

# L'ORDINAMENTO ITALIANO E IL FINE VITA TRA BIOETICA E PRINCIPI COSTITUZIONALI, A PARTIRE DAL CASO ENGLARO E ATTRAVERSO L'ESPERIENZA DI ALCUNI ORDINAMENTI STRANIERI

MARIA ESMERALDA BUCALO

Tremendous strides have been made in the law governing the "End-of-life decision making" and jurists have to focus their attention on new scientific issues to which they were not used to. Legislators must provide society with a new legal landscape where rules and legal standards would be able to conform with these far-reaching and unexpected scientific and social changes. This article is written to increase the understanding of the "Right to health care" as protected under article 32 of the Italian Constitution and to broaden this understanding by examining the "End-of-life decision making" under a comparative law perspective.

SOMMARIO: - Premessa; 1.1. A partire dal caso Englaro. La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della Corte di Cassazione e la ricostruita volontà di non curarsi; 1.2. (segue) Valori e regole a confronto nell'età del conflitto fra potere politico e magistratura. Il ruolo della giurisprudenza ordinaria e della Corte costituzionale; 1.3 (segue) Il ruolo del Governo e della giurisdizione amministrativa, ovvero 'l'atto di indirizzo' del Ministro del Welfare e la sentenza del TAR Lombardia n. 214 del 26 gennaio 2009 sullo sfondo della teoria della fonti; 1.4 (segue) Il ruolo del Presidente della Repubblica nell'emanazione degli atti normativi del Governo; una 'lettura di mezzo' del potere di emanazione fra particolarità costituzionali del caso e prassi; 2. De iure condendo: il disegno di legge attualmente in discussione; 3.1. Uno sguardo fuori dall'Italia. Il fine vita negli Stati Uniti; 3.2 (segue) Il fine vita in Europa. La giurisprudenza e la legislazione olandese, belga e tedesca; 4. Riflessioni conclusive

## 1. Premessa

La questione del fine vita, che in questo lavoro si intende esaminare attraverso una prospettiva comparata, è tema difficile per il giurista, che qui deve imbattersi in problemi di natura tecnica ai quali non è avvezzo. Il progresso scientifico e tecnologico in ambito medico, infatti, insieme all'evoluzione di concetti naturali e sociali, consente oggi al medico, come allo scienziato, di 'controllare la natura' ed il giurista si trova ad indagare, sotto il profilo normativo, aspetti problematici di una realtà in continua evoluzione<sup>1</sup>.

Il fatto stesso di analizzare in questo studio i casi in cui l'ordinamento deve disciplinare l'interruzione di terapie che assicurano le funzioni vitali di soggetti incapaci è l'evidente manifestazione dell'evoluzione di una realtà, che prima giuridicamente classificava la nascita e la morte come *fatti giuridici*, mentre oggi questi due eventi possono godere anche di una connotazione volontaristica prima loro sconosciuta<sup>2</sup>. Come l'inizio della vita può essere prodotta artificialmente attraverso delle procedure tecniche, così allo stesso modo essa può essere prolungata.

La nuova frontiera del diritto è allora quella che si spinge in settori così delicati, per porre regole funzionali a garantire l'operatività concreta di principi in relazione a situazioni e relazioni sociali prima inverosimili<sup>3</sup>.

La precipua importanza del tema del *fine vita* è evidenziata dal suo periodico ritornare alla ribalta nel dibattito politico e giuridico in Italia, a causa, da un lato, dell'inattività del legislatore ordinario, dilaniato al suo interno da conflitti insanabili, dall'altro della conformazione della nostra società. A quasi due anni dall'epilogo della tragica vicenda di Eluana Englaro, a sua volta preceduta dal 'caso Welby', oggi il problema di una disciplina del *fine vita* torna all'attenzione dei giuristi, a causa della scelta, invero strumentalizzata del maestro Monicelli di concludere volontariamente la sua esistenza, oramai segnata dalla malattia. Sebbene sia chiaro si tratti di fattispecie assolutamente diverse<sup>4</sup>, il loro minimo

comune denominatore è che la scelta sulla fine della vita a tutt'oggi avviene in Italia negli spazi lasciati liberi e vuoti dalla carenza legislativa sul tema.

Questo studio, partendo dall'analisi degli aspetti di stretto diritto costituzionale ed istituzionale coinvolti nella tragica vicenda di Eluana Englaro, si soffermerà sul concetto di diritto alla salute e alle cure così come disposto dalla Costituzione all'art. 32, in combinato disposto con gli art. 13 e 2, procedendo infine ad un esame comparato della disciplina del fine vita in altri ordinamenti.

### *1.1. A partire dal caso Englaro. La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della Corte di Cassazione e la ricostruita volontà di non curarsi*

La vicenda Englaro nel suo svolgimento poco meno che ventennale è tristemente nota<sup>5</sup>. Essa si snoda attraverso tre diversi e consecutivi procedimenti e solo da ultimo si conclude con la storica sentenza della Corte di Cassazione<sup>6</sup>.

Il principio posto dalla Suprema Corte, del tutto innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente afferma che, ove il malato giaccia da molti anni in stato vegetativo permanente, d'ora in poi SVP, clinicamente accertato, con conseguente incapacità di rapportarsi col mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita da sondino nasogastrico che provveda alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, nel contraddittorio col curatore, il giudice può *autorizzare* il distacco di tale presidio sanitario<sup>7</sup>, se e solo se la condizione di SPV è accertata come irreversibile, secondo standard scientifici, che non lascino presupporre la benché minima possibilità di recupero di alcuna forma di coscienza; e se tale istanza sia espressiva dei convincimenti univoci e chiari, dettati dalla voce del paziente o tratti da sue precedenti dichiarazioni o dalla sua personalità e dal suo stile di vita, prima di cadere in stato di incoscienza, i quali esprimano l'idea stessa di dignità della persona<sup>8</sup>.

