

## Quali le possibili motivazioni di una sentenza sul merito della Corte, a fronte di un legislatore silente\*

di Giuseppe Campanelli\*\*  
(29 giugno 2019)

1. Il presente contributo, nell'ambito della complessa vicenda connessa all'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale, intende concentrarsi sullo specifico profilo relativo alle possibili argomentazioni che, nel merito, la Corte costituzionale dovrebbe poter considerare, a seguito dell'udienza già fissata per il 24 settembre 2019, per giungere a definire la questione di legittimità sollevata in ordine all'art. 580 c.p. e dunque per chiudere definitivamente quello che la stessa Corte ha identificato come il "caso Cappato".

Tale concreta prospettiva sconta il fatto che l'aspetto collegato al merito possa risultare prevalente nell'ipotesi in cui il legislatore, pur chiamato a regolamentare la materia in esame, non sia, come allo stato sembrerebbe, effettivamente intervenuto.

Quest'ultima affermazione non vuole significare che l'analisi delle iniziative legislative fino a questo momento presentate non sia da ritenere utile, secondo altra visuale, a valutare la possibile definizione della questione, ma queste ultime rappresentano, anche considerando la tempistica, un elemento al momento aleatorio e da poter ritenere solo un fattore *ad adiuvandum* rispetto ad una valutazione di merito appunto, più complessiva.

Residua, però, l'opportunità di evidenziare, nel contesto generale, anche l'assetto normativo già esistente che potrà fungere da possibile ispirazione nel caso in cui si registrasse l'intervento legislativo richiesto (nel momento in cui si scrive sono undici le proposte di legge presentate, di cui le ultime due alla fine di maggio e all'inizio di giugno del 2019, gran parte delle quali indirizzate a riconoscere la piena autodeterminazione del soggetto anche rispetto a fattispecie di eutanasia e molte meno volte a reprimere qualsiasi condotta di questo tipo) o patrimonio interpretativo nel caso in cui lo stesso non dovesse verificarsi (i riferimenti principali vanno ascritti, ad esempio, alla novità rappresentata dalla recente legge 219/2017, recante Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, al possibile ostacolo, almeno nell'ottica di chi scrive, riconducibile al Codice di Deontologia Medica, modificato da ultimo nel 2018, all'interno del quale l'art. 17, presenta, appunto, un contenuto piuttosto problematico, posto che stabilisce che "*il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte*" e alle potenzialità proprie della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina, resa esecutiva con la legge all'autorizzazione alla ratifica 145/2001, ma non ancora ratificata nello stato italiano).

2. La prima (e preliminare) questione da valutare, per poter poi ragionare sulle possibili motivazioni che la Corte costituzionale dovrebbe esaminare per giungere alla sentenza definitiva, nel settembre del 2019, è rappresentata da un profilo più generale e soprattutto esterno, seppur strettamente connesso, alla vicenda concreta che ha condotto, finora, all'ordinanza 207.

Mi riferisco al delicato contesto generale al cui interno si è manifestato il "caso Cappato" (o meglio la vicenda di Fabiano Antoniani), contesto con il quale la Consulta, per le proprie competenze, o il legislatore devono confrontarsi per poter finalmente garantire, con la propria decisione o con la propria fonte normativa una qualche certezza rispetto ad una materia, genericamente e forse, per certi versi, superficialmente, tenuto conto dei

---

\* 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.

valori in discussione, identificata come il fine vita e che, allo stato attuale, attende ancora una puntuale e non più rinviabile regolamentazione.

Il riferimento al contesto generale appare importante perché all'interno di quest'ultimo emergono questioni irrisolte che appaiono strumentali alla decisione che verrà.

Un primo elemento che concorre a determinare il contesto nel quale il legislatore o la Corte saranno chiamati ad agire è costituito da una giurisprudenza di merito e di legittimità ampiamente "emergenziale", a volte necessariamente "cautelare" che è dovuta intervenire, data l'assenza di un assetto legislativo di riferimento, per risolvere delicatissimi casi concreti assurti a *leading cases* per due ordini di ragioni.

Da un lato, queste decisioni hanno, per quanto possibile, cercato di porre alcuni paletti, attraverso gli orientamenti giurisprudenziali proposti, provando a consolidare nozioni immediatamente riconducibili alla sfera più intima della persona, ruotando intorno ai temi dell'autodeterminazione, del consenso o del dissenso alla prosecuzione delle cure, della volontà consapevole, del diritto a morire, dell'assenza di un obbligo a rimanere in vita in certe condizioni etc.

