in gesti che, nel linguaggio dell'art. 580, sono 'istigatori' perché corroborano l'intento morale; dall'altra occorre registrare che, in talune situazioni, una repressione penale che volesse punire questi atti punirebbe le relazioni umane e aggredirebbe i presupposti stessi dell'idea di autodeterminazione, o meglio di un'*esperienza concreta dell'autodeterminazione*, che avviene nella relazione e nello scambio con gli altri. Ed è d'altronde questa esperienza che un'idea puramente esecutiva dell'agevolazione nega, contrapponendovi una concezione astratta e irrealistica dell'autodeterminazione.

5.3. La rinuncia a ricercare la regola attraverso la relazione.

Proprio il dominare di questa concezione dell'autodeterminazione ha precluso, sin dal giudizio di merito, e quindi in quello costituzionale, l'adozione di un punto di vista che avrebbe potuto condurre a sindacare l'art. 580 c.p. nella misura in cui punisce atti di manifestazione del pensiero, anche espressi mediante comportamenti conseguenti («ti accompagno io, ci sarò anch'io») in cui l'agevolazione e l'aiuto possono risolversi l'uno nell'altro⁷³, tenuto conto della relazione in cui quegli atti

⁷³ Si poteva dunque pensare a un'interpretazione dell'art. 580 corroborata dai valori personalistici non ridotti a 'autodeterminazione', ma intesi come li intende prevalentemente la nostra tradizione costituzionale; un'interpretazione, cioè, cosciente che le persone non sono monadi e non sono 'strumenti' e che pertanto non può che rifiutare l'incriminazione di atti di manifestazione del pensiero, e in questo senso di libertà di coscienza, che sono quelli in cui si è estrinsecata la partecipazione di Cappato alla dolorosissima vicenda di Antoniani. La lettura qui suggerita avrebbe richiesto, e al contempo favorito, attenzione alle diverse modalità e motivazioni dell'aiuto al suicidio; queste ultime potevano venire in rilievo anche attraverso il lato pretermesso della *quaestio*, quello vertente sulla pena sproporzionata prevista dall'art. 580 c.p. La possibilità di individuare situazioni, o meglio relazioni, in cui l'aiuto al suicidio può apparire giustificato o comunque non meritevole di pena, richiede un'attenta

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

si inseriscono. Il caso ‘eccezionale’ poteva rappresentare in questa luce un tramite verso una realtà delle cose in cui la persona che si orienta al suicidio perché gravemente malata e sofferente trova di fronte a sé altri, che sono le persone cui è legata, e queste ultime, ciascuna di esse, *fanno scelte* su come rapportarsi a lei, scelte in cui pongono *in essere* quello che avvertono per sé come il *dover essere*. Da parte di queste persone, l’indifferenza o la sottovalutazione del problema, in cui l’altro si trova, ci sembrerebbero condotte adeguate? La partecipazione, sebbene nel dolore, rispettosa e sorretta da moventi non egoistici, non ci pare forse preferibile? Ecco che possiamo individuare, immaginare, e nei dolorosi casi della vita qualche volta vedere direttamente, *un modello di condotta in cui è già iscritta una regola*, modi di essere nelle relazioni umane che suggeriscono un dover essere. Colui che rispetta la volontà dell’altro, che ne comprende la situazione, senza sottovalutarla né esasperarla, fino al punto di aiutare nel gesto finale, quando un tale aiuto (considerate le circostanze, in primo luogo quelle in cui si trova l’aspirante suicida) non eccede lo stretto necessario, ci può apparire giustificabile, scusabile, comprensibile. In questi casi l’aiuto al suicidio non implica abusi in quanto dipende da, si inserisce in, una *relazione* alla cui esistenza, anziché alla cui negazione o svuotamento, l’ordinamento, e prima di tutto il vivere insieme, può essere certamente interessato, data la sua *qualità*, vale a dire per i caratteri di solidarietà e di espressione della libertà di coscienza che la reggono, da riscontrare in concreto. È una relazione che

valutazione delle circostanze, senza eludere, tra altre, l’eventualità dell’aiuto al suicidio prestato per motivi ideologici, in cui si possono inserire elementi abusivi nei confronti dell’altro, strumentalizzato. Pugiotta, nel sottolineare l’importanza del profilo della pena edittale, evitato nell’ord. n. 207, osservava, nella convinzione e speranza che esso sarebbe stato ripreso dalla sentenza, che «ridimensionare l’eccedenza punitiva dell’art. 580 c.p. assicurerebbe quanto meno una riduzione del danno. Sarà il giudice penale, scalando verso il basso all’interno di una ridefinita cornice edittale più mite e capitalizzando le attenuanti del caso, a restituire alla pena irrogata in concreto tutta la ragionevolezza possibile» (*L’altra ‘quaestio’*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4.6.2019, p. 1 ss., p. 8). Ma questa altra *quaestio*, pur espressamente formulata, non è stata considerata dalla Corte.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

può fornire il riferimento per una regola di giudizio, e per questa via di una regola di convivenza, in quanto ne corrobora i valori fondamentali.

Tramite una verifica volta a individuare, per eliminarla, la possibilità che abuso vi sia stato, è possibile in altri termini riconoscere, nelle relazioni che intercorrono tra la persona che ragiona del proprio suicidio e coloro che le sono vicine, quegli elementi di libertà e di solidarietà, che costituiscono l'assetto di fondo della visione costituzionale della persona e della comunità. Su questo terreno un modello di condotta emerge come preferibile, quello di colui che *non abusa dell'altro ma neppure si sottrae alle responsabilità derivanti dalle proprie relazioni*; a questo codice di condotta una regola di giudizio potrebbe ispirarsi, orientata a escludere responsabilità penali tutte le volte in cui, nel caso concreto, i valori della *civitas* (a partire dalla vita e dal suo rispetto, e della personalità) non appaiano minacciati ma anzi sperimentati, *praticati*, nella ricerca, certamente difficile e dolorosa, e mai certa, di una condotta appropriata.

Nel 'caso Cappato', allora, l'accento posto sull'autodeterminazione, sulla volontà individuale, ha impedito di scavare nella *relazione* all'interno della quale, in questo come in altri casi, l'aiuto al suicidio ha luogo, oltretutto ha impedito di ancorare la decisione del caso a *condotte pratiche*, nelle quali prendono corpo valori affini a quelli costituzionalmente rilevanti, e che perciò appaiono, a differenza di altre, preferibili nelle materie considerate.

È da aggiungere che, sebbene alla base del rapporto tra Cappato e Antonioni non vi fosse né l'affetto familiare, né, quanto meno all'origine, l'amicizia, osservare il caso dalla prospettiva della libertà di coscienza, anziché dell'autodeterminazione, avrebbe probabilmente rappresentato una via di collegamento tra l'eccezionale vicenda che ha visto protagonisti i due uomini, e quella più ordinaria di tutti coloro che si misurano con una persona cara che soffre e preferisce morire⁷⁴. Infatti, il

⁷⁴ Il tramite è rappresentato dal fare riferimento alla condizione di «persone che affiancano la persona malata che decide di porre fine alla propria vita», su cui v. G. DI COSIMO, *Il caso Cappato*, in *Seminario preventivo*, p. 14 ss., p. 19. Mentre la Corte sceglierà l'ottica dell'*eguaglianza tra malati*, ad alcuni dei quali la legge

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

‘caso Cappato’ si risolve a sua volta in un grande atto di manifestazione del pensiero, di esercizio di libertà di coscienza, e, questo a partire dalle scelte di Fabiano Antoniani sicché proprio vedendola in questa luce si restituisce alla vicenda la sua qualità, la struttura della relazione che la regge, un poco tradita (forse non a caso) dall’uso di ricordarla col solo nome di Cappato. Mi pare cioè che la partecipazione di Cappato al suicidio di Antoniani più che attraverso le categorie dell’istigazione / aiuto al suicidio, si legga attraverso quelle della manifestazione del pensiero: quello di Cappato è stato un gesto-manifesto di significato politico: “io sono qui perché penso che le persone dovrebbero potersi suicidare quando ritengono che sia giunto il momento di porre fine alla loro vita”. Non solo e non tanto il suo accompagnamento era ‘fungibile’ o causalmente inconfidente; piuttosto, aveva motivi, ragioni, diversi dall’agevolazione al suicidio, propri e specifici.

Non par dubbio del resto che anche e in primo luogo Fabiano Antoniani abbia voluto fare della sua morte un gesto estremo di manifestazione del pensiero; accondiscendendo, anzi scegliendo, a che la propria vicenda diventasse pubblica, un atto estremo di manifestazione del pensiero a favore dell’orientamento politico sostenuto dall’Associazione Luca Coscioni – ed è stato egli ad acconsentire che Cappato lo accompagnasse, in modo da potersi auto-incriminare: non è stato Cappato ad aiutare Antoniani nel suicidio ma Antoniani ad aiutare Cappato nella conduzione di una battaglia politica. Antoniani poteva andare in Svizzera con mille altre persone forse, ma ci è andato con

irragionevolmente consente di addivenire alla morte, mediante il rifiuto delle cure, e ad altri non, la visuale che il caso permetteva di sviluppare, tenendo fermo che il problema in causa verteva sull’aiuto al suicidio (e non sul suicidio e sulla decisione di suicidarsi in sé) era quella dell’*eguaglianza tra coloro che aiutano i malati*. La domanda avrebbe potuto essere: che cosa differenzia e che cosa accomuna la posizione di Cappato con quella dei molti che sono vicini a persone gravemente malate che chiedono di essere aiutate a morire? Quali elementi possiamo rinvenire, nella condotta di Cappato, che ci aiutano a delineare un modello di condotta condivisibile in questa più ampia gamma di situazioni? In che misura l’art. 580 c.p. è d’ostacolo all’adozione di scelte di comportamento che possono invece apparire giustificabili o addirittura (in quanto si limitino alla manifestazione del pensiero e appaiano ben bilanciate con altri beni rilevanti) insindacabili?

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

Cappato per una precisa scelta di manifestazione del proprio pensiero. Sfortunatamente la manifestazione del pensiero ha coinvolto anche il processo, usato come un mezzo, si potrebbe dire, di propaganda e indirizzato «al Parlamento» perché desse norma a una realtà che, ben lungi dall'apparire ricca di esperienze che ci possono aiutare a configurare una regola, appare appartenente solo all'ambito, svilito, della «clandestinità». Così, anziché come inerenti a un problema della sfera della coscienza – problema nel cercare soluzioni al quale possiamo rinvenire nell'esperienza, e nella nostra natura, negli esempi di altri, modelli di condotta a cui ispirare una regola di giudizio, con cui tornare a valutare il problema in causa – tutte le azioni dei soggetti coinvolti sono state ridotte a una *quaestio facti*, alla ricerca della norma sotto cui essere sussunte. Esse non sono state considerate *quaestiones iuris*, cioè domande che, per il modo in cui si dispongono le relazioni che della questione sono oggetto, racchiudono già una proposta, da vagliare, sul come affrontare un problema della convivenza; domande che, se e solo se viene ad esse mantenuta questa struttura, suscitano allora il nostro impegno collettivo di ricerca di senso, e quello del giurista di individuazione del diritto applicabile, in cui si sostanzia l'impegno a giudicare. A problemi cui le persone trovano risposte, come sappiamo, e come per certi versi *dobbiamo* credere (se non vogliamo rinunciare a presumere la nostra umanità) nelle risorse della loro coscienza e grazie ai limiti reciproci delle loro relazioni, è apparsa necessaria una norma: le relazioni umane sono risultate del tutto sguarnite dell'attitudine a essere indicatrici di un senso, con cui alleare il diritto, cioè i valori della convivenza⁷⁵. Il problema della causa non ha interrogato la domanda: *come è meglio, come è doveroso*, comportarsi in certe circostanze, per

⁷⁵ È questo a mio giudizio l'aspetto più inquietante della vicenda in esame. La rinuncia a ricercare nei comportamenti in concreto tenuti all'interno di date relazioni un modello di condotta che possa ispirare l'enunciazione della regola di giudizio può implicare l'ammissione che viviamo in un mondo disumano, cioè diseducato all'umanità e incapace di forgiarsene un'idea e un modello pratico, attraverso le azioni che poniamo in essere e le relazioni cui diamo vita. Ha in altro senso parlato di disumanizzazione G. RAZZANO, *Il diritto a morire come diritto umano?*, in *Arch. Pen.*, 2018/3, p. 1 ss.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

chi ha una relazione con qualcuno che vuole morire: esso ha invece ha fatto scattare, in supplenza di quella relazione, che è stata fatta tacere, una procedura altamente burocratizzata⁷⁶, e che peraltro implica per tutti i soggetti coinvolti un alto rischio di perdita di controllo (nel senso di responsabilità, e quindi di libertà)⁷⁷.

Il riflesso condizionato imposto dalla logica della lite strategica, che contiene già l'unica interpretazione ammessa del 'fatto' (si tratta di dare al paziente, in date condizioni, il 'diritto' di morire, non di interrogarsi sulla condizione che renda accettabile, scusabile, *la scelta di colui che lo 'aiuta'*)⁷⁸ ha pesato molto, come sull'opinione pubblica, sui commentatori, e sui giudici di merito, e anche sulla Corte, che si è affannata a dettare la desiderata norma. Con un focus sulla libertà di coscienza e di pensiero esercitate nel rapporto tra una persona e un'altra che si interroga sulla propria morte, l'argomentazione del 'caso' avrebbe orientato i nostri pensieri (quelli del giudice, quelli dell'opinione pubblica) su una 'morale della virtù', che si pone la domanda: come è meglio agire in questi casi? Quali ci paiono le condotte corrette? Sono queste le domande che ci rendono e ci conservano protagonisti del nostro mondo, e perciò anche di quello del diritto⁷⁹. La sentenza declina invece una morale dell'obbligo, in qualche modo deresponsabilizzante (si è parlato del resto di 'delega' ai medici⁸⁰) e che esprime sfiducia nella

⁷⁶ S.PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 160.

⁷⁷ Le critiche di D'Amico all'introduzione, da parte della Corte, della necessità che il legislatore introduca il parere dei comitati etici locali sono più che condivisibili. Chi sono queste persone, il cui parere condiziona scelte personalissime di altri, a cui sono estranee? (*Il 'fine vita'*, p. 297 ss.)

⁷⁸ Riflesso condizionato tanto più forte in quanto quest'ultimo, l'aiutante, ovvero Cappato, come già ricordato si era rappresentato come strumento e mero esecutore dell'altrui volontà 'piena' e 'autodeterminata'.

⁷⁹ Riprendo tra le righe un motivo giuliano: l'attenzione a legare il concetto di norma a quello di azione umana coincide con l'aspirazione a ricondurre il diritto «a coloro che vivono, sentono, soffrono» (*Contributi*, p. 178). Mi pare fatta di queste domande la sostanza del 'dibattito pubblico' tanto evocato, e tanto poco interpellato, nella vicenda in esame.

⁸⁰ Nel criticare una tale 'delega' non si intende affatto sottovalutare, qui, l'importanza della presenza del medico nelle delicatissime decisioni di cui qui si tratta, che non si vorrebbe mai fossero prese all'interno di relazioni chiuse, autoreferenziali, le quali anzi non depongono per la presenza di un grado apprezzabile di libertà presso alcuno degli

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

capacità regolatoria che le condotte individuali hanno, e dalle quali, eppure, nessuna società può pensare di poter prescindere trasferendosi per intero nel registro dell'obbligo⁸¹. In questo senso quella della Corte «è una vera e propria legislazione nella forma della sentenza»⁸². Rimasta imperniata sull'astratta distinzione tra istigazione e aiuto la questione ha finito per vertere sulla «ragionevolezza del divieto assoluto di aiuto al suicidio» contro il quale era impostata la lite strategica, senza penetrare nel significato che l' 'aiuto al suicidio' assume alla luce di diverse circostanze, nel contesto di diverse relazioni, e così pervenire all'individuazione di una regola di giudizio capace di escludere dal campo delle condotte criminalizzabili quelle che intercorrono all'interno del mutuo, disinteressato rapporto tra chi pensa al proprio suicidio e coloro che gli sono vicini⁸³. La considerazione per cui «in assenza di codice è il comportamento dell'uomo prudente la regola di condotta»⁸⁴ racchiude suggerimenti non privi di peso per ripensare il tema dei "casi difficili"; suggerimenti che, però, certamente sono rimasti in questa occasione inesplorati. Sono i suggerimenti che ci invitano a ricercare non o non solo nel livello delle 'norme' o dei 'principi' quali prescrizioni eteronome, ma nelle scelte compiute dagli esseri umani nei loro reciproci rapporti la sorgente di criteri, di orientamenti, di valori della convivenza, in quanto, di questi ultimi, quelle scelte sono le dimensioni pratiche.

Da questo punto di vista possono certamente esprimersi perplessità sulla qualità, sul piano civico e giuridico, della 'pedagogia' che, come si

attori. Favorire il confronto con altri, interpellando dunque medici e specialisti per avere diversi punti di vista, potrebbe anzi essere indicato come uno dei primi doveri di chi si rapporta a una persona cara che si interroga intorno alla propria morte. La mancanza di questo modo di agire potrebbe essere considerato un sintomo di abusività della condotta di chi 'aiuta' nella decisione suicidaria, la sua presenza un sintomo di correttezza.

⁸¹ Giuliani confronta la 'morale dell'obbligo', propria del mondo dell'arte, in cui si tratta di attenersi a prescrizioni tecniche per realizzare dati risultati (costruire una casa) e la morale della virtù, propria del mondo della prassi, dove viene in primo piano il problema della scelta, quindi della libertà; il diritto appartiene al mondo della prassi (è il tema de *Il concetto classico di regola di condotta*).

⁸² A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio*, in *Giustiziainsieme*, 27.11.2019, p. 1 ss.