A tale principio la Corte di Cassazione è pervenuta sulla base di un insieme di *rilevi interpretativi tutti costituzionalmente orientati*, relativi ai diritti fondamentali coinvolti nella vicenda.

Partendo infatti dal *principio del consenso informato*, del quale viene reperito il fondamento costituzionale negli art. 2, 13 e 32 Cost., la S.C. lega questo al *principio di autodeterminazione terapeutica*<sup>9</sup>, per il quale ciascuno non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibili terapie, ma anche eventualmente di rifiutarle o deciderle di interromperle<sup>10</sup>. Tale correlazione è a sua volta conforme al *principio personalistico*, che anima la Costituzione e che vede nella persona umana un *valore etico in sé*, tanto che deve escludersi che l'*autodeterminazione terapeutica* trovi un limite, allorché da essa “consegua il sacrificio del bene della vita”, poiché l'unica limitazione disposta dalla Costituzione è quella di cui all'art. 32, che impone trattamenti sanitari obbligatori esclusivamente nei casi individuati dalla legge, solo e soltanto quando il danno alla salute del singolo possa arrecare danno anche alla salute di altri.<sup>11</sup>

Compito di uno Stato, come il nostro, organizzato su una *pluralità di valori* è, dunque, non solo tutelare la scelta anche di coloro che “legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritengono che sia contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente, in una condizione che li priva di qualsiasi concezione del mondo esterno”<sup>12</sup>. La garanzia della tutela di questi diritti, in assenza di una disciplina legislativa, non può che derivare dalle pronunce della giurisprudenza che, attraverso l'attività interpretativa sempre conforme a Costituzione, ne danno concreta attuazione nel rispetto delle particolarità delle fattispecie concrete.

L'analisi dell'art. 32 Cost.<sup>13</sup>, individuando nella tutela della salute un *diritto fondamentale*, evidenzia come in esso vengano meno le distinzioni accademiche fra *libertà positive e negative*, essendo fortemente intrecciati al suo interno sia il profilo di necessaria astensione, sia quello interventista da parte del potere pubblico, e fra *norma programmatica e norma precettiva*<sup>14</sup>.

Probabilmente è questa sua capacità di far saltare le "antinomie tipiche della cultura giuridica liberale", a rendere questa disposizione elemento a tutt'oggi dirompente nel nostro ordinamento giuridico. Pur nell'assenza di una disciplina legislativa, che regoli compiutamente determinati aspetti della "cura della salute", essa diviene facilmente il canone normativo fondamentale e completo, poiché assicura al diritto alla salute due forme di garanzia, l'una "passiva" risolvendosi nella pretesa che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, l'altra "attiva" che si ricollega alla pretesa positiva dell'individuo all'esistenza ed utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari<sup>15</sup>. Ed è proprio in questo secondo aspetto che rientrano gli aspetti relativi alle "cure".

In realtà però, la dottrina maggioritaria afferma che anche il concetto di "cure" derivante dall'interpretazione dell'art. 32 Cost. si caratterizza per un'ampiezza tale da ricomprendere al suo interno tanto aspetti contrassegnati dai cd. "diritti a prestazioni", quanto aspetti di libertà negative, immediatamente attivabili attraverso il "non intervento pubblico": in quest'ultimo caso rientra la cd. "libertà di cura"<sup>16</sup>, il diritto al consenso informato e la cd. "libertà di non essere curati o di rifiutare le cure"<sup>17</sup>, i quali insieme costituiscono la *libertà di scelta terapeutica*.

A tal fine l'art. 32 co.II Cost., letto congiuntamente all'art. 13, viene interpretato dalla dottrina maggioritaria nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere imposto legislativamente solo nel caso in cui sia rischio lo stato di salute della collettività "giacché è proprio tale ulteriore scopo [...] a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce il diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"<sup>18</sup>. Non esiste dunque un obbligo di curarsi o di mantenersi in buona salute<sup>19</sup>, perché quando in gioco ci sia il diritto del singolo alla propria salute la Costituzione dà priorità assoluta al principio di autodeterminazione individuale, facendo prevalere quest'ultimo nel difficile bilanciamento col diritto alla vita<sup>20</sup>.

A questa dottrina si oppone la tesi secondo la quale non esiste in Costituzione un diritto fondamentale e assoluto alla disponibilità del proprio corpo<sup>21</sup> e che "il limite del rispetto della persona umana, posto dalla norma costituzionale, sostiene la configurazione di un diritto *alla* vita e non *sulla* vita" e di conseguenza esclude "un potere dispositivo di carattere assoluto del titolare del diritto"<sup>22</sup>.

Il tema del consenso informato, secondo tema fondamentale trattato dalla S.C., è considerato rilevante sul piano giuridico perché requisito necessario, affinché l'attività e gli interventi medici siano leciti. Sul piano più strettamente costituzionale, ai sensi dell'art. 32, il consenso del paziente ai trattamenti sanitari è di primaria importanza, perché gli consente di assumere consapevolmente ogni scelta, che coinvolga la propria salute ed il proprio corpo<sup>23</sup>. Questa accezione, definita "attiva", del consenso informato<sup>24</sup>, non trova definizione esaustiva nel nostro ordinamento. Esso può essere reperito in una pluralità di fonti: l'art. 50 c.p. sulla non punibilità di chi lede un diritto o lo mette in pericolo col consenso di chi può validamente disporre; le disposizioni della legge n. 833/1978 che dispone che i trattamenti sanitari sono volontari e quindi revocabili, liberi e personali; le disposizioni del Capo IV del Codice

deontologico medico. Ma la sua più completa definizione è data dagli artt. 5-10 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, laddove l'art. 5 dispone la regola generale per la quale

“un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero ed informato” e che tale informazione debba essere “adeguata sullo scopo, sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze ed i suoi rischi”<sup>25</sup>.

