

## Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo\*

di Elena Malfatti \*\*  
(25 giugno 2019)

1. Mi sono dedicata, nel preparare questo breve intervento, a un profilo che mi pareva poter risultare meno indagato, che forse si colloca a margine del tema prescelto per il Seminario (e sicuramente non è stato prediletto nella relazione introduttiva di E. GROSSO), ma che tuttavia si mostra a mio avviso pertinente, oltreché significativo, essendo stato chiesto dalla Direzione della *Rivista* che ha organizzato l'iniziativa di evidenziare, nel corso della mattinata, tutte le questioni di metodo; esprimo il punto attraverso una duplice domanda, ovvero, che uso fa la Corte costituzionale, nell'ord. n. 207/2018, della giurisprudenza della Corte Edu, e a quale scopo? E' un utilizzo, quello della nostra Corte, che potrà servire al legislatore?

Avevo già sollecitato una riflessione in merito a tale profilo nell'introdurre il dibattito confluito nel *Forum* della *Rivista on line* del *Gruppo di Pisa*<sup>1</sup>, e non intendo certamente ripetermi; piuttosto, svilupperò brevemente quelle osservazioni, inserendole nel quadro delle riflessioni sull'utilizzo del parametro convenzionale che vado facendo da qualche anno, e in ordine alle quali avevo avuto occasione di offrire un piccolo contributo poco più di due anni addietro al *Forum costituzionale*, oltre che alla *Rivista*<sup>2</sup>: si trattava di riflessioni rivolte, in particolare, all'influenza esercitata dalle decisioni di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo (*rectius*: dichiarative di violazioni della Cedu da parte del nostro Paese) sul ragionamento, sui "fraseggi", della Corte costituzionale, rispetto alle quali decisioni notavo una certa reticenza dei Giudici della Consulta a tenere conto di vicende importanti e abbastanza recenti, decise a Strasburgo, in qualche modo, infine, "neutralizzandole"; nell'arrivare infatti anche la Corte a stigmatizzare le scelte del legislatore italiano, e dunque a dichiarazioni di incostituzionalità, essa veniva valorizzando esclusivamente il parametro interno (a titolo di esempio, nella sent. n. 286/2016 sulla fruibilità del cognome materno, nella sent. n. 96/2015 sulla diagnosi c.d. preimpianto dell'embrione prodotto *in vitro*, nella sent. n. 278/2013 sull'accesso alle origini da parte dell'adottato, e in qualche misura anche nella sent. n. 162/2014, sul divieto di fecondazione eterologa), tacendo (o quasi), invece, della Convenzione.

---

\* Intervento al Seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019.

1 AA.Vv., *Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, fasc. n. 1/2019.

2 E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome materno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum costituzionale*, fasc. n. 1/2017.

2. Il frangente temporale nel quale si colloca l'ordinanza Cappato, da questo primo punto di vista, registra significativi elementi di novità, almeno a me è sembrato, perché, tacendo ovviamente qui delle importanti pronunce nn. 24 e 63 del 2019 (sulle quali peraltro si va in queste settimane accendendo il dibattito, e che in estrema sintesi paiono trovare un punto di equilibrio importante tra esigenze (del rispetto) della Costituzione ed esigenze della Convenzione), già a novembre 2018 - quando interviene cioè l'ordinanza in esame - è percepibile un'evoluzione nella giurisprudenza costituzionale: in altre parole, è già possibile scorgere in alcune decisioni un uso "più aperto", per così dire, della Convenzione, anche a supporto di dispositivi di accoglimento, e pure in ambiti nei quali il rapporto dell'ordinamento italiano con la Cedu si è atteggiato storicamente in modo problematico; penso ad esempio alla sent. n. 12/2018, che interviene incisivamente sul terreno minato delle leggi di interpretazione autentica<sup>3</sup>, come anche alla sent. n. 88/2018 che sanziona la novella apportata dal d.l. n. 83/2012 alla c.d. legge Pinto e in specie l'inidoneità dei rimedi indennitari in essa previsti per l'irragionevole durata del processo<sup>4</sup>; e in qualche misura pure alla sent. n. 120/2018, che interviene sull'annoso tema del diritto di associazione sindacale nelle forze armate (molto commentata in dottrina per il richiamo alla Carta sociale europea, ma nella quale - parimenti - i richiami alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte Edu, pur rivolta quest'ultima all'ordinamento francese, trovano uno spazio consistente).