⁸³ Sono le condotte *pietatis causa* alle quali, come ricorderò nelle conclusioni, secondo alcuni la Corte avrebbe potuto e dovuto appoggiare una sentenza interpretativa.

⁸⁴ A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, Milano, 1997, p. 161.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

è detto, la Corte impartisce con queste sentenze. La Corte fa propria «l'etica dei diritti» su cui si fonda la lite strategica, «lontana da «un progetto costituzionale che non è radicalmente individualistico, ma pensa la persona come interamente immersa in una rete di relazioni umane, in primo luogo votata alla *compresenza* e alla *compassione* degli affetti che essa abbia saputo costruire nei momenti felici della vita, come è evincibile dalla stessa formulazione letterale dell'art. 32 della Costituzione e dalla sua non unilaterale esegesi»⁸⁵. Dal caso “esemplare” di Antoniani e Cappato, invece di apprendere la rete delle relazioni umane come una risorsa per un ordine nella comunità, abbiamo appreso che questo si regge sull'imperio di (dettagliate) norme eteronome (e vi è il *far west* se queste mancano). L'argomento dei 'divieti assoluti', del resto, è un insidioso strumento che mentre pare esaltare la libertà individuale (quando incita alla rimozione di tali divieti) la nega, perché si risolve nel ricercare, a sostituzione dei divieti, normative altamente dettagliate che imbriglino le condotte⁸⁶ sul presupposto che le persone non sappiano, né possano, darsi reciprocamente regola⁸⁷.

⁸⁵ S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 165.

⁸⁶ Rispetto a un altro divieto vittima della retorica dell'assolutezza, quello vertente sulla maternità surrogata, è stato fatto notare che esso, ben perimetrato intorno al divieto di sfruttamento commerciale della pratica, non impedisce a alcuna donna di rinunciare ai propri diritti e doveri di madre, partorendo anonimamente affinché solo il padre riconosca invece il figlio. In questi casi però è chiamata in causa la qualità (le componenti di fiducia, responsabilità, affidamento) delle relazioni e delle azioni dei soggetti coinvolti nella vicenda, che d'altronde proprio in tal modo ci appaiono protagonisti della vicenda. Per converso, la lettura di qualunque proposta di legge volta alla introduzione della maternità surrogata colpisce per gli aspetti iper-regolatori, ed esproprianti, delle relazioni e dei moventi più intimi delle persone coinvolte (cfr. su questi punti F. ANGELINI, *Profili*, p. 74 ss. e p. 166 ss.). Un altro presunto 'divieto assoluto' è quello di sfruttamento della prostituzione posto dalla legge Merlin, legge che non vieta ad alcuno di prostituirsi, ma è stata di recente indubbiata sotto il profilo del contrasto con la libertà di autodeterminazione. «Una delle patologie più frequenti dell'uso distorto del concetto di autodeterminazione è quella di far assurgere qualunque situazione giuridica 'non punita' addirittura a 'diritto inviolabile dell'uomo'» si può chiosare con A. SPADARO, *I due volti*, cit., p. 440.

⁸⁷ Un simile sfiduciato, pessimistico presupposto, il quale spinge a ritenere che la garanzia della correttezza delle condotte possa essere ottenuta solo grazie al sottoporle a stringenti griglie normative, trapela nell' ord. n. 207 che rinunciò all'interpretativa di rigetto nel timore del *far west* che, «in assenza di una specifica disciplina della materia

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Alla fine, la Corte non ha saputo opporre molto a una questione che, pur polemica col paternalismo penale, è invero tutta interna alla stessa logica legalistica che ha generato la tradizione interpretativa secondo la quale, se il codice penale punisce l'istigazione al suicidio e l'aiuto al suicidio, è perché esprime in questo modo, non potendo punire il suicida, la riprovazione verso il suicidio, quale attentato a una vita che sarebbe preziosa sol perché appartenente allo Stato. Una logica legalistica, formalistica, imperniata cioè sul distacco del mondo delle norme dal mondo delle relazioni umane è incapace, lo ricordavo in precedenza, di rendersi conto che, in effetti, se l'art. 580 punisce chi agevola ed aiuta il suicidio, e non il suicida, ciò non si spiega, o non si spiega solo, con l'intento del legislatore di punire indirettamente quest'ultimo e di proteggere interessi solo statali. Ma si spiega, o si spiega anche, con la consapevolezza dell'implicazione turpe che avrebbe l'adottare il presupposto contrario, cioè con la consapevolezza dei rischi di un mondo sociale in cui condotte di aiuto al suicidio fossero invece pacificamente ammesse in modo generale⁸⁸. L'incapacità di farsi guidare

(...) avrebbe potuto determinarsi». Al contrario di quanto ritiene la Corte «il suicidio avrebbe continuato ad essere reato in tutte le ipotesi diverse da quelle considerate (...) Nessun *far west*, dunque, ma solo la non punibilità in casi come quelle che hanno originato la decisione». In particolare, le paventate ipotesi sarebbero rimaste «perseguibili qualora non [fossero rientrate] nella fattispecie la cui punibilità [fosse] risultata incostituzionale». Né in generale «circa la temuta assenza di un controllo *ex ante* per verificare la sussistenza dei presupposti indicati al fine di escludere la punibilità di chi presti aiuto materiale al suicidio, nelle more di un pur auspicabile intervento legislativo sul “fine vita”, scandalizzerebbe la possibilità di un controllo *ex post*, in sede giudiziaria, così come avviene negli altri casi in cui sia necessario verificare i presupposti per la non punibilità di alcuni reati (ad esempio, per legittima difesa *ex art. 52 c.p.*): Giunta, *Riflessioni*, p. 12. Ho già richiamato la rinuncia della Corte a un intervento interpretativo di rigetto come sintomo di una sfiducia della Corte in sé come giudice; ed è una sfiducia che non può non riflettere quella nella capacità degli altri di agire con giudizio, concorrendo a indebolirla ulteriormente (poiché le capacità di cui non facciamo uso si atrofizzano).

⁸⁸ Lo avverte, secondo me, chi si esprime nel senso che «il dovere di vivere è espressione di solidarietà»: A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, p. 93); sebbene, nell'ottica qui adottata, preferiremmo comprendere la solidarietà come il principio che è alla base del divieto di aiuto al suicidio, ma può guidarci anche nel considerare le ipotesi in cui la concreta condotta appare invece giustificabile. Dello stesso A., in tema di solidarietà

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

dalla struttura delle relazioni per ricercare, del divieto, un'interpretazione adeguata, si trasferisce, per il tramite della questione di legittimità, dal processo *a quo* al processo costituzionale, ed esprime il lavoro, nelle due decisioni, di una medesima logica.

5.4. *Libertà astratta e concreta: le fragili difese della Corte davanti a un luogo argomentativo 'turpe'.*

La Corte ridimensiona, o cela, il luogo argomentativo insidioso proposto dalla Corte d'Assise, e non parla certo di diritto al suicidio, ma semmai di diritto, per chi si trovi in date condizioni, a scegliere il modo in cui morire. Tuttavia, di quel luogo argomentativo fa però proprio il punto cardinale, del resto comune sia alla questione della Corte d'Assise che a quella della parte privata: il carattere pieno, autonomo, solitario dell'autodeterminazione, che rende l'agevolazione strettamente 'esecutiva' della volontà altrui. In tal modo la Corte assume un punto di vista che esclude la dimensione relazionale dell'autonomia, e la possibilità di collegare ad essa i percorsi dell'interpretazione costituzionale.

È ben vero che, al contrario di quanto ho sin qui sostenuto, è stato osservato che la Corte ha corretto la visione astratta della persona e dell'idea di auto-determinazione su cui era costruita la questione di costituzionalità proposta dalla Corte d'Assise. Il giudice costituzionale ha respinto, apertamente, l'ipotesi che si possa discorrere di autodeterminazione, in rapporto al suicidio, con riferimento «a un soggetto ideale, disincarnato, connotato da razionalità, lucidità e fermezza»⁸⁹. Ma vorrei dissentire dalle letture che valorizzano questa presa di posizione della Corte, delle quali pure avverto il pregio; nonostante quella presa di posizione, e in un certo senso proprio con

e per la sua dimensione intersoggettiva, v. *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo ecc.*, in *Riv. AIC*, 1/2011, p. 1 ss.

⁸⁹ Il punto è valorizzato da C. SALAZAR, "Morire sì", p. 572 e 574, la quale, anche richiamando C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2018, p. 6, ricorda altresì come «in nessun ordinamento il singolo è riconosciuto quale «padrone assoluto e incondizionato della propria esistenza e del proprio destino biologico»».

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

essa, la Corte dimostra di muoversi per ampia parte nella stessa visione della libertà e della persona espressa dalla Corte d'Assise, e questo a cominciare, come ho detto sin qui, dall'aver acceduto all'ipotesi fondamentale di quest'ultima, l'ipotesi che si possa presumere un'agevolazione al suicidio che non abbia inciso sul procedimento deliberativo del suicida.

A deporre nel senso che l'idea della libertà come «assenza di condizionamenti», e in questo senso 'autodeterminazione' trapassa dalla questione di costituzionalità alla decisione della Corte, stanno anche i molto noti passaggi in cui, nell'ordinanza n. 207, il giudice costituzionale difende il valore della vita e la perdurante funzionalità dell'art. 580 a tutelarla. La Corte rileva che, punendo il concorso morale e materiale nel suicidio altrui la norma crea, intorno al soggetto interessato «una cintura protettiva, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui»⁹⁰. Secondo la Corte la norma fa questo, e questo non solo va fatto, ma è anche credibile pensare che *possa* essere fatto, *in funzione del diritto alla vita* «soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili (...) che attraversano difficoltà e sofferenze (...) malate, depresse, psicologicamente fragili ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto». È su questa linea, come ben si sa, che la Corte 'salva' l'art. 580, concludendo che al legislatore non può ritenersi inibito «vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite»; il contrario è anzi imposto dall'art. 3 comma 2 Cost. Tutto questo però significa che non è la preferenza per la vita, come tale,

⁹⁰ Dunque, per tornare a ciò che dicevamo prima, concorre moralmente nel suicidio altrui anche chi parla con l'aspirante suicida e mostra, ad esempio, di comprendere, pur nel dolore e nell'orrore, le ragioni che lo spingono? Anche chi coopera, come forse ha fatto Cappato nel caso di specie, alla decisione del suicida di fare della propria condizione e della propria scelta suicidaria un emblema per una battaglia politica?

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

ma la protezione dei deboli e degli oppressi il valore che l'ordinamento può legittimamente far proprio e il bene che può correttamente tutelare.

Si ripresenta qui un certo intendimento di che cosa è una concezione «astratta» della libertà in quanto contrapposta, a una concezione «concreta», che la Corte ha adottato anche nella coeva sentenza sulla legge Merlin, e che punta a definirsi mediante il ricorso a valutazioni quantitative, e cioè nel cono dell'*id quod plerumque accidit*⁹¹; nella sentenza Merlin la Corte si è richiamata a quelle condizioni di

⁹¹ Nella sent. n. 141/2019 la Corte, per respingere l'affermazione secondo cui l'ordinamento riconoscerebbe una libertà fondamentale di disporre del proprio corpo prostituendosi, osserva che «È, in effetti, inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una “scelta di vita” quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede». È noto ed evidente a tutti che la questione proposta contro la legge Merlin appartiene a un nucleo ideativo di ‘diritto penale liberale antipaternalista’, comune alla questione sollevata contro l'art. 580. Come in questo caso, in quello sulla legge Merlin la Corte ha cercato di giustificare il divieto di sfruttamento della prostituzione con la tutela dei soggetti deboli, laddove la legge si orienta semmai contro i soggetti *forti*, gli attori economici che lucrano sullo sfruttamento della prostituzione, facendo una scelta nel senso della moralità/onestà *non* delle condotte nella sfera sessuale, ma *del mercato*, incrociando le aspirazioni dell'art. 41 Cost. Insistendo sul carattere ‘innaturale’ della prostituzione, la Corte dimentica che la questione verteva sullo sfruttamento; tenendo invece ciò fermo, una risposta quanto alla legittimità e ragionevolezza della legge Merlin, che lo sfruttamento vieta, poteva essere trovata nel fatto che la questione richiedeva di considerare degno il mestiere di procacciatore e sfruttatore di prostituzione, la cui diffusione è invece plausibile considerare nociva per la convivenza. Tanto che, quasi a nascondere la natura di una condotta (quella di chi vive arricchendosi della prostituzione altrui), riprovata perché avvertita come socialmente distruttiva (distruttiva dei nessi sociali), gli stessi sostenitori della libertà di (sfruttamento della) prostituzione chiamano *sex workers* anche gli sfruttatori (cfr. J. BINDEL, *Il mito Pretty Woman*, trad. it. Milano, 2017). Non pare possibile risolvere il problema del «fondamento di etica condivisa» nelle democrazie, né «sfuggire alla secca alternativa tra stato etico e relativismo indifferente ai valori» e tanto meno dare corpo «alla specifica dimensione sociale del principio di dignità nella Costituzione italiana» eludendo la considerazione delle opinioni, e dunque la prospettiva qualitativa, una pratica del cui esercizio sono frutto e strumento le regole. Sui profili da ultimo richiamati v. A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico*, in *Diritti Comparati*, 20.6.2019, p. 1 ss., p. 5.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

svantaggio e vulnerabilità, che «limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo», e perciò precludono la possibilità di riconoscere una libertà di prostituirsi. Analogamente, nelle decisioni Cappato, la Corte afferma che il disagio materiale e morale, siccome esiste di fatto, impedisce di parlare di una libertà di suicidarsi. Se ne ricava che la libertà presuppone l'assenza di condizionamenti materiali derivanti da condizioni di svantaggio⁹². Anche da qui affiora, mi pare, come il giudice costituzionale, se emenda, o come si è detto 'bacchetta', la questione della Corte d'Assise, a questa non contrappone però argomentazioni di diversa qualità: anche la Corte costituzionale sembra pensare che la libertà sia autodeterminazione e che l'autodeterminazione consista in volizioni che si formano in maniera solitaria⁹³.

'Astratta' è invece, a mio giudizio, proprio la visione in base alla quale la Corte accede all'idea che si possa pretendere di erigere «una cintura protettiva» intorno a una persona, gravemente sofferente sul piano fisico o morale, di tanto che coloro che le sono vicini e le vogliono bene dovrebbero opporre un rifiuto, un vero e proprio sciopero dei sentimenti e della parola – deferendola al medico – ogni volta che questa persona volesse parlare del suo desiderio di morire e immaginare i modi per porre termine alla propria vita, anche solo per chiedere conforto nell'avviarsi a un percorso che appare a quella persona necessario e che ella vuole, ma che non di meno può spaventare e generare sofferenza. Oltre il recinto della procedura medicalizzata introdotta dalla Corte l'aiuto al suicidio rimane comunque punibile⁹⁴. Come cercavo di dire

⁹² Altri (F. BRESCIANI, *La protezione*, p. 121-122), ha correttamente notato che l'argomento è lesivo dell'uguaglianza: se tutti siamo uguali, a tutti deve essere riconosciuta la stessa capacità di prendere posizioni libere e consapevoli; secondo l'A., le relative eccezioni devono fondarsi allora su presupposti 'obiettivi', come l'infermità mentale; ma la Corte adotta «una concezione astratta di vulnerabilità» e «la sua posizione di *paternalismo forte* si colloca al polo opposto rispetto a quelle dei giudici *a quo* ma, non meno di esse, appare *non divisibile nella sua assolutezza*» (corsivi A.).

⁹³ C'è quasi un cortocircuito logico. Se la vera libertà è l'assenza di condizionamenti, la pienezza di una autodeterminazione soggettivizzata, noi tutti dovremmo solidaristicamente operare (art. 3/2 Cost.) per rimuovere gli ostacoli materiali che si frappongono a una 'libertà' in realtà dissolutrice dei nessi sociali.

⁹⁴ La "procedimentalizzazione medica" che viene suggerita dalla Corte – che conduce a parlare di «somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

poco sopra, è proprio in quanto inteso come ‘cintura protettiva’ che l’art. 580 c.p. conduce alla criminalizzazione dell’intimità. In tal modo la disposizione, mentre esibisce pretese assurde ed irrealistiche nei confronti delle relazioni umane, attenta alla libertà della comunicazione e manifestazione del pensiero, espressione della personalità. La Corte però sembra pensare che la libertà è, come pensa la Corte d’Assise e pensa la difesa dell’imputato, *autodeterminazione, nel senso individualistico di volizione del singolo perfetta in sé, non condizionata da altri* (come invece è molto spesso ogni nostra volizione). A ciò la Corte aggiunge solo la precisazione che sono molte le circostanze che rendono una simile libertà impossibile, perché siamo condizionati dalle circostanze materiali, dal bisogno, dallo svantaggio. La conclusione è che, allora, semplicemente non si può dar corso a (non ci possiamo permettere il lusso di) una regolazione che una simile libertà supponga, ma ne è necessaria o preferibile altra, che presuma invece il bisogno e la vulnerabilità. Affiora un ordine di idee per cui *la vera libertà non è a disposizione di tutti*, ma solo di coloro che, in quanto liberi da svantaggi materiali o condizionamenti morali, possono credibilmente detenerla, e quindi esercitarla e una certa gerarchizzazione tra lo spirito e la natura, come materia che imbriglia, ovvero menoma, il primo⁹⁵. Perciò non pare che in una siffatta idea di libertà «concreta» trovino un contro-bilanciamento gli assunti strettamente volontaristici veicolati dalla *quaestio*, che ne risultano invece confermati.