Sul piano della giurisprudenza costituzionale, la Corte aveva già categoricamente escluso che alcuno potesse essere sottoposto a un intervento sanitario non voluto, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga, perché il *principio di autodeterminazione* è un diritto inviolabile rientrante fra i valori supremi, non diversamente dal diritto alla vita e alla integrità fisica, con i quali concorre ‘a costituire la matrice prima di ogni altro diritto della persona’, chiarendo che il diritto all'autodeterminazione sanitaria non ricopre una posizione subordinata rispetto al diritto alla vita<sup>26</sup>. Da ciò deriva che non costituisce illecito del medico la morte del paziente derivante dalla sospensione del trattamento sanitario, dallo stesso autorizzata<sup>27</sup>.

D'altro canto, la pronuncia della Cassazione si pone a completamento di un ampio movimento giurisprudenziale sul tema, trovando un suo immediato e noto precedente nella sentenza del GUP del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007, che muove esattamente dagli stessi principi per dichiarare non punibile, per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere, il medico che il 20 dicembre 2006 aveva proceduto al distacco del respiratore che manteneva in vita P. Welby previa sedazione<sup>28</sup>.

Anche in quella pronuncia il faro è il *principio di autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari*, il cui rango costituzionale non consente al giudice di lasciarlo senza tutela in assenza di una disciplina che ne consenta l'attuazione; anche lì l'art. 32 Cost. viene letto non come ‘implicito riconoscimento costituzionale del suicidio’, ma soltanto inesistenza giuridica dell'obbligo di curarsi, se non ai fini della salvaguardia della salute collettiva; anche lì il primato assoluto della volontà del paziente viene attestato nella *principio del consenso informato*, in base al quale il titolare può scegliere anche il rifiuto o l'interruzione delle terapie, ma che però necessità di un preventivo accertamento di tale volontà.

In realtà i profili problematici della pronuncia della Cassazione sul caso Englaro sono diversi da quelli summenzionati attinenti alla legittimità del principio di diritto in essa enunciato.

In primo luogo quello relativo alla “ricostruzione” della volontà della paziente incapace. Invero, ciò che ha lasciato incertezze nella maggioranza dei commentatori è stata l'assenza di manifestazione di volontà della Englaro: non c'era prova della volontà di interruzione dei trattamenti salvavita prima della prima dell'incidente occorso e non poteva più essercene alcuna espressione.

Procedendo per ragionamenti giuridici, il nostro ordinamento conosce bene le situazioni giuridiche nelle quali siano coinvolti soggetti “incapaci di intendere e di volere”, per far fronte a queste situazioni gli artt. 414-424 del codice civile si occupano dei procedimenti di interdizione e inabilitazione di soggetti non capaci di intendere e di volere, applicando loro, ai sensi dell'art. 424 c.c., le disposizioni sulla tutela dei minori, sulla base delle quali, fra l'altro ex art. 357 c.c., “il tutore ha la cura della persona del minore (*i.e.* interdetto), lo rappresenta in tutti gli atti civili [...]”<sup>29</sup>.

In una situazione come quella della Englaro, il giudice avrebbe dovuto ordinare al tutore di sospendere i trattamenti di alimentazione artificiale solo nel caso in cui essi avessero configurato accanimento terapeutico. Per evitare ciò, preferendo muoversi nel solco del controllo della legittimità della scelta dell' "interesse del paziente", la Corte, nel rilevare in modo alquanto troncante che l'alimentazione artificiale tramite sondino naso-gastrico è *trattamento sanitario*, ritiene, anche qui in modo eccessivamente rapido, che tale trattamento non configuri accanimento perché "proporzionato al mantenimento del soffio *vitae*".

In secondo luogo, il principio di diritto enucleato dalla Cassazione, per il quale può essere autorizzata la richiesta del tutore di disattivare il presidio sanitario, muove da due presupposti: uno di natura oggettiva, l'altro di natura soggettiva<sup>30</sup>. Il primo determinato dalla irreversibilità dello stato vegetativo, accertata in base ad un "rigoroso apprezzamento clinico"; il secondo, invece, è che

"istanza sia espressiva dei convincimenti univoci e chiari, dettati dalla voce del paziente o tratti da sue precedenti dichiarazioni o dalla sua personalità e dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche, prima di cadere in stato di incoscienza, i quali esprimano l'idea stessa di dignità della persona".

È ovviamente questo presupposto soggettivo a suscitare problemi interpretativi, perché dà a questa figura di diritto civile, al tutore, un enorme potere privato sulla persona, il "peso tragico" di "dare voce" alle determinazioni terapeutiche di un soggetto in stato vegetativo permanente<sup>31</sup>. In questo caso dunque, la rappresentanza legale dell'incapace può rilevare anche sul terreno degli interessi personalissimi dell'individuo, ma solo nell'esistenza di una condizione, invero anche questa affermata in modo troncante: il tutore dovrà decidere "non 'al posto', né 'per' l'incapace, ma 'con' l'incapace", cioè ricostruendone la volontà sulla base dei citati "valori di riferimento", giustificando ciò sulla base del pluralismo dei valori sui quali si fonda il nostro Stato costituzionale.

*Nulla quaestio* sul principio per il quale nel nostro sistema costituzionale convivono idee e valori diversi, ma appare ultroneo desumerne la conseguenza che un tutore possa accertare da ciò una volontà specifica sui trattamenti sanitari. Il riferimento allo "stile di vita" e ai "valori" dell'incapace, tende ad allargare eccessivamente le maglie della definizione di una volontà che in casi come questi dovrebbe essere certa: si tratta di interrompere presidi sanitari vitali ed occorre un *quid pluris* che dimostri anche che da quei valori l'odierno incapace faceva dipendere la sua volontà di non essere sottoposto a quei trattamenti, cui poi si sarebbe trovato sottoposto. Se così non è, la linea sottile che distingue la volontà dell'incapace, sebbene "ricostruita", dalla volontà di un sostituto che decide *per* l'incapace, si assottiglia ancora di più.