Da un secondo punto di vista, inoltre, si coglie un dato di rilievo, perché nella materia dell'aiuto al suicidio non si sono mai avuti "precedenti" a Strasburgo che potessero impegnare in qualche modo il nostro Paese; dunque la Corte costituzionale sarebbe stata almeno astrattamente libera di estrapolare quegli aspetti più convincenti della giurisprudenza di Strasburgo in materia, che potessero a loro volta corroborare la motivazione (una giurisprudenza, invero, alimentata da vicende spinose che si sono sviluppate in diversi altri ordinamenti, e delle quali comunque, almeno talvolta, vi è stata un'eco nel nostro Paese, per l'estrema delicatezza delle situazioni in gioco). E invece, nell'ordinanza Cappato si nota uno "strano" uso della giurisprudenza di Strasburgo: infatti, ammesso e non concesso fino in fondo che la strada prescelta dalla Corte costituzionale sia stata quella di anticipare una pronuncia di incostituzionalità<sup>5</sup> - perché quella

---

3 Commentandola approfonditamente, A. PUGIOTTO, nell'*Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 2/2018, si è chiesto non a caso, e fin dal titolo del proprio contributo, se Corte costituzionale e Corte Edu fossero divenute a parlare la stessa lingua.

4 Cfr. A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in *Federalismi*, focus *Human rights*, fasc. n. 2/2018.

5 Come hanno sostenuto alcuni in dottrina; penso a G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità (a margine del caso Cappato)*, in corso di pubblicazione sulla *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. n. 6/2018; e, per via di quella che colgo come una mera variante terminologica, a M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; più sfumata mi pare invece l'espressione della prospettata incostituzionalità, ormai arcinota, pur adoperata dal Presidente

escogitata dalla Corte sembrerebbe più una ottima *tecnica di dilazione della decisione*, qualunque essa sarà (per i tanti elementi di ambiguità che l'ordinanza Cappato lascia trasparire, per evidenziare i quali occorrerebbe lo spazio di un ulteriore intervento, ma che credo siano sotto gli occhi di tutti) – servirebbe rintracciare argomenti (anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) utili a favorire un intervento del legislatore capace di evitare, per l'appunto, la dichiarazione di incostituzionalità.

3. Viceversa, cosa fa la Corte: recupera argomenti (intanto, ex art. 2 Cedu) che possono addirittura portare - almeno a prima vista - in tutt'altra direzione, ovvero che non sembrano adatti a indirizzare proficuamente il legislatore quanto e forse, nell'immediato, che risultano funzionali a compattare il Collegio sulla soluzione dilatoria che caratterizza l'ordinanza Cappato. In altri termini, ricorda anzitutto la Corte come a Strasburgo si sia affermato, in un passato peraltro nemmeno più tanto recente<sup>6</sup>, che non è ricavabile con certezza dalla Cedu un rifiuto di vivere, né dunque un diritto a morire; da questo richiamo in negativo ricaverai pertanto, almeno sul piano logico, un ventaglio di soluzioni aperte al legislatore, che potrà essere anche molto "conservativo" nell'auspicato intervento prima del 24 settembre prossimo, sol che trovi una via di uscita accettabile per il signor Cappato e per i soggetti che versino in situazioni analoghe (infatti, che la disciplina attuale del codice penale possa applicarsi a Cappato, e ad altri imputati in procedimenti nei quali emergano esigenze consimili, sembra decisamente da escludersi, considerate le più nette affermazioni della Corte a proposito della necessità di evitare l'applicazione della disposizione indubbiata *in parte qua*, per le peculiari caratteristiche del caso in esame e per la rilevanza dei valori in esso coinvolti).

A guardare un poco più in profondità gli ulteriori argomenti di Strasburgo richiamati dalla Corte (stavolta, ex art. 8 Cedu, ma sempre attingendo alla trama del ragionamento di *Pretty c. Regno Unito*) - potrebbero paradossalmente indurre lo stesso legislatore a modulare la disciplina che c'è già, nel nostro Paese (ricomprendo in essa le norme sull'accesso alle cure palliative, contenute nella legge n. 38/2010, e quelle della più recente legge n. 219/2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento, le c.d. DAT) lasciando comunque in piedi molti "paletti", presidi sanzionatori importanti cioè, rispetto alle pratiche di aiuto al suicidio, sol che stenda, per così dire, un cordone sanitario attorno ai soggetti più deboli, vulnerabili: è indubbiamente vero, infatti, che relativamente ai diritti di tali soggetti un'ingerenza statale non è stata considerata sproporzionata, a Strasburgo, ma anzi – tutt'al contrario – rispetto a siffatte delicate posizioni vi sarebbe un dovere vero e proprio di protezione da parte dei pubblici poteri; dunque, portando alle sue coerenti conseguenze questa impostazione, qualsiasi tentativo di assistenza al suicidio andrebbe ulteriormente censurato, dovendosi

della Corte Lattanzi per alludere a una nuova tecnica decisoria.