Semmai, altri elementi che compaiono nelle decisioni della Corte potrebbero andare ad attenuare quegli assunti. Si tratta in primo luogo dell’introduzione, nella sentenza, del diritto all’obiezione di coscienza del medico, indicazione quest’ultima comprensibilmente criticata da chi

tempo la morte del paziente» – esula infatti dal più ristretto profilo del reato di cui all’art. 580 c.p., che riguarda invece soltanto la configurabilità di un reato nelle ipotesi di aiuto materiale al suicidio»: Giunta, *Riflessioni*, p. 12.

⁹⁵ Ciò che ricorda gli assunti del giusnaturalismo fulleriano, dove considerazioni di realismo impongono di separare la morale di perfezione, che riguarda l’essere umano ‘*at his best*’ dalla prosaica realtà di quanto che si può pretendere da, o consentire a, l’uomo comune (cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale 1964).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

assume fino in fondo i presupposti dell'autodeterminazione come diritto a disporre di sé⁹⁶.

Il riferimento alla *coscienza* del medico non solo implica che la Corte non sta pensando del tutto in termini di diritti e di obblighi, non aderisce completamente al piano volontaristico della 'scelta' ma ha presente che le nostre scelte, comprese quelle ultime, possono uscire dal piano meramente soggettivo solo in quanto abbiano un riscontro di plausibilità, accettabilità, tollerabilità agli occhi di altri. Sul crinale della coscienza del medico si avverte la fragilità della distinzione tra le due dignità, 'soggettiva' ed 'oggettiva', che la Corte, ultimamente, si è in qualche modo avventurata a far propria, laddove nella prima ordinanza Cappato ha prospettato una dignità in senso soggettivo⁹⁷, e nella coeva

⁹⁶ M. D'AMICO, *Il 'fine vita'*, p. 292 contesta l'introduzione del «riferimento alla libertà di coscienza del medico che potrebbe rifiutarsi *quando vuole*» (metto in corsivo quest'ultima espressione, che esprime svalutazione e incredulità nei confronti dell'idea di 'coscienza', quasi arbitrio *ad libitum*). Anche per C. TRIPODINA, *La circoscritta area, ecc.*, in *Giur.it.*, *Corti supreme e salute*, 2019, p. 13, dare al medico il potere di «scegliere se esaudire le richieste del malato senza alcun obbligo» implica che il richiamo «ai diritti fondamentali è solo una maschera perché non c'è il corrispondente dovere». In altra prospettiva l'introduzione dell'obiezione di coscienza viene rilevata come sintomo della debolezza dell'analogia argomentativa cui la Corte ricorre assumendo come *tertium* la legge n. 219. La legge si fonda sul rifiuto delle cure e cioè sul diritto alla salute, e perciò non comprende l'obiezione di coscienza; il fatto che la Corte la preveda dimostrerebbe dunque che «l'introduzione delle ipotesi di suicidio medicalmente assistito *non costituirebbe un'evoluzione lineare della tutela offerta al diritto al rifiuto delle cure*» (C. SALAZAR, "*Morire sì*", p. 581, corsivi A.). Perplesso sul riferimento all'obiezione di coscienza G. REPETTO, *La Corte, l'aiuto al suicidio*, p. 4 del dattiloscritto e nota 5, per il quale la Corte poteva limitarsi alla affermazione, già fatta nell'ord. n. 207, secondo cui in capo ai medici non viene creato alcun obbligo per effetto del riconoscimento del diritto del malato, in certe condizioni, di chiedere di essere aiutato al suicidio. Mi sento di condividere questa considerazione, nel senso che è preferibile sia chiaro che il medico può scegliere *di volta in volta* se porsi in sintonia col desiderio di morte del paziente, o meno, e questo per dar rilievo al carattere individuale e determinato, unico, di ogni singola vicenda, che impegna ogni volta in modo pieno e diverso la coscienza del medico.

⁹⁷ Nel dibattito sulle decisioni Cappato il riferimento alla dignità soggettiva (sottolineato nell'ordinanza e molto attenuato (almeno sul piano di ciò che è detto in modo espresso) nella sentenza, è uno di quelli che hanno fatto più discutere e forse hanno incontrato minore consenso; cfr. C. SALAZAR, "*Morire sì*", p. 579-80, secondo la quale il rilievo dato alla dignità soggettiva nell'ordinanza in questo caso sarebbe legato alla peculiarità della questione ma non esprimerebbe un *favor* della Corte per la

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

sentenza sulla legge Merlin ha parlato di dignità in senso oggettivo. Invero la distinzione tra dignità oggettiva e soggettiva appartiene tutta a un ordine di idee che separa, contrappone, il soggettivo dall'oggettivo, l'essere dal dover essere, la natura dallo spirito, come è proprio di ogni concezione 'moderna'; laddove invece «non esiste vita davvero libera senza possibile autodeterminazione, ma non esiste autodeterminazione senza solidarietà e contemplazione dei legami che si sono creati, appunto svolgendone il percorso»⁹⁸.

La distinzione tra le due dignità è dunque fallace, e non solo per il motivo ora detto, ovverosia perché, se non lo si intende in senso costruttivistico, c'è profonda verità nel pensiero secondo cui *la dignità è sempre soggettiva*⁹⁹ ma perché è la dignità *è anche sempre oggettiva*, in quanto la nostra, individualissima e singolare, visione soggettiva della dignità, non meno che ogni altra nostra idea o presa di posizione, richiede, per acquisire consistenza nel mondo, per "oggettivarsi", un riscontro nell'altro, che quanto meno riconosca il nostro gesto come dignitoso. Non solo, allora, è vero che la dignità 'soggettiva' è anche sempre oggettiva, perché «si realizza e ha senso nella vita di relazione sociale»¹⁰⁰, ma è vero anche che una visione 'soggettiva' della dignità, cara ai sostenitori del dogma dell'autodeterminazione, la dignità «'come ognuno la intende'»¹⁰¹, ha fortissime implicazioni 'oggettive', per non dire

preminenza della prima sulla seconda; si richiama a questa opinione Brunelli, *Imparare dal passato*, p. 1; considera rischioso introdurre un fattore di subiettivizzazione della dignità P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 384; parlare di dignità soggettiva è un errore secondo A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, p. 98. V. anche, molto criticamente, G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni*, p. 4; critica invece la Corte per avere abbandonato la dignità soggettiva M. D'AMICO, *Il fine vita*, p. 292; non la abbandona, ma la mantiene in modo 'occulto' per C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 6. Sulle due accezioni della dignità, oggettiva e soggettiva, v. l'analisi che percorre il volume di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*.

⁹⁸ S. PRISCO, *La dignità*, p. 81.

⁹⁹ F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Dir. Pubbl.* 2/2019, p. 483 ss.

¹⁰⁰ A. MORRONE, *Introduzione*, p. 10.

¹⁰¹ Una visione strettamente legata, lo ricordavamo in precedenza, ai presupposti della ragione moderna 'soggettivizzata', cui aderisce ad es. Ferrando, *Il suicidio assistito di dj Fabo. L'autodeterminazione terapeutica dai principi alle regole*, in *Pol.Dir.*, 1/2020, p. 15 ss., p. 32: «non si può essere una scelta buona per tutti imposta dall'alto, dal legislatore, o dal medico, perché *ciascuno a una propria idea di quel che*

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

normative, in quanto costruisce modi di pensare e valori; in particolare costruisce un ordine di idee in cui vivere attaccati a macchinari, senza controllo di sé e delle proprie funzioni corporali non è dignitoso, non lo è il rimanere incoscienti, sedati, in attesa del sopravvenire della morte, non lo è prolungare la sofferenza dei propri cari¹⁰². Nell'idea del diritto al suicidio come realizzazione di una propria visione soggettiva della dignità, idea che si afferma in opposizione al 'paternalismo penale', e cioè in opposizione alla pretesa che qualcuno possa stabilire per altri come è meglio vivere, emerge in altri termini una chiara pretesa di delineare un nuovo 'dover essere', se non un nuovo ideale di persona e di vita degna. Lo riscontriamo nelle parole di chi giunge a dire che un individuo che vive grazie alle macchine, per il quale «il corpo è diventato la prigioniera dell'anima», è «un individuo che ha perso la sua indivisibilità, è ormai scisso, fratto, ha perso ogni progettualità» onde è «un individuo che non è più tale» sicché in questi casi non potrebbe nemmeno «parlarsi di suicidio»¹⁰³. Viene da pensare che, così come, secondo i critici del paternalismo penale, il divieto di aiuto al suicidio esprime un'ideologia secondo la quale la vita dei singoli appartiene allo Stato, quei critici si ispirano a loro volta a un'ideologia, non meno autoritaria, per cui un individuo, che non può fornire le *performance* che sono alla base dell'individualismo neoliberale¹⁰⁴, *dovrebbe* allora autosopprimersi.

Dicendo che la volontà suicida deve trovare reciprocità nella coscienza del medico la Corte sfugge, fortunatamente, dal rinchiudersi completamente nella contrapposizione tra le due dignità (che come si è

è buono per sé, in relazione al proprio orizzonte di valori, al proprio mondo di affetti, agli scopi che assegna a quel che gli rimane da vivere» (partendo da questo ordine di idee non sorprende che le 'regole' cui l'A. si riferisce siano altrettante 'precise norme').

¹⁰² Sulle implicazioni prescrittive delle visioni soggettive della dignità che impregnano le tesi favorevoli al diritto al suicidio v. Bertolini, *Valore*, p. 333, che in esse vede altrettante «manifestazioni oggettive del disvalore della vita» in date circostanze.

¹⁰³ V. MANES, *Aiuto a morire*, p. 47.

¹⁰⁴ V. ora in argomento Giolo, *Il diritto neoliberale*, p. 97 ss. Sulla problematica idea della dignità come corrispettivo di un obbligo di prestazione, che proviene dalle concezioni sociologiche luhmaniane, v. Baldini, *La dignità umana ecc.*, in *Riv. AIC*, 2/2013, p. 1 ss.

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

provato a dire ha basi incerte e implicazioni assai problematiche), non senza però cadere in contraddizioni, che rileverò tra breve. Per ora vorrei sottolineare come l'elemento della coscienza, che è un rimettersi alla prudenza del medico, attenui in parte almeno le note prescrittivo-legislative che sono pur dominanti nell'approccio della Corte, le quali, come tali, in quanto rimandano alla norma «sufficiente ragione per agire», rinvierebbero altrimenti in tutto e per tutto a un ordine di idee, quello utopistico di un mondo così perfettamente normato, in cui è in realtà superflua ogni valutazione soggettiva, e quindi la coscienza¹⁰⁵, come pure il giudizio¹⁰⁶. Invece, alla fine, a reggere le norme che la Corte detta è il gradiente dell'autoregolazione umana: affiora il sapere che la norma 'eteronoma' funziona se si allea con la capacità 'autonoma' di darsi regola, e alla fine col (buon) 'senso'. Che cosa sarebbe del resto la condizione di ciascuno di noi, malato terminale, se dovessimo immaginare che il medico non mette in gioco nei nostri confronti la sua propria coscienza, ma ci vede tutti indistintamente nell'anticamera per l'iniezione letale? Ognuno preferisce pensare di essere considerato come singolo, ciascuno nella nostra identità: e questo è possibile se l'altro che

¹⁰⁵ Lo ricorda, offrendone anche un esempio significativo, il saggio di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico?*, in *Dir. Pubbl.* 2006, p. 685. ss., p. 713, dove, assumendo che il diritto sia «essenzialmente uno strumento di controllo sociale» (p. 708) si sottolinea che le norme «vaghe», ad esempio «guidare con prudenza», falliscono al loro obiettivo, di «consentire ai cittadini di coordinare le loro reciproche azioni», mentre una norma precisa, ad esempio «non superare i 50 km/h» è pienamente consistente con tale obiettivo; le norme vaghe non aiutano i cittadini nell'individuare come devono agire, perché chiedono al singolo «di cercare da sé la soluzione», ma allora non sono buone norme giuridiche, non servono agli scopi del diritto, ma servono a «allocare il potere decisionale». In sostanza, la norma che si aspetta che il singolo faccia uso della sua intelligenza e del suo senso di ciò che è appropriato e corretto in date circostanze è una norma sbagliata, o quanto meno non giuridica. In visuale opposta, Giuliani suggerisce di pensare il diritto come «uno schema di delegazioni» (è la tesi dei *Contributi*) sicché in ogni momento e inciascun soggetto, sia esso il giudice, l'amministratore, o il cittadino, sia mantenuta la premessa di un agire cosciente e responsabile. Qui il mondo del diritto è ispirato a un principio di libertà, là a un principio di autorità.

¹⁰⁶ A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in Delle Fratte (cur.), *La comunità tra cultura e scienza*, Roma, 1993, p. 83 ss.

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

ci vede mette a sua volta in gioco la sua soggettività, il che significa la sua coscienza.

In secondo luogo è da considerare, per delineare l'atteggiamento della Corte nei confronti dei presupposti volontaristici portati avanti dalla *quaestio*, il punto in cui, nella sentenza n. 242, rilevando che la legge n. 219 permette di ricorrere alla sedazione profonda (soluzione rifiutata da Antoniani) che ha «come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso», la Corte riflette: «*si comprende* come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile» (corsivo mio)¹⁰⁷. Par di capire che l'autodeterminazione non rileva automaticamente, come tale, quale *sic volo*, ma in quanto portatrice di un punto di vista comprensibile, spiegabile, giustificabile, e che, se apparirà tale, non potrà che esserlo mediante il filtro del giudizio degli altri; il giudizio, cioè l'attività grazie alla quale, di volta in volta, nella mente e nelle azioni di ciascuno, prendono consistenza quei beni e quegli interessi che chiamiamo 'costituzionalmente apprezzabili'. Di questi beni, della loro consistenza e vitalità, è *intermediario il nostro intelletto calato nella dimensione pratica*, che si domanda, per esempio: quale è il modo migliore in cui in questa situazione io posso rispettare la libertà, la dignità dell'altro e al contempo la mia? Condivido le scelte altrui, le capisco, o mi paiono tali da portare me, se aiutassi l'altro nel suicidio, a offendere il bene della vita, la mia stessa dignità, quindi non comprensibili, non condivisibili, non meritevoli di appoggio da parte mia? Letto in questo modo, il 'si comprende' della Corte potrebbe essere inteso come l'espressione di un modo di pensare avvertito della connessione tra il

¹⁰⁷ L'enfasi è aggiunta anche per segnalare che, accanto agli accenti su cui si dice nel testo, trapela anche nel dire della Corte una sorta di ipertrofia del valore dell'avere controllo su di sé: la vita è degna – *si comprende* – finché lo spirito può controllare il corpo (il motivo ricorre in V. MANES, *Aiuto a morire*, cit., p. 47, che parla della condizione di un «anti-uomo incatenato al corpo», p. 47); vi è l'esaltazione dell'indipendenza: *si comprende* il desiderio di «uscire da una condizione di dipendenza da cure e mani altrui» in chi versa nella «totale perdita di controllo del proprio corpo» (Chiarella, *Il diritto comprensivo e l'altruità del corpo*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 89 ss., p. 93).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

soggettivo e l'oggettivo, propria della naturale *sociabilitas* dell'essere umano, di un modo di pensare, cioè, che tiene conto di come la mente individuale compie operazioni assiologiche che presiedono alle azioni e conformano le sue relazioni intersoggettive e il complesso di queste ultime. La Corte, in quanto giudice, ci riproporrebbe così gli assunti della ragione classica, in cui risiedono le premesse di una logica giurisprudenziale: l'intelletto non è la sede della sola volontà, ma di operazioni molto più complesse, che coinvolgono molti aspetti della nostra personalità e sono espressive di valori che si sprigionano nell'intersoggettività. Tuttavia, se quegli assunti si avvertono, essi appaiono assai flebili; c'è un abisso tra ciò che 'si comprende' in date circostanze, uniche ogni volta, da verificare di volta in volta (senso nel quale il 'si comprende' della Corte poteva fornire la base di un'interpretativa di rigetto) e il far divenire il 'non si può non capire' una norma d'azione, un dover essere, che è l'operazione in cui la Corte si impegna, costruendo la sua disciplina del fine vita. Interviene lo scambio tra un criterio di giustizia particolare, ancorato al concreto e al soggettivo, destinato a evitare l'applicazione ingiusta di una legge a un dato caso, criterio obbediente a principi profondi e costitutivi, in primo luogo di carattere equitativo – una regola, dunque – e una norma che aspira invece a detenere una soluzione universalmente valida.

La Corte sembra dunque non rinunciare del tutto alle risorse di una ragione pratica basata su una visione non strumentale della ragione umana e a questa appoggiata; tuttavia il riferimento alla coscienza del medico, così come il 'si comprende' che certi modi di morire possano a una data persona apparire intollerabili segnalano in realtà, più che altro, che c'è una componente di instabilità nella prospettiva in cui la Corte si pone. Il giudice costituzionale ci appare più preoccupato di evitare le ricadute maggiormente insidiose della questione entro cui si muove, che non in grado di opporle una coerente, solida, visuale diversa. Da un lato infatti, con il 'si comprende' e con il richiamo alla dignità soggettiva che appare nell'ordinanza, la Corte intende mettere in chiaro che sta parlando della dignità con riferimento ai diversi modi di affrontare la morte, che al singolo possono apparire più o meno dignitosi; vuol mettere in chiaro,

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

cioè, che non sta prendendo in considerazione l'idea di riconoscere che vi siano vite che, soggettivamente e pertanto insindacabilmente, appaiano più o meno degne di essere vissute¹⁰⁸. Così essa par volersi proteggere dal rischio di cadere in quella che è stata chiamata la «cultura dello scarto»¹⁰⁹. Quando però, nella sentenza, la Corte introduce il riferimento all'obiezione di coscienza del medico, ci accorgiamo invece di trovarci nel pieno di una scelta che, nell'aspirante suicida, non investe affatto e 'solo' il modo in cui morire, ma investe la domanda sul se la condizione in cui egli versa sia tale da giustificare la volontà suicida, anche ad occhi degli altri, perché pare essere questo ciò che al medico è richiesto di asseverare. Ciò conduce sul crinale della vita degna o indegna di essere vissuta. In effetti, proprio «se qualificata, come fa la Corte, come partecipazione alla “decisione di accogliere la morte” o “di morire”, l'assistenza del medico implica una presa di posizione della generalità sul valore dimidiato che la vita assumerebbe nelle relative condizioni, perché soltanto da una tale valutazione può derivare il carattere lecito di una condotta altrimenti prevista come criminosa, in quanto agevolativa di un suicidio»¹¹⁰.