Possono le testimonianze di amici, parenti e genitori sullo stile di vita ed i valori dell'incapace prima di pervenire in questo stato costituire quel *quid pluris*? Ne possono costoro, o il tutore, o il giudice garantirne l'attualità? Ed ancor di più, volendo anticipare la successiva trattazione, lo sarebbero le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento o il *living will* in qualsiasi forma? Garantirebbero l'attualità della volontà del paziente?

1.2. (segue) *Valori e regole a confronto nell'età del conflitto fra potere politico e magistratura. Il ruolo della giurisprudenza ordinaria e della Corte costituzionale*

La drammaticità, che ha caratterizzato la vicenda Englaro, ha reso ancora più stridenti i contrasti e le tensioni politiche esistenti fra i diversi poteri dello Stato, i quali già in condizioni di "normalità", faticano a farle confluire nel circuito politico costituzionale; gli

stessi principi della separazione dei poteri e dello Stato di diritto sono apparsi del tutto incapaci di reggere l'impatto emotivo del caso.

Ciò fu palesato dalla proposizione da parte di entrambi i rami del Parlamento di due ricorsi per conflitto di attribuzione nei confronti del potere giudiziario e in particolare nei confronti della sentenza n. 21748 del 2007, dichiarati inammissibili *in limine litis* con ordinanza della Corte costituzionale n. 334 del 8 ottobre 2008<sup>32</sup>.

In particolare il conflitto veniva configurato da entrambe le Camere ricorrenti sia come *vindicatio potestatis* che come *interferenza*, denunciando il fatto che la Cassazione avesse in realtà posto in essere un'attività di natura sostanzialmente legislativa, celandolo sotto la veste formale di un atto di natura giurisdizionale, ma anche che la stessa pronuncia provocasse, nella pendenza di diverse proposte di legge, una indebita interferenza nell'esercizio della funzione legislativa del Parlamento<sup>33</sup>.

In effetti entrambi i ricorsi, ad un esame anche solo superficiale si rivelavano carenti del requisito oggettivo, nonché contrari in tutto il loro argomentare alla giurisprudenza costituzionale più stabile in tema di conflitti avverso atti del potere giurisdizionale<sup>34</sup>.

Essa, infatti, com'è noto, pur ammettendoli, ha fissato per essi specifici limiti, essendo necessario che dell'atto venga contestata la sua riconducibilità alla funzione giurisdizionale o che sia contestata l'esistenza del potere giurisdizionale nei confronti del ricorrente. In ogni caso i conflitti di attribuzione avverso atti giurisdizionale non possono risolversi in mezzi di impugnazione ulteriori rispetto a quelli previsti dalle legge, non essendo contestabili in questa sede *errores in iudicando*<sup>35</sup>.

I ricorsi delle Camere, invece, sebbene formalmente rifiutando tale impostazione, sembravano muovere alla Cassazione proprio queste censure. Così, infatti, è evidenziato, scorrendo l'ordinanza n. 334 del 2008, dall'argomentare dei ricorsi, laddove, in particolare il Senato tenta di dimostrare che la S.C. ha 'fissato un principio di diritto debordando verso le attribuzioni del Legislativo', attraverso la critica del merito della decisione ed un controllo dei fondamenti giuridici della motivazione, nonché attraverso la prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo, contestando in primo luogo, il diritto del malato di conseguire l'interruzione di trattamenti sanitari, ed in secondo luogo, la non esistenza nel nostro ordinamento del potere del tutore di intervenire in tema di un diritto indisponibile quale è quello alla vita'. Si trattava, come è evidente, di contestazioni nel merito giuridico della decisione impugnata, che in forza della giurisprudenza sopra citata facevano facilmente prevedere una decisione di inammissibilità per carenza del requisito oggettivo<sup>36</sup>.

L'ordinanza, emessa in sede di preliminare deliberazione *inaudita altera parte*, senza contraddittorio e in camera di consiglio, fa immediatamente pensare ad un ampio consenso fra i giudici costituzionali sulla *palese* inammissibilità del conflitto, ma induce anche a ritenere che la Corte non abbia voluto prolungare ulteriormente una vicenda, di per sé già dolorosa e complicata, con una ulteriore fase processuale, di fatto inutile vista la carenza palese del requisito oggettivo. In questo modo la Corte ha asseverato l'idea che i conflitti siano giudizi su casi concreti e che "caso per caso" vadano decisi, sulla base di diversi gradi di penetrazione nelle singole controversie<sup>37</sup>.

D'altra parte particolarmente decisivo risulta l'ultimo inciso dell'ordinanza in commento, nel quale la Corte rileva la assenza del requisito oggettivo del conflitto anche nella carenza di attualità e concretezza del "danno": il Parlamento infatti resta pienamente titolare della

funzione legislativa, nonostante gli atti impugnati, potendo “in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, *fondata su adeguati punti di equilibrio* fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”. Con esso la Corte pare muovere un invito al Parlamento, a “rispettare le regole del gioco”, ad esercitare la propria funzione prioritaria, quella legislativa, per riempire lacune così rilevanti nel nostro ordinamento, non utilizzando invece il conflitto che è (o dovrebbe essere) strumento residuale, per dirimere controversie non diversamente e non ulteriormente risolvibili.

L’ordinanza n. 334 del 2008 allora introduce anche ad una riflessione sul “ruolo” del giudice e su quello del Parlamento, nonché sul ‘rispetto delle regole’ dei loro reciproci rapporti.