6 Il riferimento è al celebre caso *Pretty c. Regno Unito*, affrontato dalla Corte europea nel 2002, in *Foro it.*, 2003, IV, 57, annotato da B. BARBISAN, *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*.

viceversa implementare le misure di tutela in ambito medico e di tipo assistenziale che possano consentire un ultimo tratto di strada più dignitoso (o forse, per meglio dire, meno indegno) ai soggetti affetti da malattie incurabili.

Certo, la sottolineatura di questo paradosso vuol essere, da parte di chi scrive, anche una provocazione, che va a sfumare (ne sono consapevole) l'accento posto dalla Corte sull'esigenza del rispetto dell'idea, propria dei singoli individui, di una morte dignitosa (e infatti, che sia imprescindibile un intervento del legislatore per un primo bilanciamento tra le esigenze di tutela sottese all'art. 580 c.p., nel continuare a garantire il bene *vita* e la previsione di casi, presupposti, e modalità di accertamento della validità della richiesta di aiuto al suicidio, è evidenziato chiaramente in dottrina<sup>7</sup>). E tuttavia, sono altrettanto convinta che siano gli argomenti completamente taciuti dalla nostra Corte (ma che sarebbero stati ricavabili dallo stesso art. 8 Cedu, in virtù di una giurisprudenza europea meno datata di *Pretty*, ed enucleabile da assai note vicende che hanno riguardato l'ordinamento elvetico) quelli che avrebbero potuto più decisamente incoraggiare il legislatore a intervenire, sia nell'ambito dell'aiuto al suicidio che in quello vero e proprio dell'eutanasia, impegnandolo più chiaramente nella prospettiva non degli obblighi negativi degli Stati (di evitare ingerenze sproporzionate, come si diceva sopra) bensì positivi, progressivamente emersi a Strasburgo nell'alveo del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

4. La Corte europea è infatti venuta affermando, nell'ambito di un orientamento effettivamente in evoluzione, il diritto di decidere in quale momento e con quali modalità porre termine alla propria vita, cui - a rovescio - si correla l'idea della necessaria adozione, da parte degli ordinamenti, di misure idonee a facilitare una fine dignitosa. Preveggo sul punto una facile obiezione, con le parole che ho adoperato in altra sede: è vero (mi si dirà) che la Corte di Strasburgo affronta volta per volta *casi*, con le rispettive peculiarità; ma è altrettanto vero che ciascuno diventa *occasione* di ascrizione di significati ai parametri convenzionali, il cui rispettivo nucleo, invero, prescinde (e non potrebbe essere altrimenti) dalle circostanze delle fattispecie singolarmente indagate, per arricchirsi di sfumature plurime, incommensurabili rispetto ai parametri costituzionali nazionali<sup>8</sup>. E questo è un punto che credo vada rimarcato, per l'ordinanza e per la materia che oggi ci occupa, perché indubitabilmente il crinale tra pratiche di assistenza al suicidio e pratiche eutanasiche si rivelerà sottilissimo, rispetto a tutta una serie di situazioni, se si ammette con un po' di coraggio che le caratteristiche di una medesima patologia possano variare - come in effetti accade - da individuo a individuo<sup>9</sup>; dunque non troverei coerente ammettere a determinate condizioni un aiuto al suicidio, e

7 Ad esempio, da U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *Diritti comparati*, 23 novembre 2018.

8 E. MALFATTI, risposta alla domanda n. 2, in AA.VV., *Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 178.

9 Lo spiega esemplarmente F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 aprile 2019.

parimenti escludere la liceità di un'assistenza al fine vita, *anche* con un intervento attivo da parte di terzi, sulla base della mera circostanza accidentale per cui, ad esempio, un soggetto altrettanto malato e altrettanto sofferente quanto il signor Antoniani non possa *nemmeno usare la bocca* (come invece ha potuto drammaticamente fare costui) per iniettarsi un farmaco letale.