Il punto è però, che anche laddove la Corte si fosse effettivamente fermata alla 'sola' scelta di un modo di morire ritenuto più dignitoso di un altro, il suo ragionare avrebbe esibito una fallacia, incrinando il divieto di aiuto al suicidio, che pure la Corte afferma di voler far sopravvivere.

¹⁰⁸ La Corte afferma che è irragionevole vietare, a persone che si trovano in date condizioni, di concludere la propria esistenza «con l'aiuto di altri, quale alterativa reputata maggiormente dignitosa» rispetto all'interruzione dei trattamenti; è del resto l'imposizione di un solo modo di «congedarsi dalla vita» ciò che rende irragionevole la l. n. 219; nel celebre passaggio che ha fatto parlare di dignità 'in senso soggettivo': «l'assistenza di terzi nel porre fine alla propria vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, al mantenimento in vita artificiale non più voluto e che egli ha diritto di rifiutare»; ognuno comprende infatti che una morte rapida sia preferita a una che sopravviene attraverso «un decorso più lento».

¹⁰⁹ Di cui teme l'affermarsi F. POLITI, *La sentenza*, p. 681.

¹¹⁰ Bertolini, *Valore*, p. 322. Il ruolo del medico nelle sentenze Cappato andrebbe certamente ascritto all'inclinare sempre più deciso della Corte verso quella che ormai si tende a definire come una «ragionevolezza scientifica»; su di essa, anche per richiami, A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 129.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

La scelta dei modi di morire, che è il problema che Fabiano Antoniani aveva affrontato, è esattamente ciò su cui verte l'art. 580. La disposizione si riallaccia infatti a una cognizione di senso comune: tutti ci auguriamo una morte rapida e indolore. Tutti possiamo ucciderci senza l'aiuto di altri, finendo sfracellati da un treno, o con terribile agonia mettendoci un sacchetto in testa; ma molti non se la sentono, sia per timore verso il gesto in sé, sia pensando a quale immagine offrirà il proprio cadavere, e preferiscono spararsi un colpo di pistola. Ma la pistola, a differenza degli altri modi per morire a disposizione di tutti, bisogna trovarla. Qui interviene il divieto di aiuto al suicidio, disincentivo a che le persone si tolgano la vita che si fonda sulla consapevolezza di senso comune, ovvero *comune a tutti*, che certe cose fanno spesso troppa paura per essere affrontate (e non di meno vi è chi le affronta, purtroppo). Alcuni hanno rilevato che, una volta introdotta l'idea che 'si può capire' che una persona non voglia morire in dati modi, ben poco rischia di restare della fattispecie di aiuto al suicidio, che risulta erosa dunque assai più largamente di quanto la «circostritta area» di non punibilità ritagliata dalla Corte voglia far pensare, e per quanto non dichiaratamente¹¹¹.

Il riferimento alla dignità, dunque, ha un significato non chiaro, come molti hanno notato: non si comprende fino in fondo se la Corte stia parlando della dignità della vita, che la persona attaccata ai macchinari non riconosce più alla propria, o della dignità che il malato assegna a un modo di por fine alle sue sofferenze, rispetto a un altro; il riferimento alla dignità sembra utilizzato in realtà proprio perché offre ampie e generiche campiture, che possono evitare, in qualche modo celare, le implicazioni

¹¹¹ Cfr. C. TRIPODINA, *La circostritta area*, p. 8: una volta riconosciuto il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione della dignità, nessun limite può essere posto né quanto ai soggetti, né quanto ai modi, e viene introdotto un corrispondente obbligo. Dalla sentenza sul caso Trentini, su cui la Postilla, si apprende che Trentini aveva considerato di suicidarsi gettandosi dalla finestra, ma, oltre ad altre considerazioni, tra cui il non certo esito mortale del gesto, lo aveva trattenuto il pensiero che quella non sarebbe stata una morte dignitosa. Emerge il problema che Tripodina segnala, ed era del resto al centro della riflessione del Gip sul caso Cappato (v. *supra* nota 189): se vi è un diritto alla morte dignitosa, non si vede perché limitarlo ai malati e non riconoscerlo a tutti coloro che per le ragioni più varie soffrono così tanto, da desiderare il suicidio.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

più insidiose della *quaestio*. Nel richiamo alla dignità, che appanna anziché chiarire il *dictum*, il quale appare allora incerto nelle premesse, e poco controllabile nelle implicazioni, affiorano però i rischi della “brocardizzazione” dei principi: se si è parlato di «dignità carta di briscola» (in cui risuona la dignità «slogan» di horkheimeriana memoria) «nella giurisprudenza sui diritti»¹¹² è perché i principi, quando sono privati della loro vocazione a relazionarsi con contesti delimitati, avvertiti a loro volta come portatori di senso, sono di fatto riversati su «spazi vuoti», onde non sono in grado di governare le proprie implicazioni e finiscono per «esprimere delle semplificazioni»¹¹³.

Non casualmente, come è stato notato, la Corte ha estromesso «in radice qualunque discussione circa l’atteggiamento dovuto rispetto alla vita altrui»¹¹⁴ ovvero ha scelto «di non impegnarsi in riflessioni concernenti la portata del principio personalista e del principio di autodeterminazione individuale»¹¹⁵.

I rilievi sin qui condotti fanno concludere che, se la Corte non ha avallato espressamente il diritto al suicidio, essa è sembrata però condividere l’assunto filosofico di fondo delle tesi ad esso favorevoli, convinte che non si possa, né si debba, sviluppare un’idea condivisa intorno a come è doveroso, a come è meglio *agire verso l’altro*. Questo

¹¹² R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione*, in *Forum Quad. Cost.*, 26.11.2019, p.1 ss., p. 10, la dignità, come ogni altro principio, rischia di apparire tale (anche agli interpreti) quando si rinuncia a intrecciare i valori costituzionali con quelli emergenti dalla convivenza, e le parole alle cose.

¹¹³ Riprendo un’osservazione di C. BEDUSCHI, *Scritti*, p. 294, che, riflettendo sulla relazione tra regole e norma sottolinea che la regola «sussiste quando ne sussistono i presupposti»; nel brocardo invece la regola viene «convertita in un principio, assegnandole così degli spazi vuoti che in realtà non è in grado di governare»: infatti tutto ciò che viene inserito o deriva da una relazione, ed è per ciò stesso relativo, e non può portarsi fuori dal suo ambito senza rischiare fraintendimenti; il che è tutto il contrario che accedere al nichilismo e allo scetticismo, perché «è proprio la necessità delle scelte che dà il senso della vita, ed è la presenza dei contesti in cui l’operatore deve muoversi con le conseguenze che ne derivano che impedisce la discrezionalità indiscriminata» laddove purtroppo «spesso gli assoluti vengono invocati per esonerarsi dalla responsabilità delle scelte».

¹¹⁴ L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2019 p. 7.

¹¹⁵ F. POLITI, *La sentenza*, p. 671.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

assunto, come ripeto, consiste nella convinzione che non è possibile trovare accordi su modi preferibili di vivere, compreso il come comportarsi con l'altro che vuole morire, perché ciascuno la pensa a modo suo, e il pensiero, così come la condotta, di ciascuno è d'altronde irrilevante di là dalla sua personalissima, privatissima sfera, non ha una dimensione pratica. Occorre dire che esattamente in questo atteggiamento risiede l'essenza del problema dell'*astrattezza* del diritto, delle sue certezze, dei suoi concetti fondamentali, tra i quali devono certamente essere annoverati i principi costituzionali. E che quell'atteggiamento incorpora il rischio di una "morale costituzionale" calata dall'esterno, o dall'alto, sulla convivenza, non da questa alimentata¹¹⁶.

Penetra dunque molto profondamente nella decisione della Corte l'assunto secondo cui la ragione umana non ha capacità assiologiche e non dispone di tecniche sociali – la principale delle quali è il linguaggio, lo stesso comportamento, quale scambio di esperienze vissute che propone modelli ed esempi – per istituire accordi intorno al preferibile, e cioè intorno a come è meglio agire. Ciò non può non condizionare la tenuta della sua decisione, trattandosi dell'assunto che revoca in dubbio i fondamenti stessi del giudizio come attività esprimente componenti di conoscenza, e non solo di decisione.

5.5. Il processo come strumento (per arrivare a una norma).

L'esito è stato un percorso il quale, agli occhi di un numero consistente di commentatori, sconta incongruenze piuttosto manifeste che corrono dalla prima alla seconda decisione e delle quali sono stati fatti stilati veri e propri elenchi¹¹⁷. Sono ritornanti, lasciando qui da parte i rilievi che si appuntano sull'invenzione della tecnica dell'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità e sulla creatività della Corte rispetto ai

¹¹⁶ Nel campo dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, l'impossibile accordo sulla nozione di 'buon costume' ha già visto emergere il rischio di una «morale costituzionale»: cfr. Manetti, *Art. 21*, p. 221.

¹¹⁷ Come fa C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 16 ss., a conclusione dello scritto.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

suoi strumenti processuali¹¹⁸, quelli inerenti l'aver operato una vera e propria rideterminazione della questione¹¹⁹, fino alla rottura della corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹²⁰ anche mediante un'opera di integrazione dei parametri, che però non si mantengono stabilmente nel passaggio dalla prima alla seconda decisione, e risultano perciò «variabili» e «rarefatti»¹²¹; la dottrina ha rilevato un atteggiamento complessivamente insincero dovuto da una parte al fraintendimento intenzionale della *ratio* della n. 219¹²², che abbiamo evocato già all'inizio di queste pagine, e che emerge anche dato il fatto che, all'esibita volontà di collaborazione dialogante col legislatore, corrisponde l'assegnare a

¹¹⁸ Per alcuni la tecnica della doppia decisione riassume in sé tutti gli elementi di contraddittorietà, fragilità, opacità della posizione della Corte, in quanto, almeno in questo caso, risulta intrinsecamente contraddittoria, perché «o è vero quello che la Corte dice nella prima, e cioè che si rientra nella discrezionalità del legislatore» o non è vero, e allora non si comprende perché la Corte non ha dichiarato subito l'incostituzionalità (A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio*, p. 207).

¹¹⁹ Rilievi critici che provengono da Autori il cui orientamento nel merito è diverso: la Corte «aggiunge il parametro rappresentato dall'art. 32 e riscrive la *quaestio*, per M. D'AMICO, *Il 'fine vita'*, p. 289; «ridetermina la questione», per F. POLITI, *La sentenza*, p. 664.

¹²⁰ Sicché «al centro della scena non c'è più l'autista aiutante ma l'aspirante suicida aiutato» osserva Dal Canto, *Il caso Cappato*, p. 4 (richiamandosi anche a Battaglia: «la Corte allarga il *thema decidendum* in violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, da salvaguardare in ogni processo giurisdizionale e anche in quello costituzionale). Il rilievo, (che nei termini del giudizio di costituzionalità in generale potrebbe forse non essere del tutto stringente), ha un corpo molto forte in questo caso, dove il venir meno della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ha significato l'assorbimento della seconda *quaestio* posta dalla Corte d'Assise, inerente il carattere sproporzionato della pena prevista dall'art. 580 c.p., che non tiene conto dei motivi del gesto: lo sottolinea, come abbiamo già ricordato, A. PUGIOTTO, *L'altra 'quaestio'*, p. 1 ss. (il quale riteneva, commentando l'ord. n. 207, che aveva taciuto sulla cornice editale, che il profilo non avrebbe potuto non essere preso in considerazione nella sentenza, «perché lo impone la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato». Ciò però non è accaduto).

¹²¹ La Corte ha introdotto come si sa nell'ordinanza, per strutturare la questione, gli art. 32 e 3 come parametri, quando essi non erano menzionati nell'ordinanza di remissione; però non ha poi schiarito il fondamento sull'art. 3 della sentenza (Tripodina, *La circoscritta area*, p. 8: «la Corte asserisce ma non argomenta»); nella sentenza i parametri sono l'art. 32/2 e 3/1 ma «in motivazione non ricevono specifico approfondimento» (Politi, *La sentenza*, p. 663).

¹²² L. EUSEBI, *Regole*, p. 5 («la Corte presenta come compiuto il passo che il legislatore non ha inteso compiere»).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

quest'ultimo l'esecuzione di un compito talmente dettagliato da arrivare a ledere 'la dignità' del legislatore stesso¹²³. Sono stati altresì notati: l'eccessivo condizionamento nei confronti dei giudici¹²⁴ ma anche dell'opinione pubblica¹²⁵; la lesione del principio di legalità e di determinatezza della norma penale, cui perviene il dispositivo¹²⁶ ma anche del principio di ragionevole durata del processo, per avere la Corte fatto ritardare l'assoluzione di Cappato¹²⁷ per tutto il decorso del termine,

¹²³ C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 17 («perché mai il legislatore dovrebbe riscrivere sotto dettatura le parole della Corte traducendo in legge una sua decisione politica?». Nell'ord. n. 207 la Corte ha creato in capo al legislatore «un obbligo a normare» (Brunelli, *Imparare*, p. 3; analogamente Ruggeri, *Rimosso senza indugio*, p. 208). Il problema dell'invasione della discrezionalità del legislatore appare risolvibile considerando il carattere 'transitorio' e 'cedevole' oltre che non vincolante (se non nella misura della doverosa presenza di una data procedura per consentire l'espressione della scelta del malato, che si trovi in certe condizioni, per la morte) delle prescrizioni della Corte: così Catalano, *La sentenza n. 242 del 2019*, in *Riv. AIC*, 2/2020, p. 288 ss., che però, proprio così ragionando, conferma la fungibilità o equivalenza tra la sentenza e la norma di legge.

¹²⁴ Nell'ordinanza, in quanto essa avrebbe trasmesso l'idea che durante il periodo intercorrente tra la prima e la seconda pronuncia della Corte i giudici avessero un obbligo di sollevare la questione, immaginando così un'inammissibile ipotesi di «questioni doverosamente prospettabili» (A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in *Consultaonline*, 2018/III, p. 571 ss., p. 574); nella sentenza, perché il dispositivo avrebbe menomato il potere del giudice di ricondurre ad esso il caso sottoposto al suo giudizio (M. D'AMICO, *Il fine vita*, p. 296: introducendo nel dispositivo un riferimento anche al passato, dato che spetta ai giudici interpretare le decisioni costituzionali in ordine ai propri giudizi, la pronuncia rischia di entrare in contraddizione col principio della riserva di giurisdizione). Il problema del rapporto tra Corte e libertà interpretativa e applicazione del giudice rispetto al diritto derivante da un accoglimento manipolativo è saliente anche in altri casi recenti, come la sent. n. 222/2018 in tema di reati fallimentari, su cui v. A. MORRONE, *Suprematismo*, p. 254-5.

¹²⁵ L'opinione pubblica fu in sostanza invitata a esprimersi in senso contrario alle scelte della l. 219. Traggo questo suggerimento in M. MASSA, *Un'ordinanza*, p. 14. Si pone il problema di che cosa sarebbe successo se il dibattito pubblico non fosse andato «nella direzione voluta dalla Corte e dalla Costituzione» P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 378 (con l'argomento realista per cui la Costituzione è ciò che dice la Corte costituzionale).

¹²⁶ M. D'AMICO, *Il fine vita*, p. 295: «la Corte abdica totalmente alla *ratio* del principio di determinatezza e precisione demandando al giudice *a quo* di ritrovare 'modalità equivalenti' nelle fattispecie e rinviando in ogni caso, tanto per complicare di più, alle proprie motivazioni».

¹²⁷ Che «nella parte motiva aveva ottenuto un riconoscimento certo della fondatezza delle sue ragioni»: R. PINARDI, *La Corte*, p. 1926.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

di per sé irragionevole¹²⁸, degli undici mesi assegnati al legislatore per remediare alla sua inerzia e forse necessari alla Corte stessa per evitare ‘il rischio’ di cambiare idea¹²⁹ (che peraltro non è un rischio e non è un male, specialmente quando si forma un giudizio). Il carattere mobile dei parametri e la non chiara funzione da essi assolta nella motivazione ha reso incerto il principio che sorregge il *decisum*: la dignità, l’autodeterminazione, il diritto alla salute¹³⁰ (oppure l’anti-discriminazione¹³¹)? Non si può non convenire che il diritto alla salute, che senza dubbio è un cardine nell’argomentare della Corte, è un riferimento non del tutto convincente *in subiecta materia*, come, in fondo, ha rivelato l’incorrere della Corte nel *lapsus calami* di chiamare ‘terapia’ la prestazione di aiuto alla morte¹³². In questo, dato che, nella

¹²⁸ Tra gli A. che hanno fatto questa notazione v. E. GROSSO *Il rinvio*, p. 543, e che una tale irragionevolezza sottolinea in particolare con riferimento alla complessità della materia: la considerazione di questa complessità avrebbe potuto incidere sulla determinazione del termine e non, come è accaduto (confondendosi l’organo col collegio) il fatto che dopo undici mesi vi sarebbe stata la sostituzione di un giudice e quindi il mutamento di composizione del collegio.