L’esame dei due ricorsi evidenzia, infatti, immediatamente che essi furono redatti sulla base di un comune *leit motive*, causa invero della summenzionata dichiarazione di inammissibilità: l’eccezione inesistenza della natura creativa dell’attività interpretativa del giudice. In effetti falso problema, perché la dottrina consolidata e la manualistica più diffusa, definiscono la giurisdizione come “funzione parzialmente produttiva di diritto”<sup>38</sup>. Se è un assunto del tutto ovvio che nessuna disposizione è di per sé autosufficiente, perché è impossibile per il legislatore disciplinare *ex ante* la molteplicità delle fattispecie concrete che possono concretamente realizzarsi<sup>39</sup>; allora è impossibile pensare al giudice come esclusiva “bocca della legge”, secondo la nota immagine montesquieviana, bensì egli sarà tenuto, in ragione del divieto del *non liquet*, a interpretare il diritto laddove esso si faccia oscuro o del tutto mancante<sup>40</sup>. Così è del tutto ovvio che la questione fondamentale, coinvolta anche nel caso Englaro, non è quella dell’esistenza della *discrezionalità del giudice*, che piuttosto è un dato di fatto e che emerge con maggiore forza soprattutto nei casi più complessi, ma bensì è quella relativa a quali *limiti* incontra tale discrezionalità e quali sono le *precondizioni*, perché essa non crei contrasti col principio democratico<sup>41</sup>.

Ma anche a voler prescindere da tutte le argomentazioni relative ai poteri interpretativi del giudice<sup>42</sup>, pure la consolidata interpretazione del co. II dell’art. 101 Cost., avrebbe indicato la chiara inammissibilità dei ricorsi sovracitati. Esso nel ribadire che il giudice è soggetto soltanto alla legge, costituisce il nucleo essenziale del principio di indipendenza del giudice, inteso in un duplice senso: il primo, quello cd. “relazionale”, per il quale, se nel decidere il giudice incontra il solo limite della legge, egli non potrà subire altri condizionamenti, né provenienti da altri organi esterni alla magistratura, né da altri giudici; il secondo, invece, è quello che interpreta la soggezione alla sola legge come causa di esclusione di ogni equivalenza fra “indipendenza del giudice nella decisione” e “arbitrio”<sup>43</sup>.

Se così è, e se queste due letture dell’art. 101 co. II Cost. sono fra loro integrabili, allora ciò necessariamente implica non solo la possibilità che il giudice si formi il proprio libero convincimento sui fatti e sulle norme con cui è chiamato a confrontarsi, ma anche che esiste una ‘riserva di funzione giurisdizionale’, intesa quale spazio riservato alla interpretazione delle norme sottratto alla disponibilità e agli interventi di qualsiasi altro potere<sup>44</sup>.

Se questi sono i presupposti logici e metodologici della attività giurisdizionale e parlamentare, parimenti concorrenti nella produzione del diritto, sebbene soggette a vincoli diversi<sup>45</sup>, bisogna tener conto di quella parte della dottrina che, partendo dall’esame del caso Englaro, ha avuto modo di rilevare che la “la regola giurisdizionale”, dettata in questo caso dalla Cassazione, ha goduto di “condizioni privilegiate”, che l’hanno resa “rinforzata tanto nella forza politico-normativa, che nel contesto valoriale”<sup>46</sup>. Ciò avrebbe svuotato di

contenuto principi cardine del nostro ordinamento, come quello della dignità umana, suscettibile ormai di applicazioni contrastanti a seconda di specifiche contingenze e interessi.

Invero, sebbene questa affermazione appaia un po' troppo forte, ciò che di questa tesi è certo è che la competizione fra l'organo di decisione politica e l'organo di interpretazione giudiziale rende fluidi e poco netti i confini fra le due attività e la diversità delle loro funzioni resta solo un elemento formale che non riesce a tenerli realmente distinti.

La funzione giudiziaria ha ampliato le maglie del proprio ambito di competenza, rendendo ancora più stridenti i contrasti col potere politico; da parte sua il sistema politico, la cui crisi oramai è poco meno che ventennale, dopo aver lasciato ampi spazi alla prima, tenta ora di neutralizzarla, con qualsiasi tipo di strumento giuridico a sua disposizione.

*1.3 (segue) Il ruolo del Governo e della giurisdizione amministrativa, ovvero 'l'atto di indirizzo' del Ministro del Welfare e la sentenza del TAR Lombardia n. 214 del 26 gennaio 2009 sullo sfondo della teoria della fonti.*

Che il caso Englaro sia stato capace di evidenziare la conflittualità fra i poteri ed il cattivo funzionamento della separazione, è reso ancor più evidente dal fatto che essa non ha coinvolto solo il Parlamento e la magistratura ordinaria, ma, come si vedrà nel prosieguo anche tutti gli altri poteri.

Inusitato infatti apparve l'"atto di indirizzo" del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali del dicembre 2008 col quale si invitava le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano

"ad adottare misure necessarie affinché le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino ai principi esposti (nel parere approvato nella seduta plenaria del 30 settembre 2005 del Comitato nazionale per la bioetica<sup>47</sup>) e a quanto previsto dall'art. 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità".

Il provvedimento recava con sé la problematica di diritto costituzionale e teoria delle fonti, relativa alla sua collocazione nel sistema delle fonti, nonché quella della sua natura ed efficacia in relazione ad atti di natura giurisdizionale di carattere definitivo, quali per l'appunto quelli sopra esaminati.

Lasciando da parte i rilievi di diritto amministrativo, relativi alla inesistenza di tale categoria di atti, piuttosto che alla sua abnormità o inefficacia giuridica<sup>48</sup>, ritorna nuovamente la dirimpante capacità di incisione di tale atto sul principio della *separazione dei poteri*<sup>49</sup> come fondamento dello Stato di diritto.