Dall'altro lato, però, le medesime sentenze, posta la più volte ricordata assenza di una normativa generale, descrivono un quadro slegato, non armonioso, rispetto ai valori costituzionali da tutelare, facendo, tuttavia, emergere, un patrimonio, finora rimasto sullo sfondo, ma cui attingere proprio nel merito.

Tale peculiare profilo riguarda il concetto del diritto alla dignità nel momento, piuttosto indecifrabile, del fine vita che, alimentato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, ha trovato pieno riconoscimento, appunto, nei e dai casi concreti, senza riuscire a guidare, almeno finora, il legislatore nel completamento del suo compito.

Evitando di operare, per ragioni di spazio, una mera rassegna giurisprudenziale mi pare molto più significativo ricordare solo due passaggi emblematici delle sentenze relative alle due vicende forse più note degli ultimi anni nel nostro ordinamento, ovvero quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro (senza dimenticare che negli anni si sono registrati diversi casi, anche in altri ordinamenti, che, ciclicamente, hanno imposto una serie riflessione interna sul tema. Si pensi, ad esempio, a Lucio Magri, Terri Schiavo, Brittany Maynard e da ultimo, in Olanda, alla controversa vicenda di Noa Pothoven).

Se, per Welby, il Tribunale di Roma, con la sentenza 23 luglio 2007, è giunta ad affermare che *"egli, arrivato allo stremo, si rifiutò di assecondare i tempi e le ragioni della politica, separando la sua vicenda personale da ogni valenza esteriore e mediatica e riappropriandosi della dimensione personalissima del dolore e della sua dignità di uomo"* e se, per Eluana Englaro, la Corte di cassazione, con la decisione 21748/2007, ha espressamente chiarito che *"il diritto alla salute come tutti i diritti di libertà implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire"* ciò vuol dire che, con tutta evidenza, è più che mai decisivo un intervento, a livello giurisprudenziale o a livello normativo per chiarire il tema del fine vita o meglio (anche se più scomodo), della buona morte, *rectius* dell'eutanasia.

Un secondo elemento, che si colloca perfettamente nel contesto generale all'interno del quale sono chiamati ad operare il legislatore o la Consulta, e con il quale questi ultimi si dovranno inevitabilmente confrontare è rappresentato dal rapporto tra la dignità di un soggetto (è, ad esempio, proprio il caso di specie di Fabiano Antoniani che ha condotto all'ordinanza 207) che si trovi in condizioni di malattia irreversibili che, prima o poi, ma senza alcuna certezza, lo condurranno alla morte, anche attraverso insostenibili sofferenze, e i progressi della scienza medica che incidono sul protrarsi di questa condizione.

In altre parole, si fa riferimento alla preponderante influenza della scienza che ha alterato, o per meglio dire, ha reso problematico il decorso fisiologico dell'esistenza di una persona (si pensi al problema del labile confine tra stato vegetativo e coscienza minima su cui da anni e anche nel momento in cui si scrive va avanti il caso Lambert in Francia).

Più in particolare, sul punto, ritengo si debba, in concreto, riflettere su due concetti principali ovvero quello del mantenimento in vita e della durata *ad libitum* di tale mantenimento e dunque sulla corretta identificazione del concetto di dignità della persona in questa fase.

Perché, se è vero che il progresso scientifico incide in modo decisivo vuol dire, molto banalmente, che prima, in assenza di questa determinante incidenza, la persona coinvolta sarebbe semplicemente morta, senza tanti problemi, mentre ora rimane o può rimanere in vita e, in questo caso, va chiarito fino a quando deve rimanere in vita, chi lo decide e a quali e in che condizioni ciò debba avvenire.

Ciò può voler dire che se è stata modificata l'aspettativa di vita della persona gravemente malata, il mantenimento in vita della stessa ed è stato quindi notevolmente posticipato il momento della sua morte deve essere anche rivisto il perimetro della nozione di dignità che non può più essere solo dignità al momento della morte, ma è anche dignità in tutto quell'arco temporale che va dal momento in cui si scopre di avere una malattia irreversibile e il momento in cui si decide di non voler più rimanere in vita e quindi si interrompe la stessa o si provoca la morte. Si tratta di un concetto di dignità molto più complesso e che copre molte più ipotesi e situazioni e che solo per questo motivo va ripreso completamente in considerazione sia alla luce dei parametri costituzionali, sia nella logica di una sua, eventuale, organica disciplina.