¹²⁹ Il rischio che la Corte entrasse in contraddizione con se stessa è stato sottolineato da Ruggeri sin da *Pilato alla Consulta*, in *Consultaonline*, 2018/III, p. 568 ss., molto severo nei confronti dell’uso strumentale delle regole del processo.

¹³⁰ C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 6 rileva che la Corte da un lato esclude che sulla base dell’art. 2, 13 e 32 possa essere fondato un diritto a ottenere dallo Stato o dai terzi un ‘aiuto a morire’, che supporrebbe un intendimento dell’autodeterminazione come riferibile anche al ‘bene vita’, dall’altro decide sulla base di quei parametri. Per l’A. non si vede come da tre parametri tutti ritenuti inconferenti sia dedotta la decisione, ovvero il diritto a ottenere l’aiuto al suicidio, e tuttavia queste disposizioni sono il fondamento della sua decisione: «non è chiaro come da tre parametri non pertinenti possa scaturirne uno pertinente in virtù del loro ‘combinato disposto’».

¹³¹ Nelle decisioni Cappato affiora un uso della ragionevolezza in chiave anti-discriminatoria, che può contribuire a spiegare il duplice ruolo della l. n. 219/2017, *tertium comparationis* e parametro. Il concetto di fondo che regge la sentenza è che il legislatore, quando introduce un ‘diritto’, deve farlo in modo non discriminatorio: se un malato che versi in date condizioni può rinunciare alle cure, non si può negare a un altro che versi in condizioni simili di scegliere di morire in altro modo. La logica ricorda quella della Corte di Giustizia, ad esempio in *Maruko* (Grande Sezione, 1.4.2008, Causa C-267/06): se uno Stato regola le unioni omosessuali, deve poi farlo in modo non discriminatorio, cioè tendendo a equipararle in tutto e per tutto al matrimonio. Una logica che può avere esiti paradossali: nel timore che sue scelte vengano poi estese in direzioni che esso aveva escluso, il legislatore può finire per preferire l’inerzia.

¹³² Richiama l’attenzione sul punto, che concerne l’ord. n. 207, L. EUSEBI, *Regole*, p. 5. P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 375 si sofferma sul «*lapsus calami*», che compare nella

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

lingua che parliamo, aiutare qualcuno a morire non può significare curarlo, si può vedere il sintomo di una costruzione non corretta della regola di giudizio, che richiede un impegno nel senso della ricerca della corrispondenza tra le parole e le cose, impegno il quale è anche condizione di trasparenza del ragionamento del giudice, riflesso dell'onestà del luogo argomentativo, e isonomico omaggio all'intelletto, e all'esperienza di vita, dei destinatari delle sue decisioni¹³³. Il *lapsus*, in verità, fa emergere che il fondamento argomentativo della sentenza è obliquo: la Corte insiste nel senso di stare estendendo la *ratio* che già presiede alla legge n. 219, ma, chiamando 'farmaco' il trattamento letale, travolge, come abbiamo già in precedenza notato, il punto di equilibrio consapevolmente raggiunto dalla legge sulle Dat, consistente proprio nella «differenza tra sospendere la somministrazione di una cura e la somministrazione di una sostanza letale»¹³⁴. Lo scambio linguistico tra una terapia e la somministrazione di un farmaco vitale segnala verosimilmente il più profondo epicentro problematico delle decisioni in esame, rappresentato dal ricorso, del resto abituale nella giurisprudenza costituzionale, a un concetto di salute molto ampio, che

stessa decisione, ove la Corte fa riferimento alla «somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte» per rilevare che, presa isolatamente, la frase potrebbe far pensare che la Corte abbia invitato il futuro legislatore a prevedere forme di eutanasia attiva; la frase per Carnevale va invece letta «sistematicamente» e la si deve intendere come se dicesse «fornitura di un farmaco al paziente che provvede direttamente a introiettarlo». Rimane la domanda se, vero che il farmaco non è 'medicamento', sia buon uso della lingua corrente chiamare farmaco ciò la cui assunzione determina la morte; più esatto sembrerebbe parlare di «farmaco letale» (come fa Malfatti, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 188, che a sua volta sottolinea «l'ambiguità filo rosso» degli argomenti della Corte, p. 164).

¹³³ Nel caso Cappato la Corte ha usato più volte parole che non sono sembrate del tutto corrispondere alle 'cose'; in particolare, quando nella sentenza si è riallacciata *sic et simpliciter* all'ordinanza, è parsa svuotare di senso la parola 'trattazione' in quella usata, nel rinviare appunto la trattazione a una futura udienza pubblica: «Se le parole hanno un senso, e se il processo non è da intendersi come uno sterile rito formale, ma come un momento di confronto dialettico tra posizioni giuridiche diverse governato dal principio della libertà del contraddittorio, all'esito di quella discussione sarà compito (e onere) della Corte riesaminare da capo tutti gli argomenti (vecchi e nuovi) che saranno stati messi in campo» (E. GROSSO, *Il rinvio*, p. 559).

¹³⁴ Bertolini, *Valore*, p. 320 ss.; quando la sostanza letale diventa terapia, il discrimine su cui si impernia la legge n. 219 è travolto.

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

include sia le sofferenze fisiche che quelle psichiche, e che, se ha componenti importanti e assai valide, può finire però, se non contestualizzato adeguatamente, per condurre, poiché mette in primo piano il solo elemento funzionale, ad asserire l'equivalenza di trattamenti, pratiche o tecniche molto diverse da loro negli effetti e nelle implicazioni, anche sociali¹³⁵.

Le critiche che ho richiamato certo non sono unanimi: ma ciò che mette conto rilevare è che gli argomenti in favore delle scelte della Corte, specie in punto del rapporto con la discrezionalità del legislatore e del superamento delle 'rime obbligate', fanno tutti appello – come fa la stessa Corte – all'esigenza di evitare le zone franche, di affermare la superiore legalità costituzionale e il connesso accentramento della giustizia costituzionale¹³⁶. Proprio questi argomenti dimostrano che, in esito a una lite strumentale, è risultata accentuata, e in un certo senso legittimata, una concezione strumentale del processo (costituzionale). Innegabilmente, il caso Cappato è un approdo forte dello strumentalismo nelle concezioni della Corte e di molti studiosi i cui argomenti, or ora sintetizzati, si risolvono nel dire che il fine giustifica i mezzi. Ci si potrebbe però chiedere se lo strumentalismo etico, che è alla fine una forma di utilitarismo, possa essere un atteggiamento adeguato tanto alla discussione democratica intorno ai contenuti della convivenza civile, quanto alle funzioni della giurisdizione, compresa quella costituzionale, e, infine, alle esigenze di stabilità della Costituzione. Con queste ultime non pare del tutto sintonica la spinta adattativa sottesa alle concezioni strumentali – veicolo di una inevitabile *Entfremdung* della storia interpretativa di una disposizione in nome della produzione 'evolutiva' di nuove norme¹³⁷ – che può andare a sua volta a coincidenza con i

¹³⁵ Utilizzo l'assai valido argomento formulato da A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 126, in relazione a come, nel richiamo all'art. 32 Cost. nel campo della procreazione medicalmente assistita vi siano «una serie di questioni non apertamente tematizzate su cui sarebbe opportuna un'ulteriore riflessione».

¹³⁶ È il quadro che si desume anche dall'equilibrato commento di S. CATALANO, *La sentenza*, p. 288 ss., ma v. in part. i contributi di P. CARNEVALE, *Incappare*, e M. RUOTOLO, *L'evoluzione*, cui si è fatto in precedenza rinvio.

¹³⁷ Cfr. F. MODUGNO, *Il diritto tra vecchie e nuove concezioni*, in *Dir. Soc.*, 1974, p. 283 ss., 300: «Sono quindi la consapevolezza della politicità della propria opera, il rifiuto del vincolo del 'precedente' e il corretto intendimento della *Entfremdung* che va riferita alle disposizioni come 'fonti', per così dire, dell'ordinamento e non già alle

presupposti della lite strategica, la quale identifica le aule di giustizia come sedi in cui non si svolgono itinerari di conoscenza, ma dove si prendono decisioni orientate a parametri di convenienza.

Si direbbe allora che la Corte si sia *lasciata mettere* nel posto che la lite strategica aveva prescelto per essa, quello di un soggetto che ha il potere di introdurre nuove norme nell'ordinamento, di riformare la società guardandola da un punto di vista governante¹³⁸. La Corte ha accettato in pieno questo ruolo, rinunciando alla via della interpretativa di rigetto¹³⁹, che è stata forse percepita come soluzione troppo debole, anche per l'incalzare dell'attenzione mediatica sul caso (fatalmente scambiata con la genuina pressione della pubblica opinione ad andare in una certa direzione) e che viceversa avrebbe rappresentato un segnale di forza, di fiducia. Fiducia nella propria capacità di concorrere, come giudice, a un lavoro impegnato a pervenire a formulazioni via via più consapevoli, precise, ragionevoli «attraverso il susseguirsi dei casi e la riflessione sulle loro conseguenze»¹⁴⁰, in una realtà dove i mutamenti, le tecnologie per esempio, lasciano inalterate, dal punto di vista del diritto, le esigenze di fondo, che sono *sempre le stesse*¹⁴¹: tendere a evitare l'abuso e a privilegiare le scelte, quindi le azioni, comprese le scelte

norme come costitutive dell'ordinamento stesso che possono garantire innanzitutto la manovrabilità dell'ideologia giuridica, il mutamento di quei convincimenti che non soltanto presiedono alle scelte decisionali concrete, ma pure ai diversi modi di 'lettura' di una disposizione scritta e che permettono il vero e proprio realizzarsi della *Entfremdung* della norma dalle scaturigini, intenzioni e intendimenti originari». Come mantenere, allora, vivente il contatto tra la Costituzione e la storia, di cui è espressione, vale a dire il «nucleo di valori che storicamente e teoricamente distingue la nostra Costituzione da gran parte delle Costituzioni»? (Per il virgolettato Cervati, *Riforme* p. 3).

¹³⁸ Cfr. G. CANALE, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 219, che ravvisa una «strumentalizzazione del processo costituzionale, utilizzato come vettore di una novella legislativa» in quanto connesso a una lite strategica.

¹³⁹ Questa opzione, invece, per C. TRIPODINA, *Quale morte*, in *BioLawJournal-Rivista di biodiritto*, 3/2018, p. 139 ss., p. 148, avrebbe consentito, «da un lato, di far chiarezza sulla lettura più conforme a Costituzione dell'articolo 580 del codice penale; dall'altro, di avviare un processo di riflessione pubblica e collettiva sull'esistenza e sui confini del diritto di scegliere il tempo e il modo della propria morte».

¹⁴⁰ C. BEDUSCHI, *Scritti*, p. 101.

¹⁴¹ Dato che «i principi costitutivi del diritto sono in realtà le costanti dell'azione umana», F. CERRONE, *Appunti*, p. 630, su motivi giuliane.

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

interpretative, che appaiono più capaci di inverare i beni intorno ai quali si è istituita la convivenza¹⁴².

Da questo punto di vista il problema non è tanto, dunque, che la Corte abbia parlato di diritto alla salute mentre parlava in realtà di diritto al suicidio¹⁴³ ma che non abbia potuto intonarsi apertamente al problema dell'aiuto al suicidio con la forza dell'intrecciare la sua parola a dati contesti, a determinate relazioni e a vie interpretative della norma denunciata che si delineano nell'esperienza giurisprudenziale, tutte espressioni viventi, ovverosia pratici "indicatori", del reciproco plasmarsi tra i principi costituzionali e la convivenza¹⁴⁴. Per paradosso, nel rincorrere i cambiamenti della 'vita' della società e delle persone, il giudice alla vita non ha saputo, o potuto, ancorarsi; e il tabù del suicidio è rimasto così forte (proprio perché non vi è stato, per pensarlo, il soccorso e il contenimento offerto dal riferimento al contesto giustificativo delle relazioni) che la Corte non è riuscita, tra le molte condizioni con le quali ha disegnato la sua scriminante per l'aiuto al suicidio, a nominare l'unica effettivamente logica e dirimente: e cioè che la persona a cui l'aiuto si rivolge non sia in grado di compiere da sola l'atto suicida, perché paralizzata. Non ben guidata da una *quaestio* che da una parte era animata da stereotipate contrapposizioni tra libertà e

¹⁴² Invece, presentando le sue decisioni nel caso Cappato come 'eccezioni alla regola' (U. ADAMO, *La Corte è attendista*, p. 8-9) la giurisprudenza costituzionale par dire, facendo propria la distinzione tra 'principi' e 'regole' come recepita dalla prevalente dottrina – per cui i primi competono ai 'casi difficili' – che vi sono casi speciali, in cui la tutela dei valori costituzionali impone eccezioni alle regole (in particolare quelle sul processo e sugli effetti delle sentenze), e casi 'ordinari' cui si applicano le 'regole' comuni.

¹⁴³ A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, p. 573.

¹⁴⁴ È stato ricordato come sia «saggio» pensare che «[L]a mediazione tra valori etici decisivi deve compierla la società, non la legge. Se i *dissóí lógoi* etici riusciranno a orientare comportamenti pratici, come l'alleviamento del dolore con terapie palliative, e la compagnia di familiari, amici, medici, infermieri nel processo verso la morte, la questione dell'eutanasia potrebbe sciogliersi in una scelta etica, non legale» (S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 169, anche richiamando l'opinione di Casavola). Sottoscriverei in larga parte queste affermazioni, ma non la contrapposizione tra l'«etico» e il «legale», per quanto imposta da dogma di separazione tra la morale e il diritto che proprio casi come quello qui in oggetto dimostra di avere come esito solo la risoluzione del diritto nell'eteronomia, nella dimensione prescrittiva (il diritto, se fatto umano, per definizione attiene alla sfera morale).

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

autorità, dall'altra svolgeva una lettura non attenta del caso e offriva una visione falsata dell'esperienza che alla norma denunciata corrisponde nell'ordinamento, la Corte non ha potuto giovare di un'osservazione delle relazioni retrostanti al caso, per ricercare una «regola di coesistenza». Su questi presupposti la sentenza può risolversi in un enunciato prescrittivo, anche molto elaborato, ma del quale non potrà che avvertirsi subito l'erosione perché in quanto norma – se *solo* tale – anche la sentenza non può che nascere morta, cioè all'inseguimento della realtà dalla quale è geneticamente separata. È quello, mi pare, che è accaduto in questo caso: la Corte che agisce come legislatore si ritrova in effetti nella posizione di arretratezza che caratterizza quest'ultimo. Il *dictum* della sentenza Cappato è stato non a caso subito indubbiato di insufficienza rispetto 'alla realtà'¹⁴⁵.

¹⁴⁵ È stato subito sollevato «il tema dei «*casi analoghi ma dissimili*» rispetto a quelli «chirurgicamente» sottratti dalla Corte costituzionale alla punibilità *ex art. 580 c.p.*» (C. CUPELLI, *Le motivazioni della sentenza della Corte d'Assise ecc.*, in *Sistema penale*, 6.2.201, p. 1 ss.) e fra questi, quelli di chi «versi in condizioni di malattia grave e irreversibile (sovrapponibili a quelle di Antoniani), ma non sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale (come il respiratore artificiale)» Cupelli si riferisce al caso di Davide Trentini, che, a differenza di Antoniani, il quale era tenuto in vita anche da un respiratore artificiale, non era sottoposto a trattamenti vitali quando fu accompagnato al suicidio da Cappato. Il PM del relativo procedimento ha dichiarato che «la pronuncia della Corte Costituzionale conferma indirettamente che il nostro esercizio dell'azione penale era giustificato» (PALMIERI, *Il caso Trentini*, in *Avvenire*, 6.2.2020). Per Gallo, segretaria dell'Associazione Luca Coscioni e difensore di Welby e Cappato in quel processo «occorre verificare se il requisito individuato dalla Corte che attiene alla presenza per il malato di trattamenti di sostegno vitale è da considerarsi una condizione aggiuntiva solo eventuale oppure no. In questo secondo caso cambierebbe la posizione processuale di Marco Cappato e Mina Welby che hanno aiutato Davide Trentini che non era sottoposto a trattamenti di sostegno vitale. E di conseguenze anche la nostra difesa dovrà essere necessariamente diversa alla luce di una discriminazione nella non punibilità di chi aiuta il malato. Infatti, si creerebbe una discriminazione ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, fra quanti sono mantenuti in vita artificialmente e quanti, pur affetti da patologia anche gravissima e con forti sofferenze, non lo sono o non lo sono ancora» (*L'Avanti!*, online, 11.11.2019). Sono esiti prevedibili, e ben previsti, per esempio da C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 9-10: «i confini volti a circoscrivere strettamente l'area della non punibilità sono destinati a saltare alla luce del principio di eguaglianza/ragionevolezza». Sulla sentenza sul caso Trentini, pronunciata il 27.7.2020, quando questo lavoro era ultimato, si v. la *Postilla*.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

In una visione strumentale, governante, del diritto, in effetti la giustizia è inutile, in quanto essa nulla rappresenta di diverso dalla decisione politica e la controversia non è un modo per ricercare il giusto e l'ingiusto anche con l'ausilio dei modelli di condotta che emergono dalle scelte umane, filtrati attraverso criteri formati nell'esperienza, che è storia; il processo è solo l'occasione per eseguire norme, o generarne, che stabiliscano per tutti come occorre agire. Quando una Corte si mette al servizio di una simile visione forse esercita più potere, ma perde molta importanza come tale, ed in effetti, se la Corte assume il punto di vista del legislatore non ha senso parlare di 'giurisdizionalizzazione della legislazione'¹⁴⁶ ma piuttosto di legificazione della giurisdizione; così, tuttavia, l'esperienza giuridica tende a chiudersi intorno a una monotona inclinazione prescrittiva.