Per quel che qui interessa e ricollegando a quanto sopra evidenziato in relazione all'art. 101 co. 2 Cost., la soggezione del giudice alla sola legge, contribuisce, nell'ambito di questo principio, a identificare il valore formale delle pronunce giurisdizionali e a distinguere la funzione giurisdizionale "neutrale" da tutte le altre. Così la sentenza differisce dagli atti di tutte le altre autorità, perché può essere revocata solo da altri provvedimenti giurisdizionali<sup>50</sup>, in ragione di quella cd. "riserva di sentenza", desumibile dagli art. 102. 103 e 134 Cost., che esclude "ogni altro Potere dall'interferire con l'attività dei giudici e dall'operare sui loro pronunciati"<sup>51</sup>, salva ovviamente l'esperibilità degli strumenti di impugnazione previsti *ex lege* (per l'appunto) per la contestazione del giudicato. Vieppiù, in questo caso a cercare una inusitata "interferenza" col giudicato è in questo caso, non un atto legislativo, né un altro atto di natura giurisdizionale, ma un atto *amministrativo*.

Ancora, si tratta di *atto ministeriale* “rivolto a richiamare principi di carattere generale”: ciò lo espone ad una serie di dubbi. Il primo è relativo all’organo che lo ha adottato, che risulta incompetente se si pone a mente che l’art. 95 Cost. e l’art. 2 l. n. 400/1988 affidano la funzione di *indirizzo politico*, della quale è espressione tale atto, al Governo, ed più in particolare al Consiglio dei Ministri.

Il secondo dubbio è relativo alla funzione di richiamo di “*principi di carattere generale*” svolta da questo atto, che si occupa di ‘tutela della salute’, la quale, com’è noto ai sensi del co. III dell’art. 117 Cost., è materia di competenza *legislativa concorrente*<sup>52</sup>. L’atto del ministro è atto amministrativo, non legislativo e, di conseguenza, nullo. La nullità dello stesso provvedimento è ancor più macroscopica, se solo si ricorda che la materia dei diritti fondamentali e delle libertà è coperta da riserva di legge<sup>53</sup>. Spetta al Legislatore, quindi, non all’Esecutivo la competenza alla ricognizione di tali principi.

Infine, l’atto del ministro risulta lesivo anche del *principio di legalità*. In esso, infatti, si procede alla ricostruzione di principi generali dell’ordinamento in assenza di una disciplina di legge, sebbene tale compito in questi casi spetta al giudice e nonostante che il proprio potere di produzione normativa (‘secondaria’) debba essere esercitato, secondo il suddetto principio, sulla base della legge. Per la qualcosa, o l’atto di normazione secondaria promana dalla legge, o, in assenza della legge, esso dovrà conformarsi ai principi generali desumibili per implicito dall’ordinamento o, laddove vi siano, a quelli ricostruiti dalla giurisprudenza (come nel caso di specie).

Tutti questi assunti sono stati fatti propri anche dalla sentenza del TAR Lombardia (Milano) n. 214 del 26 gennaio 2009<sup>54</sup>, il quale era stato chiamato a esprimersi sulla legittimità del provvedimento del Direttore generale sanità della Giunta regionale della Lombardia, che negava al personale del servizio sanitario regionale di procedere all’interno delle strutture a sospendere il sostegno vitale di pazienti SVP. Nell’annullare l’atto il giudice amministrativo, dopo aver ribadito la propria giurisdizione sul rispetto del principio di legalità e dopo aver ripercorso la sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007 ed il principio di diritto in essa enunciato, conferma che è dovere del giudice decidere sulle richieste di accertamento dei diritti e per mezzo dell’attività ermeneutico-interpretativa trarre dall’ordinamento giuridico regole di diritto, che hanno lo stesso effetto di quelle promananti da fonti scritte. Per questo l’atto di indirizzo del Ministro del Welfare è per il TAR inidoneo, secondo i *principi generali sulle fonti*, ad intaccare il quadro del diritto oggettivo come ricostruito con la forza e con l’efficacia propri del provvedimento giurisdizionale<sup>55</sup>. Tanto più che la sentenza della Cassazione ed il successivo decreto della Corte di Appello di Milano assumono la forza del giudicato, sebbene provvedimenti di volontaria giurisdizione. Infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione<sup>56</sup>, anche le procedure camerali, che si esprimano con un provvedimento decisorio su contrapposte posizioni di diritto, possono acquistare la forza del giudicato, se non più impugnabili nel merito, se hanno ad oggetto diritti soggettivi di rango costituzionale<sup>57</sup>.

Fatto proprio l’accertamento del principio di diritto enunciato dalla Cassazione, per il quale, in certe condizioni, è un diritto costituzionalmente rilevante quello del malato di rifiutare le cure mediche, il TAR si spinge ancora più oltre, affermando che il rifiuto di ricovero in strutture del SSN a coloro i quali abbiano espresso tale volontà ‘significa di fatto limitare indebitamente tale diritto fondamentale’, in contrasto con i principi costituzionali di buon andamento, imparzialità e correttezza della p.a.

1.4 (segue) *Il ruolo del Presidente della Repubblica nell'emanazione degli atti normativi del Governo: una 'lettura di mezzo' del potere di emanazione fra particolarità costituzionali del caso e prassi*

Il rilievo per il quale il caso Englaro può essere assunto a *topos* entro il quale saggiare la inoperosità del principio della separazione dei poteri è evidente anche nel tentativo del Governo di disciplinarlo con decreto legge, che ha indotto delle necessarie riflessioni relative alla prassi costituzionale, nonché alla sua legittimità, soprattutto in considerazione del rischio di scontro istituzionale che la vicenda ha comportato.

Il Presidente della Repubblica aveva già manifestato l'intenzione di non emanare il decreto legge<sup>58</sup>, che il Governo si accingeva ad approvare, in una "lettera di carattere personale e riservato", inviata al Presidente del Consiglio il giorno precedente la relativa riunione del Consiglio stesso<sup>59</sup>, espressiva di quella *moral suasion* che la dottrina e la prassi costituzionale riconoscono alla figura del Capo dello Stato<sup>60</sup>. Nonostante ciò il Consiglio approvava il decreto del quale il Presidente rifiutava la firma<sup>61</sup>.