A ciò si aggiunga infine, per definire completamente il contesto generale, che è vigente, come sopra ricordato, la l. 219/2017, richiamata dalla stessa Consulta nell'ordinanza 207/2018 come possibile atto normativo dal quale partire per poter apporre allo stesso le modifiche idonee a ricomprendere anche le fattispecie connesse all'eutanasia.

Tuttavia, pur trattandosi di un'ipotesi sicuramente praticabile, non va dimenticato che il legislatore, nell'ambito dei lavori che hanno condotto poi all'approvazione della legge, si era posto il problema della possibile inclusione di tale materia nell'alveo delle fattispecie previste, ma lo aveva espressamente escluso.

La mancata previsione, almeno per il momento, non è dunque dovuta ad una qualche omissione, ma piuttosto ad una scelta precisa giustificata dal fatto che il legislatore ha creduto opportuno non equiparare, secondo la medesima prospettiva "volontaristica", il rifiuto delle cure (da un punto di vista passivo) all'intervento direttamente mirato a favorire, anche se non direttamente a provocare, la morte, intesa come azione.

**3.** Se è dunque questo il contesto nel cui ambito sono chiamati, per le diverse funzioni esercitabili, il legislatore, o in caso di mancato intervento di quest'ultimo, la Consulta, preme ora provare a richiamare in via assolutamente schematica i profili più rilevanti che, tra gli altri, nel merito, potrebbero essere presi in considerazione dalla Corte costituzionale per produrre le motivazioni che condurranno alla decisione dopo l'udienza del 24 settembre del 2019.

Un primo elemento è rappresentato dalla richiamata giurisprudenza di merito e di legittimità che, pur essendo emergenziale e basata su casi concreti non immediatamente sovrapponibili tra loro, ha comunque posto alcuni punti fermi ai quali la Consulta potrebbe riconoscere "dignità" di diritto vivente (pur nella consapevolezza della possibile obiezione secondo la quale, sebbene costruiti su casi perfettamente coincidenti con il fine vita le sentenze citate non si sono occupate nello specifico dell'eutanasia).

Se, infatti, la Corte, ha, a mio parere, correttamente escluso la sussistenza del diritto vivente formatosi, con una sentenza piuttosto isolata (Cass. 3147/1998), sulla perimetrazione delle fattispecie dell'istigazione o agevolazione al suicidio di cui all'art. 580 c.p., dall'altra parte, acquisendo i ricordati percorsi argomentativi adottati dal giudice di merito e da quello di legittimità potrebbe offrire, nel merito, rilevanti riflessioni, con riguardo alla nozione di dignità, di consenso e di autodeterminazione.

Pur spostando l'attenzione verso tali valori, rispetto alle dinamiche della norma del codice penale, la Consulta porrebbe al centro della questione, non tanto e non solo il tema del soggetto coinvolto nell'istigazione o nel suicidio assistito, quanto piuttosto la persona in quanto tale che si determina consapevolmente, durante la malattia o durante la vita a porre fine a quest'ultima anche attraverso un intervento esterno.

Questa prospettiva potrebbe produrre l'effetto benefico, per un verso, di sottrarre i soggetti interessati a quello che finora si può paradossalmente definire un "accanimento giudiziario", nella misura in cui il riconoscimento a congedarsi dalla vita è giunto, in alcuni casi, solo attraverso un calvario di ricorsi e di decisioni spesso fondate su posizioni assolutamente differenti tra loro.

Per altro verso, si riscontra un evidente contatto tra la giurisprudenza di merito e quella di legittimità e gli orientamenti espressi dalla Corte, con l'ordinanza 207, rispetto agli obiettivi che potrebbero, nel merito, essere conseguiti con la decisione definitiva.

A questo proposito si registra una comune volontà di affrontare il tema dell'impatto e degli sviluppi della scienza medica su fattispecie come quella in discussione.