Il contagio di concezioni strumentali del diritto sulle decisioni che la Corte ha emesso nel caso Cappato è vasto, e non va senza segnali preoccupanti: lo stesso rinvio a data fissa su questioni probabilmente indecidibili e di sicuro molto delicate, e degne di molta meditazione, sottintende un certo discredito per la discussione, il confronto, l'interrogazione reciproca tra gli uomini – i valori di fondo sia della democrazia, sia del diritto, e perciò richiama una mentalità 'operazionistica' di marcusiana memoria, che degli abusi della ragione moderna è l'epitome¹⁴⁷. Dal punto di vista delle regole, «centri di

¹⁴⁶ Posizione espressa da Paolo Grossi come Presidente della Corte nella Relazione dell'anno 2015, ma riflettente assunti della sua opera di studioso v. la *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, in www.cortecostituzionale.it, p. 3 (il punto è richiamato da Salazar, 'Morire sì', p. 584). È stato rilevato che atteggiamenti diffusi in dottrina di valorizzazione della giurisdizione, in quanto ne esaltano la capacità creativa di porre norme in via interpretativa, «inavvertitamente e paradossalmente cadono nel pregiudizio legalistico che formalmente contestano. Assumono infatti come paradigma del pubblico potere la figura del legislatore» (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, p. 433). «Se i giudici pretendessero di fare politica nel senso del potere legislativo otterrebbero effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo politico proprio del giudice» (A. GIULIANI, *Presentazione*, p. XXX).

¹⁴⁷ È la medesima sfiducia che ispira i sostenitori della tecnica delle liti strategiche ai cui occhi, nella materia dei diritti, «il problema di fondo è, difatti, proprio il *dilatarsi dei tempi di riflessione*. È essenzialmente questo il motivo per cui ormai singoli individui, con specifiche aspettative di giustizia, preferiscono stimolare, con la stessa insistenza della vedova importuna al cospetto del giudice disonesto nella parabola

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

argomentazione», «luoghi comuni», «accordi topici», ogni processo, e come tale eminentemente quello costituzionale, è un momento dell'articolazione della sfera pubblica e risente della qualità dei processi comunicativi che in quella si svolgono: «ogni accordo, benché concreto e non generale, topico e non astratto, deve poter maturare, per essere produttivo, in un campo etico della comunicazione umana orientato alla veracità»¹⁴⁸.

La lista degli argomenti che di solito vengono evocati per tratteggiare l'opera della Corte in una democrazia complessa e individuare, di quest'ultima, i problemi, dovrebbe allora essere integrata. Essi solitamente si riducono all'arretratezza della legge rispetto alla società, e anche a una rappresentanza parlamentare che abusa, compreso nella forma dell'omissione, del suo ruolo. La lite strumentale non dovrebbe essere sottovalutata tra i problemi che l'operare in una democrazia complessa pone a un giudice costituzionale. Si tratta di una tecnica semplificatoria che, affidandosi a casi pilota, dà immagini alterate di come l'ordinamento reagisce a date situazioni; sono sempre immagini fortemente sfiduciate nelle risorse autoregolative delle relazioni umane, tendenti alla domanda di norme, e fondate su un abuso del processo¹⁴⁹.

evangelica, il canale politico-giudiziario, certi dei suoi *riflessi più pronti*, affinché possa trasformare le loro richieste di (supposta) giustizia, in giustizia»: PISANÒ, *Il re*, p. 80 (corsivi aggiunti).

¹⁴⁸ Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 1015. Si v. anche la ricerca di BUFFONI, *Processo e pluralismo*, Napoli, 2012.

¹⁴⁹ Se il *dictum* della Corte deve rappresentare il conseguimento di un obiettivo da parte della società o di parti di essa che si muovono in opposizione all'indirizzo politico (come è stato nella vicenda Cappato, ma v., per il proporsi di questo problema nel caso della sent. n. 1/2014, R. PINARDI, *La Corte*, p. 1929) è aperta la strada a una giustizia costituzionale populista, che del resto sarebbe il portato non troppo illogico di una routinaria, e perciò eccessiva, sfiducia nel legislatore. Sarebbe opportuno «evitare di accreditare l'immagine del tutto fuorviante, corriva e francamente ingenerosa del «legislatore nel torpore», riflette E. GROSSO, *Il rinvio*, p. 544, che suggerisce come l'immagine proponga una semplificante logica di tipo decisionista che tende ad azzerare le complessità dei problemi, il loro spessore e la stessa dignità della perplessità e della discussione («Si tratta, di questioni assai delicate, difficili, che coinvolgono «valori ultimi», rispetto alle quali ciascun parlamentare rivendica giustamente libertà di coscienza anche di fronte alla disciplina di gruppo. E che per loro natura non sono risolvibili in tempi certi. (...) Viene da chiedersi se è sempre vero che il Parlamento, quando non decide, non lo fa per ignavia, indolenza o incapacità». Anche «il non decidere è spesso una forma di esercizio di azione politica, che non è dettata

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

Le liti strategiche sono certamente un prodotto delle nostre società: la capacità della Corte di affrontarle dialetticamente, e trarne esiti virtuosi, interroga le forme della ragione in cui si riconosce e a cui fa appello. La Corte che fa un uso strumentale delle regole del suo processo per venire alla fine a dettare norme può offrire specchio alle implicazioni sottese alla lite strategica; in questi casi il richiamo alle esigenze della “collaborazione istituzionale” pare costare un eccessivo sacrificio del valore della divisione del lavoro nel campo del diritto, dello spazio del giudizio rispetto a quello della decisione.

«Rompere il solido ormeggio alle regole mette a repentaglio la legittimazione della Corte»¹⁵⁰, è stato osservato; facciamo nostra questa osservazione, pur proveniente da studiosi che si muovono in un ordine di idee diverso da quello qui adottato, intendendo con le ‘regole’ il rinvio a un complesso di valori, e di atteggiamenti, che permettono di costituire e ricostituire gli ‘accordi’ fondamentali attraverso cui animiamo la nostra convivenza.

6. Conclusioni. Le regole, una risorsa presente-assente nel diritto costituzionale oggi.

Alcuni hanno affermato che davanti alla domanda del giudice a quo nel caso Cappato, domanda che conduceva a ritenere guarentigibili condotte «contro la vita», la Corte avrebbe dovuto aggirarla con una sentenza interpretativa che avrebbe potuto far riferimento alla giustificabilità di condotte pietatis causa, rimuovendo dall’art. 580 c.p. l’inciso «in qualunque modo» e così «lasciando ai giudici di merito (e in particolare al giudice a quo) di trarre le conseguenze caso per caso»¹⁵¹. In rilievi di questa natura, che confidano nel giudizio come momento di

dall’inefficienza ma dalla natura delle cose, su cui è richiesta la decisione. Anche da questo punto di vista, ogni generalizzazione pecca di eccessiva semplificazione».)

¹⁵⁰ Pinardi, *La Corte*, p. 1930 nt. 148, richiamando Bin, *Intervento*, in *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 643.

¹⁵¹ A. MORRONE, *Introduzione*, p. 12, corsivo A. (Corsivo aggiunto.) Negli studiosi della ragionevolezza, maggiore è la consuetudine con un impianto premoderno del pensiero e della pratica giuridica, cui riconducono le connessioni tra ragionevolezza ed equità, e questa è certamente una caratteristica di Id., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

formazione e verifica della portata dei principi, affiora l'ordine di idee, la mentalità, delle *regulae iuris*, quale veicolo del "punto di vista del diritto": non bisognerebbe ascoltare la domanda turpe, la quale è quella che minaccia i fondamenti della convivenza; o almeno, occorrerebbe sempre manovrarla con prudenza; nel forgiare la regola di giudizio occorre interrogarsi sulla condotta dei singoli ma anche ancorarsi ad essa, al modo in cui essa si dispone in concreto, ai valori e disvalori che fa emergere alla luce dei principi, perché è in questo ambito che i principi del diritto vivono ed è aiutando a mettere in luce le regole di condotta preferibili che essi riescono a vivere in pratica come regole della convivenza. Perciò è importante metter a fuoco i caratteri di ogni singolo caso, il quale è sempre unico, ma al tempo stesso può essere oggetto di comprensione, quindi di giudizio, attraverso il filtro della nostra comune esperienza, di cui fanno parte i valori che condividiamo.

Altri, al contrario, ha detto invece, approvando le scelte della Corte, che una sentenza interpretativa avrebbe «scaricato sui giudici il compito di una soluzione al problema dell'uso regolato dell'aiuto al suicidio dando loro una bussola non sufficientemente orientativa»¹⁵². L'un Autore si aspetta che la Corte ragioni come giudice, l'altro approva la sentenza normativa. Sollecitata da questa diversità di visuali, in cui affiorano culture e mentalità giuridiche diverse, in questo scritto ho guardato al caso Cappato – in cui, pur in una cornice che esalta il 'caso singolo' come motore dell'evoluzione del diritto, la Corte rinuncia alla sentenza interpretativa quasi per timore del (non saper) decidere 'caso per caso' – come il sintomo di un'oscillazione, ricca di implicazioni, tra l'intendimento dei principi costituzionali (solo o prevalentemente) come norme, oppure (anche e prevalentemente) come regole.

Importanti studi iniziano a svolgersi intorno alla domanda su perché la scienza costituzionalistica abbia voluto, per dir così, tagliare i ponti con l'esperienza giuridica antica e premoderna¹⁵³; quanto alle *regulae iuris*, la domanda su come mai il diritto costituzionale si sia tenuto lontano, almeno sul piano esplicito, da questi strumenti

¹⁵² P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 374.

¹⁵³ Ho citato in apertura F. CERRONE, alle cui ricerche, sin da *Appunti*, cit., questo studio è particolarmente debitore; e E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, 2013.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

«permanenti» del diritto¹⁵⁴ – che però, in quanto tali, a più riprese affiorano attraverso i nostri modi di ragionare e di vagliare le questioni, e ho cercato di farlo affiorare nel corso di queste pagine – può trovare senza troppa difficoltà una prima risposta¹⁵⁵. Caratteristica dei nostri studi è stato l’investimento su una dimensione normativa della Costituzione e dei suoi principi. Crisafulli, nel suo studio fondativo sui principi generali del fascismo, modello dei futuri principi costituzionali ‘precettivi’, prese espressamente le distanze dall’idea dei principi come mere ‘direttive logiche’, a lungo sopravvissuta nella cultura giuridica italiana¹⁵⁶. Nonostante le «tensioni metodologiche profonde» che segnarono quel periodo fondativo del costituzionalismo italiano, e che in generale segnano, di quest’ultimo, l’intero percorso¹⁵⁷, e dopo cioè che tanta acqua è passata sotto i ponti, la dottrina assume oggi la definizione delle regole che fu forgiata, sin nell’Ottocento, dal positivismo statualista, e che le voleva ‘vigenti’ in quanto recepite dal codice, e ‘principi’ in quanto riassuntive di norme particolari che specificano l’istituto a cui ogni regola si riferisce. Richiamandosi a questo ordine di idee, nessuno dei due Autori, lungo le cui idee si dispongono gli attuali,

¹⁵⁴ «Strumenti permanenti del diritto» da cui il diritto costituzionale ha preso le distanze, ma di cui in realtà si avvale, sono per Elisa Olivito le finzioni giuridiche (*op. ult. cit.*, p. XXVI, che peraltro lo rileva con intento critico). Il diritto costituzionale d’altra parte, in quanto legato ai problemi dell’interpretazione, eredita la tradizione del giuspositivismo ottocentesco che, mentre condannava le massime antiche come cose da praticoni, dall’altra se ne avvaleva in modo raffinato per disegnare la funzione dell’interpretazione del diritto e le operazioni logiche che vi presiedono: cfr. N. COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte generale*, 2° ed., Milano, 1915, p. 80 e 90.

¹⁵⁵ Altre, concorrenti, risiedono nell’auto-percezione del diritto costituzionale come scienza che data da soli ‘due secoli’ (P. RIDOLA, *Esperienza costituzioni storia*, Napoli, 2019, p. 398) ed è pertanto, e per definizione, moderna. In tema G. AZZARITI, *Può il costituzionalismo moderno sopravvivere?*, Bari, 2013.

¹⁵⁶ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, p. 175 ss., com’è noto «il frutto più importante» della discussione degli anni ‘40» (L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Accademia dei Lincei, I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317 ss., 317). Ma anche in Crisafulli molte sono le sopravvivenze e gli influssi di concezioni antiche (cfr. *supra*, nota 27) a testimonianza della presenza-assenza della cultura delle regole nella nostra scienza giuridica.

¹⁵⁷ P. RIDOLA, *Esperienza*, p. 371.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

e apparentemente opposti, orientamenti ‘neocostituzionalista’ e ‘garantista’ ha riconosciuto in *Nemo locupletari debet ex aliena iactura*, che pur fornisce a Dworkin l’esempio della sua idea di ‘principio’ (nel celebre caso dell’erede che uccide colui dal quale spera di ereditare), un vero ‘principio’¹⁵⁸. È un buon terreno questo per verificare l’ipotesi che i due orientamenti opposti non lo siano poi così tanto, e appoggino entrambi su presupposti, prima ancora che giuspositivi, strumentali. Per molti, quel che riempie i principi costituzionali di contenuto è infatti un gradiente politico, istituzionale, sociale, comunque esterno all’esperienza giuridica: lo ‘Stato costituzionale di diritto’, che attraverso i principi trova espressione, attuazione, realizzazione. Ma che fare quando le premesse istituzionali, ordinamentali, o socio-politiche dello ‘Stato costituzionale di diritto’ dovessero dissolversi?¹⁵⁹

Invero, dalle sue origini nell’investimento sui caratteri rigidi e normativi del testo costituzionale, al recente orientarsi nel senso dell’assunzione della giurisprudenza come «vera e propria fonte del diritto» il tratto di continuità all’interno della scienza italiana del diritto costituzionale è apparso costante, nel senso che alla giurisprudenza «come fonte» tende a rivolgersi un atteggiamento sostanzialmente analogo a quello che in passato si rivolgeva «a ogni dato che si presentava nelle vesti di una norma imperativa»¹⁶⁰. L’inclinare della Corte verso un intendimento ‘normativo’ del proprio ruolo può essere spiegato con una sintonia nei confronti di una concezione normativa della Costituzione e dei suoi principi, dominante nel pensiero costituzionalistico italiano.

D’altro canto, già nel contesto della discussione sui principi generali del fascismo, a chi avanzava una visione normativa dei principi fu sollevata, in nome della regola paolina «non ex regula ius sumatur, sed

¹⁵⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole*, p. 875 ss., e L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 2771 ss., 2796 ss.

¹⁵⁹ LA TORRE, ‘Finché la società sarà questa’, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 1/2010, p. 209 ss., 210, che dubita sulla capacità degli orientamenti costituzionalistici contemporanei di sapersi opporre alla deriva strumentale del diritto (p. 224). Sull’utopia dello Stato di diritto costituzionale inteso quale punto di arrivo della storia, v. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001, p. 77; e ivi (p. 48, p. 61) importanti notazioni sulle componenti strumentali di tutti gli orientamenti odiernamente dominanti nel costituzionalismo italiano.

¹⁶⁰ A. A. CERVATI, *Riforme*, p. 6, dove anche il virgolettato che precede.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

ex iure quod est regula fiat» l'obiezione che una simile concezione avrebbe esposto i principi a dinamiche selettive, abrogative, adattative, vale a dire all'impermanenza¹⁶¹.

Una lunga tradizione dunque ci ha abituati a pensare la giustizia, non solo costituzionale, nei termini dell'attuazione costituzionale e alla Costituzione come norma¹⁶²; ma ci avverte anche dei rischi a ciò connessi. Specie se coniugate al prevalere di una logica strumentale e adattativa, anche sotto la crescente pressione di concezioni 'realiste', le idee tradizionali intorno alla Costituzione come norma possono sfociare nella risoluzione della Costituzione in una tecnica di governo della società, ovverosia per perseguire obiettivi: e quando prevale lo scopo sono destinati a ridursi a ideologie, rivedibili e relative¹⁶³, proprio quei valori e quei principi che una Costituzione intende rendere stabili, tra i quali è il fondamento isonomico della convivenza, che mette al centro la persona, portatrice di diritti e di doveri, soggetto.

Proprio quando riflettiamo sulla nostra Costituzione, sui valori, i principi su cui si fonda, avvertiamo che essi non appaiono affatto lontani dall'immagine dell'uomo – della convivenza, del diritto – che le *regulae iuris*, criteri di giudizio, non norme da attuare, portano con sé. L'idea della persona umana come soggetto pensante e senziente, immerso in relazioni dove esercita libertà e responsabilità, che l'interpretazione

¹⁶¹ E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi*, cit., p. 321 ss.

¹⁶² Si deve probabilmente all'influenza di questa parte della nostra tradizione se le odierne sensibili accentuazioni dei profili 'politici' dell'operare della Corte sono accolti «dalla dottrina con generale favore»: A. MORRONE, *Suprematismo*, p. 254. «Purtroppo, la dottrina prevalente del diritto costituzionale contemporaneo ... è convinta tuttora del fondamento esclusivamente imperativo del diritto costituzionale» laddove invece «è evidente che per distinguere i valori che fanno parte del "nucleo essenziale" della Costituzione occorre una sensibilità storica e non una razionalità fondata esclusivamente sull'efficacia formale degli atti giuridici, costituzioni e leggi costituzionali comprese» e allora «occorre che il diritto costituzionale si riappropri di quel suo patrimonio culturale, storico, teorico che aveva caratterizzato in Italia il pensiero costituzionale dei secoli passati»: Cervati, *Riforme*, p. 7 e 2.