Dalla lettera del Presidente della Repubblica si può desumere che i motivi fondanti il rifiuto di emanazione del decreto erano tutti di natura tecnico-giuridica<sup>62</sup> ed in concreto si identificavano nel "primato del Parlamento"<sup>63</sup> quale sede naturale di disciplina di una materia così complessa ed incidente sui diritti fondamentali dei cittadini; la mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost., "se non l'impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso"; la sussistenza di un principio di diritto, individuato dalla giurisprudenza della Cassazione con sentenza nel merito definitiva e non ritenuto invasivo del potere legislativo del Parlamento da parte della Corte costituzionale, e conseguentemente i principi di separazione dei poteri e leale collaborazione fra gli stessi; le perplessità sulla possibilità di disciplinare per mezzo di decretazione d'urgenza le modalità di tutela di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti<sup>64</sup>.

Restringendo in questa sede l'analisi all'esame della legittimità del controllo presidenziale sui decreti legge<sup>65</sup>, è necessario comunque dar conto brevemente della dottrina e della giurisprudenza che già si era espressa su tutte le summenzionate motivazioni presidenziali. In particolare, e senza soffermarci nel merito del concetto di necessità ed urgenza applicato al concreto "caso Englaro"<sup>66</sup>, la dottrina aveva già approfondito i dubbi relativi alla possibilità di disciplinare con decreto legge la materia dei diritti fondamentali, facendo perno sulla *ratio* dell'istituto della riserva di legge che costituisca una "garanzia" sia per le minoranze dell'organo rappresentativo che approva l'atto legislativo, che per la pubblicità e articolazione del procedimento<sup>67</sup>. Mentre la giurisprudenza costituzionale da parte sua, seppur con "orientamento ondivago" e non sempre del tutto deciso, ha avocato a sé il compito di controllare la sussistenza nel decreto legge delle condizioni di necessità ed urgenza quali requisiti di costituzionalità, non solo di questo, ma anche della successiva legge di conversione<sup>68</sup>, distinguendo comunque il proprio controllo, di tipo eminente giuridico, da quello del Governo e del Parlamento in sede di conversione, di tipo del tutto politico<sup>69</sup>.

In questo contesto si pone allora il quesito sull'estensione del potere presidenziale di emanazione dei provvedimenti legislativi del Governo, alimentato dal combinato disposto degli art. 77 e 87 co. V Cost., conferendo il primo la responsabilità dell'adozione dell'atto al Governo, il secondo l'emanazione al Capo dello Stato.

Se, infatti, la natura del potere di emanazione è stata pacificamente individuata in termini di controllo, in forza della funzione di garanzia riconosciuta al Presidente e della sua estraneità

alla funzione di indirizzo politico, distinguendolo così dalla promulgazione delle leggi<sup>70</sup>, la dottrina ha invece avuto modo di dibattere sull'esistenza di un potere di rinvio presidenziale in sede di emanazione degli atti con forza di legge, a causa del silenzio della Costituzione, la quale non lo prevede espressamente, come invece per la promulgazione delle leggi.

Secondo una prima interpretazione, il Capo dello Stato potrebbe rifiutarsi di emanare un decreto legge solo nelle eccezionali ipotesi di mancanza palese dei requisiti essenziali dello stesso o nel caso in cui l'emanazione integrasse uno dei reati di cui all'art. 90 Cost.<sup>71</sup> Altra dottrina riconosce al Capo dello Stato il potere di opporsi definitivamente all'emanazione di atti con forza di legge laddove esso sia lesivo della Costituzione per qualsiasi vizio di legittimità o di merito<sup>72</sup>.

Una tesi intermedia ritiene invece che il potere di emanazione sia del tutto analogo a quello di promulgazione, per la qual cosa il Presidente della Repubblica potrebbe *provvisoriamente* rifiutare la firma, ma sarebbe poi tenuto ad emanare l'atto qualora il Governo, che resta *responsabile* dell'atto, insistesse nella sua determinazione<sup>73</sup>. Se, infatti, l'art. 77 co. II Cost. affida alla responsabilità del Governo la adozione dei decreti leggi ed è politicamente responsabile solo il soggetto dotato di potere politico, il quale risponderà delle modalità attraverso le quali lo ha esercitato<sup>74</sup>, allora solo l'Esecutivo avrà il potere di adottarli e definirne il contenuto.

D'altro canto il fraseggio costituzionale in tema di forma di governo è coerente con questa visione, legando il Governo ed il Parlamento attraverso il rapporto di fiducia ed estraniando il Presidente della Repubblica dal circuito di decisione politica<sup>75</sup> ed affidandogli il ruolo di garante degli equilibri istituzionali così come determinati in Costituzione. Se così è, allora è vero che il Presidente della Repubblica può esercitare sulla bozza di decreto legge, inviatogli dal Governo per la emanazione, un controllo di costituzionalità, ma entro i confini determinati dalla sua posizione nel sistema istituzionale<sup>76</sup>.

Bisogna rilevare inoltre che la tesi che sostiene l'obbligo presidenziale di emanazione del decreto qualora il Consiglio dei Ministri lo riapprovi nonostante un primo rifiuto, trova valido appiglio anche nella previsione per la quale, in sede di promulgazione delle leggi, il Presidente sia tenuto alla promulgazione di una legge già rinviata nel caso in cui il Parlamento la riapprovi nello stesso testo, reincanalando così le decisioni di natura politica, nel circuito rappresentativo-politico<sup>77</sup>.

La prassi, invero, non aiuta alla definizione chiara del potere di emanazione presidenziale, non presentando alcuna omogeneità, né dal punto di vista della procedura<sup>78</sup>, né dal punto di vista degli esiti del rifiuto<sup>79</sup>. Da essa può soltanto desumersi che i Presidenti hanno interpretato il potere di emanazione dei decreti legge ciascuno diversamente, affermando comunque in tale ambito i loro specifici poteri, sebbene non riconducibili uniformemente al 'potere di veto sospensivo' o alla 'richiesta di riesame'<sup>80</sup>.