Il passo ulteriore richiesto alla Corte, però, rispetto a quanto affermato nell'ordinanza, è quello di non limitarsi a constatare gli "*sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali*", ma di spingersi sino a trovare un punto di equilibrio, capace di limitare al massimo il fisiologico ambito di discrezionalità nell'accertamento di tali condizioni (ritorna in tal senso il collegamento anche alla giurisprudenza di legittimità, ad esempio sul caso Englaro, quando si fa riferimento alla necessità di accertare, come irreversibile, la condizione di stato vegetativo "*secondo riconosciuti parametri scientifici*").

Altro obiettivo comune sembra essere quello di schematizzare e identificare espressamente le condizioni che potrebbero aprire alla giustificazione o alla legittimazione della decisione di porre fine alla propria vita anche in una logica eutanasica o, come nel caso Cappato, all'identificazione delle condizioni che scriminano l'intervento di un soggetto esterno. Questi passaggi si ritrovano, sia nella sentenza sul caso Englaro, ma anche e soprattutto nell'ordinanza 207 (par. 8 del considerato in diritto).

Il fine, come avvenuto in altri casi (si pensi, tra gli altri, alla decisione sulla fattispecie del codice penale in tema di interruzione della gravidanza o sull'andamento giurisprudenziale della Corte costituzionale in tema di corretta individuazione della nozione di buon costume), sembra essere quello di superare l'evidente, a mio parere, anacronismo legislativo della *ratio* rappresentata dall'art. 580 c.p., spostando l'attenzione dalla mera visione collettiva, fondata cioè solo sulla percezione, altamente soggettiva, del "disvalore sociale", al pieno riconoscimento della centralità della volontà del soggetto in quanto persona, la cui decisione consapevole ricade nella sua sfera esclusiva di competenza e in tal senso non dovrebbe avere ricadute esterne, se non ai limitati fini di un giudizio morale che è evidentemente inaccettabile.

Un secondo profilo che la Consulta potrebbe considerare nel merito è rappresentato dalla sua stessa giurisprudenza che nell'ordinanza 207 è rimasta, in certi passaggi, molto sullo sfondo e che, invece, potrebbe fornire utili appigli al fine di giustificare un indirizzo interpretativo maggiormente orientato a valorizzare l'autodeterminazione del soggetto, il

valore del suo consenso e la tutela della persona, con particolare riguardo alle dinamiche connesse all'interpretazione dell'art. 32 e dell'art.13 Cost.

Se, infatti, la Corte si è limitata a ricordare le sentenze 438/2008 e 253/2009, che qualificano il consenso informato come un reale e concreto diritto fondamentale della persona, va, però, ricordato come sul tema la giurisprudenza della Consulta sia, invece, molto strutturata e risalente.

In estrema sintesi e a titolo meramente esemplificativo non si possono non ricordare, in quest'ottica, la sentenza 88/1979 che nel ritenere la tutela della salute come interesse della collettività lo ha identificato anche come diritto primario ed assoluto del singolo; la sentenza 307/1990 sulle dinamiche dell'autodeterminazione rispetto ad un trattamento sanitario; la sentenza 471/1990 sulla portata dell'art. 13 Cost. e, in particolare, sul valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel suo 1° comma, Cost., "come "libertà", nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" nella sua accezione attiva; la sentenza 238/1996 sull'esclusione dell'obbligo di subire un trattamento sanitario in assenza di una prescrizione normativa che lo preveda chiaramente.

Una notazione più specifica merita poi la decisione 262/2016 poiché, per certi versi, in quel caso, il legislatore regionale ha anticipato quello nazionale procedendo ad istituire un registro regionale che doveva raccogliere le dichiarazioni anticipate di trattamento e le ipotetiche disposizioni di volontà. Tuttavia sul punto la Corte ha ritenuto che effettivamente fosse necessaria una disciplina più organica, considerando l'incidenza su profili rilevanti in tema di integrità e identità della persona.

In conclusione, un altro elemento che, nel merito dell'attesa decisione, potrebbe essere valorizzato dalla Corte costituzionale è rappresentato dal valore attribuito alla giurisprudenza della Corte EDU e ai contenuti di alcune sue pronunce e, più in generale, al chiarimento di un passaggio sul margine di apprezzamento esistente, sulla materia, rispetto all'ordinamento italiano, elemento che, nell'ordinanza 207, non pare essere emerso chiaramente.

Sul richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU va notato, in primo luogo, come la stessa, nell'ordinanza della Corte costituzionale, abbia avuto un ruolo marginale.