¹⁶³ Sintomatica la scoperta di nuovi principi costituzionali, come «l'equilibrio di bilancio», nella sentenza sulla *Robin Tax* n. 10/2015, con evidenti effetti di selezione darwiniana dell'*aquis* costituzionale che con essi non risulti compatibile, tra cui per l'appunto le regole del processo costituzionale, in quell'occasione modificate sotto il profilo degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

costituzionale in realtà ci rende familiare, a cui anzi ci educa, è molto più vicina ai presupposti classici della ragione, che non a visioni moderne, calcolanti e strumentali: le tracce del dibattito intorno all'autodeterminazione, che ho ricordato in precedenza, ce lo dimostrano.

Possiamo del resto, e per esempio, rinvenire la mentalità che le regole portano in sé nei rimedi che alcuni hanno individuato¹⁶⁴ per evitare i rischi connessi all'impiego dell'argomento dignitario, sul quale ripiegano come abbiamo visto anche le decisioni Cappato. Ai rischi, che anche qui abbiamo evocato, di vedere quell'argomento risolversi in esiti puramente strategici o condurre alla contrapposizione tra l'autonomia individuale, assunta come 'dato', e lo «spazio comune», il rimedio appare l'attingere «alle risorse proprie della tradizione giuridica (figure dell'argomentazione, test di giudizio, criteri di selezione degli interessi, ordine delle questioni)». La dignità come 'centro di argomentazione' e 'definizione dialettica' traluce, come risorsa, dalla proposta secondo cui la dignità è concetto giuridico in cui «dall'accordo generale sul suo rilievo segue un disaccordo sulle modalità del suo impiego, risolubile solo tenendo conto ... delle più varie circostanze di tempo e di spazio... ancorato alle risorse della ragione topica, selettiva e contestuale, che rinuncia a definirne l'essenza»¹⁶⁵.

Oppure, riandando all'idea giuliana della *regula iuris* come espressione di una idea 'classica' della ragione umana, che intende l'intelletto come *sensus recti ac iniusti* e ne valorizza le 'funzioni sociali', è possibile coglierne l'affinità con la nozione di 'principio' sviluppata da chi riflette su come «le complesse dinamiche dell'operatività delle norme principio dimostrano che il diritto non è, o non è soltanto, un canone della convivenza autoritativamente imposto, ma un ordinamento di norme fondato su canoni di razionalità pratica, attivati, contestualizzati e storicizzati attraverso le operazioni di bilanciamento ed in tal modo trasposti nel diritto positivo. Tutta l'elaborazione teorica sui principi corrisponde pertanto a un secolare filo conduttore dell'esperienza

¹⁶⁴ Così G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale ecc.*, in *Dir.Pubbl.* 1/2016, p. 247 ss. spec. p. 268 ss., 270, 303; si tratta del resto di un Autore che ha frequentato molto il pensiero giuliano e ne ha adoperato in più di un caso le figure come ispirazione di stimolanti operazioni interpretative.

¹⁶⁵ G. REPETTO, *La dignità*, p. 271.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

giuridica occidentale, considerando il diritto come il tentativo di organizzare la convivenza dei consociati non secondo astratti principi di ragione, ma secondo una razionalità scaturente da un discorso pubblico, nel quale si sedimentano le evoluzioni della storia, del costume, della cultura di una società. I principi sono il prodotto di una razionalità pratica, che conferisce ad essi giustificazione e vigenza, prima e più che di un sistema di autorità sul quale si fonda la loro validità. E la loro operatività nel sistema giuridico, affidata alla ponderazione dei beni e degli interessi in gioco, mette in discussione il presupposto positivistico di un diritto costituito di norme autoritativamente imposte»¹⁶⁶.

Il convivere di una visione moderna del diritto come norma con valori e modi di pensare invece ancorati a concezioni premoderne della ragione e del diritto (cui la prima si è sovrapposta) potrebbe essere una delle ragioni delle tensioni interne alla nostra scienza, e potrebbe spiegarne alcune caratteristiche, indicando così che, in quella scienza, il patrimonio di cultura giuridica di cui le regole sono espressione è in realtà una assenza-presenza. Forse, una maggiore esplicitazione dell'ordine di idee che le regole veicolano – sia quanto a ciò che il diritto è, sia a come lo si fa in pratica – potrebbe giovare alla comprensione di numerosi problemi costituzionali, e in particolare a quelli che vertono intorno all'impiego dei principi nei giudizi di costituzionalità.

Anche la Corte infatti, e in occasioni che, se ci si proponesse di ricostruirle dettagliatamente, risulterebbero probabilmente innumerevoli, ha dato prova di utilizzare i principi costituzionali, e le proprie decisioni, nella chiave delle regole; e alcuni 'fallimenti' della giustizia costituzionale possono essere visti coincidere con una rinuncia ad adoperare quella chiave, rinuncia che in più di un caso (come è avvenuto in quello fatto oggetto di questo studio) potrebbe apparire conseguenza anche della struttura del processo a quo e della costruzione della questione di legittimità.

Nel primo senso, nel senso cioè della possibilità di rinvenire nella giurisprudenza della Corte momenti di utilizzo dei principi costituzionali e delle proprie decisioni nella chiave delle regole, un esempio può venire

¹⁶⁶ P. RIDOLA, nel paragrafo *L'interpretazione dei diritti fondamentali tra 'regole' e 'principi'*, del saggio *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, p. 2 ss., p. 117.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

da come la Corte, nella sentenza n. 221 del 2019, in materia di procreazione medicalmente assistita, sia ritornata sulla sentenza n. 162/2014, com'è noto il più importante precedente in materia, per precisare che alcune formulazioni di quella sentenza in ordine alla libertà procreativa e al suo carattere fondamentale (che, astrattamente intese, hanno fatto pensare al riconoscimento di quello che la dottrina chiama il «diritto al figlio», rimesso alla sola autodeterminazione individuale e mediante qualunque tecnica¹⁶⁷), vanno invece intese come «calibrate sulla specifica fattispecie alla quale la pronuncia si riferisce»¹⁶⁸. Così esprimendosi, la Corte richiama l'interprete delle sue decisioni a leggerle come 'regole' (non come 'fonti'), cioè come indicazioni il cui senso si specifica in rapporto, da una parte, coi principi da salvaguardare – in quel caso libertà, eguaglianza e diritto alla salute nel campo procreativo – e, dall'altra, con concreti e ben delimitati contesti il cui assetto è rilevante per delineare di volta in volta la portata dei principi, la quale assume dunque senso anche in rapporto a come, e per quali fini, all'interno di quali relazioni, singoli soggetti dei principi si avvalgono. Un conto è accedere alle tecniche assistite per motivi risalenti a esigenze ben delimitate che si radicano nel diritto alla salute, altro in nome di un 'diritto a diventare genitori' che potrebbe legittimare il ricorso anche a tecniche dannose per la salute o lesive di altri interessi costituzionali.

La sentenza n. 162 del 2014 e le decisioni sul caso Cappato potrebbero in effetti ben essere confrontate come esempi di due approcci diversi alla comprensione e all'impiego dei principi costituzionali, e verosimilmente allo stesso giudizio di costituzionalità. Nella prima, la Corte intende il proprio ruolo di garante del principio di superiorità della Costituzione come un compito che, è stato detto, la impegna a «individuare [nel diritto vigente] una serie di disposizioni la cui interpretazione sistematica dovrebbe dare, a suo giudizio soluzione»¹⁶⁹, e potremmo dire guida, indicazione, per la definizione di questioni

¹⁶⁷ Per l'espressione C. TRIPODINA, 'Diritto al figlio', in *Giur. Cost.*, 2014, p. 2593 ss. Ma v. sulla sent. n. 162 l'analisi di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 125 ss., in termini meno perentori.

¹⁶⁸ Cioè quella della coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia di infertilità o sterilità assoluta e irreversibile: F. ANGELINI, *Profili*, p. 65 e ss., anche per il virgolettato.

¹⁶⁹ Angelini, *Profili costituzionali*, p. 133.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

successive e diverse. Sulla base di questo convincimento la Corte in quell'occasione superò i timori del 'vuoto legislativo' e, pervenendo a una sentenza interpretativa, in quel caso di accoglimento, si dotò, e dotò l'interprete, di un complesso di riferimenti atti ad approfondimenti e precisazioni ulteriori, certamente necessari, posto che non vennero evitati in quel caso – ciò che è del resto fisiologico e proprio in un intendimento dei principi come regole, 'mai del tutto chiare mai del tutto oscure' – «alcuni ambiti di incertezza interpretativa che sono stati prontamente individuati da più parti»¹⁷⁰. Nelle decisioni Cappato la Corte invece parte dalla definizione di una fattispecie astratta, la procedura medicalizzata che abbiamo più volte richiamato, quasi deducendo dai principi le norme a quella applicabili, norme le quali, proprio a causa del legame con una fin troppo dettagliata fattispecie, appaiono debolmente capaci di offrire direttive nei casi 'diversi e simili' destinati a ripresentarsi¹⁷¹.

Gli svolgimenti costituzionali dei temi connessi ai campi della procreazione, come quello del fine vita, molte volte accostati per le loro comuni implicazioni bioetiche e per il loro contatto col principio di 'autodeterminazione'¹⁷², sarebbero peraltro confrontabili anche da altro punto di vista, che ci riconduce al secondo aspetto poco sopra introdotto, che riguarda l'influenza del processo a quo sulla capacità della sentenza costituzionale di forgiare una soddisfacente regola di giudizio. Un limite profondo è stato in effetti individuato nelle posizioni assunte dalla Corte nel campo della procreazione medicalmente assistita, e questo limite risalirebbe alla difficoltà di distinguere la posizione femminile e quello maschile nella procreazione; la mancata messa a fuoco di questa differenza è di ostacolo a pervenire, in quella materia, a una corretta

¹⁷⁰ *Ib.*, p. 134.

¹⁷¹ Si incorre in altri termini nel rischio, individuato da chi ha riflettuto sul ruolo del 'fatto' nelle decisioni della Corte costituzionale, di pervenire a una «categorizzazione delle situazioni fattuali» che rischia di «prosciugare il senso delle formule linguistiche costituzionali»: E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Gruppo di Pisa*, 30.6.2017, p. 1 ss., p. 16.

¹⁷² Principio la riflessione sul quale ha raggiunto sviluppi molto raffinati proprio in connessione con le tematiche della procreazione assistita e attraverso il pensiero femminile: si v. le ricerche di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, e di Angelini, *Profili costituzionali*.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

corrispondenza 'tra le parole e le cose'. Il più recente intervento della Corte in materia, ancora l'appena richiamata sent. n. 221 del 2019, si inchina alla ragionevolezza delle scelte della legge n. 40 del 2004 in ordine alla preferenza della coppia eterosessuale come ambiente migliore per la crescita dei figli, con la quale viene giustificata l'esclusione delle coppie omosessuali e delle donne sole dall'accesso alle tecniche. Questo esito che per molti versi può apparire non appagante è dovuto anche al fatto che, come è stato puntualmente osservato, la Corte non dà rilievo alla peculiare posizione della donna nella generazione, mentre il considerarla, il tener conto cioè «delle possibilità che per natura sono attribuite al suo corpo e alla sua persona», permetterebbe di creare una regola per l'accesso alle tecniche di procreazione assistita non spaccata intorno alla linea distintiva delle coppie omosessuali/coppie eterosessuali, ma armonizzata dalla presenza, nella coppia eterosessuale, come in quella omosessuale, di una donna che intende diventare madre. Una regola dunque non retta dall'esclusione delle sole persone omosessuali, tutte e indistintamente, e capace anche di aprirsi ragionevolmente all'accesso delle donne sole alle tecniche di p.m.a. In relazione al discorso qui svolto, è interessante rilevare che tra gli elementi che hanno impedito alla Corte di forgiare una simile regola è stata individuata la costruzione del *petitum* dei giudici a quo, «che assumono i contorni e toni tipici della lite strategica condotta col supporto di associazioni ... il cui fine è eliminare il divieto di accesso alle tecniche e pratiche di procreazione artificiale, come alla surrogazione di maternità, per le coppie dello stesso sesso, e dunque non si concentrano su quanto strettamente necessario a superare il divieto per le sole coppie di donne»¹⁷³. L'impostazione neutra delle problematiche procreative

¹⁷³ F. ANGELINI, *Profili costituzionali*, p. 163-164, da dove anche le citazioni che seguono nel testo. Pur spesso sorgenti da casi relativi a coppie lesbiche, le ordinanze di rinvio «non si concentrano su quanto strettamente necessario a superare il divieto per le sole coppie di donne» perché, come spiega anche A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 152, «molte strategie processuali... portano dinanzi alla Corte casi di filiazione di coppie omosessuali femminili per estenderne le massime, secondo una logica antidiscriminatoria, anche alle coppie maschili». Perciò la specifica posizione della donna nella procreazione, posizione che ha il carattere di relazione (con la nuova vita), non viene approfondita e fatta emergere nelle q.l.c., non assume rilievo nel processo costituzionale e fatica a diventare 'regola' nell'approccio alle tematiche connesse alle tecnologie riproduttive e alle c.d. nuove famiglie. L'ordine di idee cui qui si accede

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

impedisce di tener presente che, nel caso della procreazione, il sesso femminile, e quindi ogni singola donna, ha una posizione specifica, in quanto «è propria della donna una maggiore responsabilità e consapevolezza per la scelta della nascita»; impedisce cioè di tener presente la relazione tra il corpo femminile e la nascita. E tuttavia, pretendere di regolare le tecniche procreative senza tener conto di quella relazione è illusorio, perché in quella relazione risiede il solo criterio capace di governare il complesso rapporto tra i diritti fondamentali e tecnologie messe a disposizione sul piano scientifico e medico. Infatti, solo attraverso quella relazione le tecnologie sono mantenute in contatto con la soggettività, l'individualità 'cosciente e senziente' che vi fa ricorso, con la sua «responsabilità e consapevolezza», che può pertanto rappresentare, di quelle tecniche, una misura, misura che invece il riferimento a soggettività neutre, che sono in realtà astrazioni, non è capace per definizione di offrire. Insieme con il riferimento alle relazioni, che mostrano, come dicevamo all'inizio di queste pagine, una 'logica' a cui il giudizio si può appoggiare, si perde anche la possibilità che attraverso il ricorso alle tecnologie «la natura venga rispettata invece che conquistata»¹⁷⁴. Rilievi come quelli sin qui riferiti confermano l'influenza sul processo costituzionale del giudizio a quo, il quale ultimo può, specie in quanto retto dalla logica strumentale della lite strategica, rendere difficile la lettura, se si vuole l'osservazione, e quindi l'interpretazione, delle relazioni con cui la questione interferisce, relazioni la cui conoscenza è invece indispensabile per formare la regola di giudizio. Poiché un soggetto 'neutro', né donna, né uomo, non esiste,

coincide con quello limpidamente espresso dall'A. da ultimo citata con riferimento al tema della surrogazione di maternità, la 'tecnica' procreativa cui si discute possano accedere le coppie omosessuali maschili: «non credo che si debba differenziare a seconda che a ricorrere a una tale pratica sia una coppia *gay* o una coppia eterosessuale, sorgendo in entrambi i casi le medesime problematiche nei confronti della madre biologica e del bambino (diversa è semmai l'ipotesi della coppia lesbica)» (p. 21). Sul limite di una giurisprudenza (ma anche di un discorso pubblico) che non tiene conto dell'«asimmetria dei sessi nelle vicende riproduttive» v. ancora Ead., p. 130 ss.

¹⁷⁴ Secondo un'espressione di Held, *Etica femminista* (1993), trad. it. 1997, p. 137, citata da Angelini, p. 61 nota 60. Il corsivo, aggiunto, sottolinea come questo fraseggio ricordi quello con cui Beduschi, che del resto riflette sulle *regulae* con riferimento ai campi della bioetica, qualifica il compito cui le regole come orientate «non al governo ma al rispetto della realtà» (v. *supra*, par. I.9).

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

né tanto meno esiste la ‘coppia’ come soggetto, è impossibile ancorare su una tale pretesa fictionale una regola di giudizio che sia davvero in grado di offrire uno schema razionale con cui muoversi nelle vicende della procreazione. Come lo è, mi è sembrato di poterlo osservare nel caso Cappato, immaginare regole sul fine vita senza tener conto della relazione tra chi aspira a morire e chi gli è vicino e assumendo invece come riferimento l’autodeterminazione intesa come processo solitario di formazione della volontà, quale essa non è mai nella realtà vissuta dalle persone¹⁷⁵.

Anche in ambiti diversi da quelli ‘bioetici’ tener presente il contrasto, e la convivenza, nella nostra tradizione, tra intendimenti ‘moderni’ dei principi base del costituzionalismo, e intendimenti dei medesimi che li riallaccino a concezioni più antiche può risultare interessante. Per esempio, può contribuire a spiegare aspetti rilevanti del ‘dialogo’, e qualche volta del conflitto, tra la nostra tradizione e quella sovranazionale. Si pensi ad esempio al celebre caso ‘Taricco’¹⁷⁶, che come si ricorderà ha chiamato in causa la concezione, tipica del nostro diritto, che vuole la prescrizione ricompresa nella garanzia dell’irretroattività della norma penale, concezione che fu contrastata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Ue. In questa vicenda la discussione, anche dottrinarica, si incentrò sulla riserva di legge come distintiva del nostro concetto di legalità penale; ma, a ben guardare, nel contrasto tra le due Corti si opponevano due forme della ragione, due culture del diritto, due storie: da una parte quella riflessa in nullum crimen, di cui era portatrice la Corte di Giustizia della Ue, una ragione moderna, razionale, calcolante, alla luce della quale la prescrizione è disvalore, in quanto a sua volta calcolo, ma calcolo immeritevole, calcolo

¹⁷⁵ E poiché una tale idea di autodeterminazione non ha riscontro nell’esperienza, il diritto, che la accoglie, appare astratto, e non è misurabile, né conoscibile, né controllabile, alla luce dell’esperienza comune.