Servirebbero senz'altro, anche qui, ulteriori riflessioni che non ho il tempo stamane di sviluppare; mi preme tuttavia sottolineare, come è stato efficacemente scritto anni addietro, che rincorrere la morte non è un male *ipso facto*<sup>10</sup>: se le pene per taluni assumono l'alto valore d'una comprensione profonda della vita e del suo mistero, cui solo il dolore più intenso conduce, non si può negare che quegli stessi patimenti possano, in altre esperienze di vita, offuscare a tal punto il senso di sé e la dignità con cui ciascuno pensa se stesso da divenire intollerabili. Questo il legislatore dovrebbe poter comprendere, senza mortificare chi, al termine dei suoi giorni, sia obbligato a vivere perché, "semplicemente", impossibilitato a darsi la morte; e allora – pure ciò si è nitidamente osservato<sup>11</sup> – la vicenda del signor Antoniani, *alias* Dj Fabo, contribuisce (dovrebbe contribuire) a illuminare il destino di coloro che non hanno, ad oggi, neppure la tragica scelta tra il lasciarsi morire e l'uccidersi con l'aiuto "passivo" (*rectius*, con l'aiuto al suicidio) altrui.

5. E' chiaro che il legislatore italiano potrebbe riconoscere il diritto a una morte dignitosa comprensivo di pratiche eutanasiche, in una o nell'altra delle sue possibili formulazioni, e dunque prevedibilmente non nell'estensione più ampia ma limitatamente alle ipotesi in cui il soggetto che intenda esercitarlo si identifichi in un uomo o in una donna con le caratteristiche che la Corte costituzionale ha cercato di enucleare nell'ordinanza Cappato<sup>12</sup>, solo in quanto riterrà prevalente l'interesse del vivente a decidere della propria morte nelle circostanze avverse della sua vita rispetto ad altri interessi (ad esempio, quello del medico del medico a non erogare prestazioni che ritenga contrarie ai propri valori, o quello dello Stato a non farsi carico dei costi relativi (non solo economici))<sup>13</sup>. Ma per condurre il legislatore ad una tale, rimarchevole (e ad oggi, a mio avviso, purtroppo molto improbabile), scelta di campo, ad un risultato comunque impegnativo perché realisticamente bersaglio (non è difficile pronosticarlo) di aspre critiche da parte di coloro che – in dottrina ma più ampiamente nell'opinione pubblica – all'aiuto al suicidio e all'eutanasia si mostrano contrari a prescindere, la Corte costituzionale avrebbe potuto incoraggiarlo più e meglio di quanto non abbia, in verità, saputo

---

10 B. BARBISAN, *op. cit.*, 66.

11 C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *Bio Law Journal*, fasc. n. 3/2018.

12 Punto 8, terzo cpv. del *Considerato in diritto*, già oggetto anch'esso e specificamente di molteplici commenti dottrinali.

13 Lucida, in merito, l'analisi di L. MILAZZO, *Il diritto di morire, preso sul serio*, in I. BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2016, vol. II, 77.

fare con l'ord. n. 207/2018 (e c'è una «differenza di “spirito”», me ne rendo conto, fra una tale prospettiva di lettura e quella di colei, ad esempio, alla quale ho appena rubato l'espressione<sup>14</sup>).

Da tutto ciò, ad ogni modo, ricavo uno spunto conclusivo sul senso dei riferimenti espressi (come pure, e ancor più, su quello dei mancati richiami) della nostra Corte alla giurisprudenza sovranazionale: se, nello specifico, li si può intendere e valutare come un'occasione perduta di guardare con più coraggio alle interpretazioni evolutive della Cedu, ex art. 8 della medesima Convenzione, più in generale essi restituiscono - almeno in chi parla adesso - il senso di un percorso tuttora in parte da compiere, ovvero di una Corte tutt'oggi faticosamente “a metà del guado”, nelle sue relazioni “da lontano” con la Corte di Strasburgo. E questo può rappresentare un problema, se si vuol continuare a credere all'idea di un sistema giuridico aperto, cui aderiscono - più o meno consapevolmente - i Paesi membri del Consiglio d'Europa, e nel quale i diritti delle persone possano, via via, conquistare una qualche maggiore omogeneità.

\*\* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa.

---

14 G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti fondamentali*, fasc. n. 1/2019.