Mettere in secondo piano le sentenze della Corte di Strasburgo sulla materia del fine vita poteva, in ogni modo, avere un senso quando l'obiettivo principale era quello di valorizzare la tecnica decisoria e la giurisprudenza straniera a conforto di una decisione così peculiare come l'ordinanza poi adottata.

In altre parole, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è apparsa strumentale e funzionale ai fini della individuazione della posizione del soggetto coinvolto nel caso concreto, anche perché la stessa era da considerare assorbita dalle motivazioni diverse e ulteriori utilizzate dalla Consulta per giungere alla decisione.

Il richiamo ai contenuti di merito ripristina, però, l'attenzione sull'andamento degli orientamenti espressi dalla Corte EDU e consente di riproporre e chiarire l'aspetto del margine di apprezzamento che nell'ordinanza era stato lambito e che dovrebbe emergere come più alto e quindi con uno spazio più significativo sul profilo dell'eutanasia, stante l'assenza di una disciplina normativa uniforme e diffusa e come più basso, cioè con un minore margine di intervento legislativo e di differenziazione con riguardo alla responsabilità penale in caso di suicidio assistito o omicidio del consenziente, fattispecie questa tradizionalmente regolamentata in diversi ordinamenti.

Da un punto di vista più pratico, la possibile valorizzazione della giurisprudenza della Corte EDU emerge anche riflettendo sui casi citati dalla stessa Corte costituzionale e partendo dal presupposto che forse il superamento della nota sentenza *Pretty c. Regno Unito* del 2002 (d'altra parte la Corte costituzionale richiama la sentenza *Pretty* per dedurre l'impossibilità di ricavare dal combinato dell'art. 2 Cost. e 2 CEDU un supposto

diritto a rinunciare a vivere. Tale dato, però, non tiene conto dell'ulteriore profilo per cui nella sentenza citata tale diritto è altresì escluso dalla sua riconduzione all'autodeterminazione, la quale non fornirebbe l'appiglio, nella decisione Pretty, per giustificare la scelta tra la vita e la morte), potrebbe consentire alla Consulta di richiamare diverse e più utili pronunce, soprattutto nel caso in cui questa decidesse di valutare il fine vita, partendo dalla norma codicistica penale, in una prospettiva, come si ritiene, almeno personalmente, auspicabile, molto più aperta a soluzioni inclini al riconoscimento e alla sostenibilità della piena e completa autodeterminazione del soggetto coinvolto.

In questa direzione sicuramente potrebbe essere presa in diversa considerazione la richiamata sentenza Haas c. Svizzera del 2011, soprattutto per il passaggio nel quale riconosce espressamente *“il diritto di un individuo di decidere quando e in che modo porre fine alla propria vita, a condizione che egli sia in condizione di orientare liberamente la propria volontà al tal fine e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione”* (§ 51) o potrebbe essere valutata la portata della sentenza Lambert c. Francia del 2015 (non richiamata nell'ord. 207), non tanto e non solo per la tristemente attuale reviviscenza del caso, quanto piuttosto perché in quella decisione la Corte EDU ha fatto espresso riferimento all'esistenza di un diffuso consenso (e quindi di un minor margine di apprezzamento) sul riconoscimento della volontà del paziente nelle dinamiche decisionali che lo riguardano, punto di partenza possibile anche per il nostro ordinamento, tenuto conto anche della l. 219/2017 per decidere in via definitiva come definire la materia del fine vita, rispettando la volontà della persona e anteponendo la sua autodeterminazione ad altri valori in gioco.

Concludo affermando che, trattandosi di una materia così delicata e avendo riflettuto, seppur sinteticamente, sui profili di merito, in senso conforme a quanto sostenuto nell'intervento orale, faccio affidamento sulla circostanza di aver voluto evidenziare, con assoluta convinzione, la necessità che la materia sia definita e regolamentata aprendo alla piena autodeterminazione del soggetto, nel rispetto di condizioni chiare e rigorose di accertamento della sussistenza di un consenso libero e consapevole che si può spingere, a mio parere, nel rispetto di tutti i valori in gioco, primi tra tutti quelli costituzionali, fino a decidere di porre fine alla propria vita anche prima del suo naturale sopraggiungere.

D'altra parte se, come è stato ricordato, Cardarelli scriveva in *“Alla morte”* *“morire sì, non essere aggrediti dalla morte”* aggiungeva, subito dopo, *“morire persuasi che un siffatto viaggio sia il migliore”*.

\*\* Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università di Pisa