¹⁷⁶ Il caso com’è noto si è snodato attraverso due decisioni della Corte costituzionale e due decisioni della Corte di Giustizia: Corte di Giustizia, Grande Sezione, 8.9.2015 Causa C-105/2014; Corte cost., ord. n. 24/2017; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5.12.2015 Causa C-42/2017) M.A.S.; Corte cost., sent. n. 115/2018. Molto rilevanti anche in questo caso le caratteristiche, ‘militanti’, dell’ordinanza di rinvio, Trib. Cuneo 17.1.2014, su cui v. Donini, *Le sentenze Taricco ecc.*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2018, p. 1 ss., p. 14 e 19 nota 1.

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

sulla propria impunità, e come tale non degno di intensa protezione, per chi quella razionalità privilegia¹⁷⁷. Dall'altra parte quella riflessa nel favor rei, isonomica e tutelante nei confronti dell'accusato perché tale, e cioè perché di fatto in posizione svantaggiata¹⁷⁸; concezione, quest'ultima, che in realtà sola spiega come mai la legalità penale nel nostro paese sia stata sempre intesa come comprendente la prescrizione, e non la riduce a una 'curiosité italienne'. Quando si va alla ricerca delle 'specificità' del nostro ordine costituzionale, molto può essere spiegato con una cultura giuridica in cui lungamente sono sopravvissute, e vivono ancora, nell'interpretazione dei principi cardinali dell'ordinamento costituzionale, come il favor rei, i modi di pensare pre-moderni, equitativi, orientati ad hominem, che sono quelli veicolati dalle *regulae*; sono modi di pensare che incidono nella formazione degli istituti e nella percezione del loro senso e possono aiutare spesso a mettere a fuoco i caratteri che contraddistinguono la nostra concezione del 'costituzionalismo'¹⁷⁹.

In sintesi, interpretare i principi costituzionali con regole e come regole significa intanto leggere i principi, mentre li si applica a problemi 'nuovi' sollevati dall'evoluzione tecnica e dai cambiamenti dei modi di vivere, sempre in sintonia con valori costanti dell'esperienza giuridica: evitamento dell'abuso, isonomia, centralità dell'azione e delle relazioni umane nel farsi del diritto. Significa valorizzare le forme di una ragione controversiale, impegnata cioè in una ricerca dialettica che si interroga, con un impegno per la verità soggettiva, sulle e con le 'esperienze di vita', con le relazioni, quali termini dialettici indispensabili non solo per comprendere e specificare la portata dei principi, ma anche per il loro invero. E può essere d'aiuto quando si va alla ricerca dei motivi

¹⁷⁷ V. per questa posizione F. VIGANÒ, *Sullo statuto della norma penale più favorevole*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2011, p. 1 ss.

¹⁷⁸ La concezione che, mi pare, ispira la lettura di M. LUCIANI, ad es. in *Chi ha paura dei controlimiti*, in *Riv. AIC*, 2016, p. 65 ss.

¹⁷⁹ Quello di indagare «il modo in cui ciascuna cultura costituzionale si confronta con la modernità» è in effetti un metodo di cui la presenza/assenza delle *regulae*, e delle mentalità che veicolano, potrebbe essere un valido strumento; sul metodo indicato, riconosciuto in quello adottato da Paolo Ridola, v. le dense conclusioni del saggio di A. DI MARTINO, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in *Riv.It.Sc.Giur.*, 10/2019, p. 75 ss., p. 101-102, da cui si cita.

Silvia Niccolai

*Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola
Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II*

delle caratteristiche peculiari del nostro patrimonio costituzionale. In queste pagine ho inteso così suggerire che l'incorporazione del punto di vista delle *regulae* nelle operazioni interpretative concernenti la Costituzione potrebbe, da una parte, giovare al mutamento nella stabilità dei nostri valori costituzionali, stabilità che è invece naturalmente minacciata dal contagio della logica della norma, per definizione arretrata rispetto alla realtà e sempre da adattare ad essa, e, dall'altra parte, garantire, di quei valori, l'ancoraggio 'democratico' e 'personalista', che non convive appieno con i presupposti asimmetrici di un ordinamento che si voglia organizzato intorno alla prevalenza del diritto come 'norma'. Si tratta allora, di ritrovare fiducia nel giudizio; e questa è fiducia nelle tecniche pratiche della ragione, anche nello svolgimento dei problemi di interpretazione costituzionale, se questi non devono rinchiudersi nello «specialismo» ma vogliono essere intesi come problemi che ci interrogano come comunità, e dunque ci impegnano come persone e coinvolgono la qualità delle relazioni cui diamo vita¹⁸⁰. L'aspetto problematico, ma anche emblematico, della vicenda che si è svolta intorno al caso Cappato mi è sembrato consistere nella difficoltà per il giudice, anche costituzionale, di guardare con interesse a come dai comportamenti e dalle scelte, che le persone esprimono nelle loro relazioni, possano provenire indicazioni intrecciabili con i valori costituzionali, modelli di condotta dunque, che possono porgere una base a cui ancorare una regola, nella quale trovino espressione pratica i principi costituzionali coinvolti, che in questa ipotesi mi sono sembrati specialmente quelli di libertà, eguaglianza, solidarietà. Ciò significa che anche, e proprio quelle che si ama definire "difficili" sono situazioni che richiedono al giudice lo stesso impegno di ogni altro: guardare a ogni caso come a una aperta *quaestio iuris*, che chiama a uno sforzo di attribuzione di senso e di valore e per questa ragione coinvolge i principi¹⁸¹. Questi divengono 'astratti' proprio allorché non «valgono come pensiero concreto attinente alla vita reale degli esseri umani, ai loro

¹⁸⁰ Sul problema dello specialismo nel diritto costituzionale v. A. A. CERVATI, *Riforme*, p. 6 ss.

¹⁸¹ Cfr. F. CERRONE, *Appunti*, cit., p. 634, richiamando il pensiero giuliano su come i principi siano chiamati in causa anche dai *routine cases*, e osservando esce così fuori dal quadro la fuorviante immagine del giudice Hercules.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

bisogni, ai loro turbamenti, alle loro speranze»; quando cioè ci si allontana dalla consapevolezza che «le idee e i concetti del diritto», compreso e forse per primo quello costituzionale, «sono fatti per affiancarli e orientarli nelle loro vicende, che sono spesso conflitti»¹⁸².

È stato d'altronde già osservato che «oggi, di fronte al moltiplicarsi di condizionamenti e di veri e propri attacchi all'effettività delle norme costituzionali» occorra ricordare che «non di sola efficacia formale può sopravvivere una Costituzione, specie una costituzione assiologicamente densa come quella italiana vigente, né di sola, parziale ineffettività può essa soccombere, se resta vitale nella società, tra i cittadini, la sua articolazione di valore». Se è vero che nel gioco dell'effettività di una Costituzione pesa «tutto un mondo di relazioni, sociali e personali»¹⁸³, è allora importante che con quel mondo i suoi principi si intreccino e si mettano in dialettica, perché solo funzionando come regole di giudizio essi possono essere anche le regole pratiche della nostra convivenza civile.

7. Postilla sul caso Trentini e il seguito delle sentenze Cappato

La sentenza della Corte d'Assise di Massa, 27 luglio 2020 n. 994/17 (leggibile sul sito giurisprudenzapenale.com) sul caso Trentini ha finito poi, contrariamente a quanto si opinava nelle more (v. *supra*, nota 318), per dare attuazione al disposto della Corte costituzionale, ma spingendolo verso esiti tali, che di quel disposto, come di tutta la vicenda processuale del caso Cappato, evidenziano proprio gli aspetti più conturbanti, che nel saggio ho inteso tratteggiare. L'assoluzione viene

¹⁸² F. CERRONE, *Sull'esperienza*, p. 981. È allora, ricorda l'A. riprendendo Capograssi, che l'esperienza giuridica si riduce a strumento, «mezzo per conseguire fini disparati», e cessa di essere «portatrice di una sua verità sul mondo e sulle cose, certo relativa nel senso di storicamente condizionata al proprio mondo, ma una sua verità» che la rende capace di «indicare agli esseri umani obiettivi che sono impliciti, compresi, nella medesima e varia composizione di un ordine giuridico». I concetti giuridici sono invece *concreti* quando «corrispondono a un pensiero legato all'esperienza attiva degli esseri umani». La concretezza dell'esperienza giuridica è «la sua inerenza a un concreto mondo di vita, di relazioni umane» di «rapporti umani» (p. 991).

¹⁸³ F. CERRONE, *L'attesa dell'attuazione costituzionale e la crisi della politica*, in *Dalla costituzione 'inattuata' alla Costituzione 'inattuale'*, in *Quaderni fiorentini*, 103/2013, p. 87 ss., p. 100 e 101.

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

disposta perché il fatto non sussiste con riferimento all'imputazione di istigazione al suicidio, tutte le prove deponendo per l'autonomia e la consapevolezza della decisione di Trentini per il suicidio; e perché il fatto non costituisce reato con riferimento alla agevolazione nell'esecuzione, in quanto, dice la Corte d'Assise, c'è un dubbio sulla sussistenza di una delle scriminanti poste dalla Corte costituzionale, e in particolare la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale. La sentenza si impernia dunque sul *favor rei*. L'iter argomentativo ha particolarità, che non possono non essere richiamate.

Intanto, l'elemento della dipendenza da trattamenti vitali emerge nel processo nell'ultima fase. Il caso di Trentini, anche davanti alla stampa, era raffigurato come diverso da quello di Antoniani perché Trentini, affetto da sclerosi multipla, afflitto da sofferenze indicibili, non dipendeva tuttavia da macchine. La difesa aveva del resto ipotizzato percorsi difensivi nuovi rispetto a quelli seguiti nel caso Antoniani (v. ancora *supra*, nota 318); tuttavia, nell'ultima udienza del processo, il consulente tecnico di parte Dr. Marco Riccio, ha affermato che, invece, Davide Trentini dipendeva da trattamenti di sostegno vitale, sia farmacologici, in quanto gli veniva somministrato un dosaggio di farmaci che non poteva essere diversamente calibrato, pena l'aumento delle sofferenze, sia meccanici, in quanto doveva essere aiutato manualmente a defecare, incombenza alla quale provvedeva la madre. Quest'ultima invero, rendendo la sua dettagliata deposizione nel dibattimento, non aveva fatto menzione di ciò. I giudici ritengono però di assumere per valida e attendibile la testimonianza *de relato* di Riccio, e non dover disporre d'ufficio una nuova testimonianza della madre, che non viene richiesta nemmeno dalle parti.

Con questo, d'altro canto, non viene dimostrato che i trattamenti da cui Trentini dipendeva corrispondano a quei 'trattamenti vitali' di cui parla la sentenza della Corte; perciò la Corte d'Assise introduce il ragionamento, che è affiorato anche nelle cronache giornalistiche, secondo cui non bisogna confondere la specificità del caso su cui la Corte costituzionale si è pronunciata, quello di Antoniani, che viveva, come si dice, attaccato alle macchine, «con la *regula iuris*» che la Consulta «ha codificata». La Corte d'Assise va così oltre il rilevato dubbio sulla sussistenza della scriminante introdotta dalla Corte, dubbio che era

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

sufficiente per l'assoluzione, per quanto creato artificialmente (e cioè rinunciando a sentire la madre), grazie alla non irrilevante alterazione della logica del processo rappresentata dall'attribuzione a una testimonianza *de relato* della funzione di sostituire il contraddittorio, cioè la formazione della prova in dibattimento. Essa si avvia a esprimere il proprio convincimento sul fatto che i trattamenti da cui Trentini dipendeva rientrano nella nozione di 'trattamenti di sostegno vitale' individuata dalla Corte costituzionale. Secondo la Corte d'Assise la *regula iuris* che la Corte ha codificata è la seguente: è un trattamento vitale ogni trattamento dalla cui interruzione derivi presto o tardi la morte del paziente. Il punto di riferimento della sentenza della Consulta è stata la legge sulle Dat, n. 219 del 2017, ragiona la Corte d'Assise. Dunque, poiché «qualsiasi tipo di trattamento» può essere rifiutato, a qualsiasi tipo di trattamento va applicata la scriminante per l'aiuto al suicidio (punto 15.2. della motivazione). In sostanza, la *regula iuris* posta dalla Corte costituzionale sarebbe l'affermazione del diritto all'eutanasia. Questa sembra invero una deduzione eccessiva, oppure l'inveramento di valenze implicite alla sentenza, che molta dottrina, lo abbiamo visto in precedenza, ha avvertito. Ragionando come fa Corte d'Assise, non vi è più alcuna differenza tra rifiuto delle cure e aiuto al suicidio, viene dunque meno l'autonomia del fenomeno (il rifiuto delle cure) che la legge 219 prende a oggetto e la *ratio* stessa di questa legge. Il rifiuto delle cure *quoad vitam* così come l'aiuto al suicidio, a dire il vero, vengono assorbiti nel generale diritto della persona di rifiutare le cure.

Sin qui, la Corte d'Assise dice che si tratta di compiere una analogia in *bonam partem*, permessa in materia penale e in particolare con riguardo alle scriminanti «che sono espressione di principi generali e possono essere applicate in via analogica in quanto norme di favore per il reo», in quanto la situazione di Trentini è «simile» a quella descritta «nella fattispecie normativa che configura la scriminante» (e cioè nella sentenza della Corte). La conclusione cui la Corte d'Assise perviene è che una madre che aiuta il figlio a defecare è un trattamento di sostegno vitale. I giudici di Massa non esitano a esplicitare questa conclusione, su cui si dilungano. Sulla base delle testimonianze, dalle quali risulta che Trentini dipendeva da un'altra persona (che era la madre) «senza la quale non poteva sopravvivere», la Corte passa dall'equiparare a un trattamento

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

di sostegno vitale ogni terapia dalla cui interruzione derivi presto o tardi la morte, all'equiparare a un trattamento di sostegno vitale «la dipendenza da un'altra persona».

La Corte d'Assise è molto convinta: «Il *punctum crucis* della questione è rappresentato dalla *dipendenza della persona da altri (siano essi cose o persone)* per il soddisfacimento di bisogni vitali»; essa ribadisce il concetto: «la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale equivale alla dipendenza della persona da altri per il soddisfacimento di bisogni vitali [come alimentarsi o defecare], siccome, in ambo i casi, l'individuo è dipendente da *qualcosa (una persona o una cosa)* (enfasi aggiunte) indispensabile a una funzione vitale; di qui l'evidenza della estrema similitudine tra le due situazioni [quella di chi dipende da una macchina e quella di chi dipende da una persona], onde la *eadem ratio* consente di ritenere il requisito in questione sussistente anche nel caso in esame in virtù di una interpretazione analogica». In sostanza la persona, per esempio come nel caso di specie la madre, che aiuta un'altra persona a vivere (nel caso di specie il figlio) è equiparata al *trattamento* a sottrarsi al quale osterebbe il divieto di aiuto al suicidio, se non vi fosse stata la sentenza della Corte costituzionale.

Forse la Corte d'Assise di Massa avrebbe potuto tener conto che la Corte costituzionale tiene *exceptae* dalle proprie argomentazioni le persone vulnerabili – che sono precisamente tutte quelle che dipendono da altre persone, e in generale le ‘persone malate’ – e per queste ultime tiene fermo il divieto di aiuto al suicidio. Ma non è questo che conta, quanto l'equiparazione tra cose e persone, tra l'essere attaccati a una macchina e l'essere sostenuti dalla relazione materna, o dalla relazione con altre persone, che la sentenza di Massa pone nell'affermare che la scriminante individuata dalla Corte è applicabile analogicamente dato che nei due casi «l'identità di situazione è evidente perché in entrambi i casi il malato non è autonomo nei suoi bisogni vitali. In entrambe le situazioni la sopravvivenza del malato dipende direttamente da altri. In entrambi i casi, la vita non potrebbe proseguire senza il sostegno di altri». L'idea della persona come strumento sottesa alle teoriche dell'autodeterminazione, da cui germinò il ‘caso Cappato’ viene condotta ai suoi esiti naturali: l'equiparazione tra cose e persone. Che questa sia

Silvia Niccolai

Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) PARTE II

una conquista di civiltà penso si possa, e si debba, profondamente dubitare.

ABSTRACT: The essay argues that some of the much discussed outcomes of the Constitutional Court's decision on the 'Cappato case' can be explained by taking into account the strategic nature of the judicial proceeding from which it had originated; the point is developed by making special reference to the ancient *regulae iuris* and particularly to the *regula Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*. The text is structured as follows: in Part I it is discussed the role of ancient maxims in legal knowledge and practice, and, referring mainly to the studies of, and on, Alessandro Giuliani, the reasons are argued in favour of a rediscovering of the maxims, as «constitutive principles of Law», in the constitutional interpretation; next, *Nemo audiatur* is called into play in order to explore the issue of *lis ficta*. In Part II the 'Cappato case' is analysed in detail, from the trial judgments to the Constitutional Court's ruling. Here it is shown how the *regulae iuris* offer insightful views for discussing both the theory of self-determination (and its fallacies) and some current uses of the human dignity concept. Conclusively, after a quick comparison with other recent decisions of the Constitutional Court, some additional considerations are made on why interpreting principles as *regulae*, and with *regulae*, could provide a degree of stability and effectiveness to constitutional principles, undermined instead by any instrumental conception of Law.

KEYWORDS: Italian Constitutional Court, Cappato case, *Regulae iuris*, *lis ficta*, self-determination.

Silvia Niccolai – Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Facoltà di Scienze giuridiche, politiche ed economiche (niccolai@unica.it)