Nello specifico della 'vicenda Englaro', il messaggio del Presidente della Repubblica sembra conferire, nell'ambito del potere di emanazione dei decreti legge, un'interpretazione 'di mezzo' fra le tesi dottrinarie summenzionate, segno questo di equilibrio e saggezza istituzionale, senza però alcuna rinuncia ad una lettura più prettamente presidenziale e legata alla particolarità del caso.

La ricerca dell'equilibrio istituzionale generale fra Legislativo, Esecutivo e Giudiziario si desume infatti dall'individuazione della necessità di una disciplina legislativa della materia,

condivisa fra tutte le forze politiche, e nell'individuazione del Parlamento come luogo di tale condivisione. Ancora, il rilievo del necessario rispetto dell'equilibrio delle sfere di attribuzione dei poteri si riflette anche nella considerazione che la fattispecie concreta dovesse considerarsi giuridicamente conclusa, per il tramite di un decreto non ulteriormente impugnabile nel merito del principio di diritto sancito dalla Cassazione<sup>81</sup>.

Inoltre, il Capo dello Stato mostra "gravi perplessità" in ordine alla violazione di principi costituzionali generali, che risultavano violati dalla bozza di decreto legge, quali gli artt. 3, 13 e 32 Cost., visto che la disciplina si riferiva esclusivamente a "persone non più in grado di manifestare la propria volontà in ordine ad atti costrittivi di disposizione del proprio corpo".

D'altra parte, si deve rilevare la volontà presidenziale di esercitare in modo stringente il controllo sui provvedimenti legislativi d'urgenza, attraverso un esame della loro rispondenza "alle condizioni specifiche prescritte dalla Costituzione" all'art. 77<sup>82</sup>.

L'adeguamento del Governo alle indicazioni presidenziali ha certo evitato che a dirimere il conflitto in corso fosse chiamata la Corte, ma ha in ogni caso lasciato aperti almeno due interrogativi di non poco momento. Il primo relativo a quale scelta avrebbe preso il Capo dello Stato in caso di riapprovazione del decreto legge da parte del Consiglio: avrebbe deciso di emanarlo, avrebbe nuovamente rifiutato aprendo al Governo la strada del conflitto di attribuzioni o avrebbe lui stesso sollevato il conflitto? Il secondo relativo alle motivazioni che hanno spinto il Presidente ad autorizzare la presentazione alle Camere sotto forma di d.d.l. di un provvedimento governativo sul quale aveva già espresso forti dubbi di costituzionalità: qualora il Parlamento avesse approvato la legge, la avrebbe promulgata?

Forse una pronuncia della Corte in materia di potere di emanazione non sarebbe stata auspicabile dal punto di vista istituzionale e politico, ma certo avrebbe contribuito a delineare meglio le relative sfere di attribuzioni dell'Esecutivo e del Presidente della Repubblica.

## 2. De iure condendo: il disegno di legge attualmente in discussione

Dopo l'epilogo della vicenda Englaro e il ritiro del d.d.l. che aveva presentato dopo il rifiuto presidenziale all'emanazione del decreto legge, il 26 marzo 2009 il Governo ha approvato un nuovo disegno di legge in materia di "alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento"<sup>83</sup>. Sempre a prescindere dalle opinioni personali di chi scrive, se quello che ci si aspettava era un disegno di legge che davvero garantisse a ciascuno la libertà della proprie scelte e della propria volontà, in materie che riguardano esclusivamente la concezione personale che ciascuno ha della propria vita, è fuor di ogni dubbio che il d.d.l. in effetti delude sotto non pochi aspetti<sup>84</sup>.

Già immediatamente l'art. 1 del d.d.l. sorprende per l'estrema apoditticità delle affermazioni che individuano gli scopi della disciplina: pur indicando il consenso informato come principio cardine nell'esecuzione dei trattamenti sanitari (art. 1, co. I, lett. D, e art. 2) trae come bene da tutelare esclusivamente il *diritto alla vita*, senza alcuna declinazione del diritto alle scelte terapeutiche che ognuno può operare in consonanza al proprio e personale *concetto di vita*<sup>85</sup>.

La qualificazione legislativa dei trattamenti di idratazione ed alimentazione come "forme di sostegno vitale", della quale il dibattito scientifico non ha ancora dato una definizione univoca, tradisce la reale intenzione del legislatore di non aderire al principio di cui alla sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007, che li riteneva invece trattamenti sanitari.

Inoltre il d.d.l. presenta una chiara violazione del principio di eguaglianza, determinato dal fatto che tali trattamenti possono essere imposti solo al paziente non più cosciente e non al paziente in grado di intere e volere ex art. 13 Cost.; aspetto molto dibattuto del d.d.l. è però quello dedicato alle dichiarazioni anticipate di trattamento, al loro valore e alla loro attuazione (art. 3).

I dubbi derivano immediatamente dalla lettera delle disciplina, la quale conferisce alla dichiarazione valore di manifestazione di “orientamento”, non di “volontà”, alla “attivazione o non attivazione” di trattamenti sanitari. Il carattere orientativo e non vincolante di esse è chiarito dal successivo art. 7 del d.d.l. che, nel disciplinare il ruolo del medico, conferisce allo stesso il “potere” di ‘prenderle in considerazione’ o meno, semplicemente annotando nella cartella clinica i motivi della scelta. A tal fine il legislatore pone obbligo al medico di valutare le scelte del paziente coniugandole col solo principio della “inviolabilità della vita umana e della tutela della salute”, adeguandosi alle norme giuridiche e di deontologia medica.

Le riflessioni che derivano dal disposto legislativo sono molteplici. Il carattere non vincolante delle dichiarazioni, pongono nel nulla il *principio di autodeterminazione e libertà del consenso del paziente*, che potrà vederlo facilmente vanificato dalle valutazioni del medico. Quest’ultimo a sua volta è vincolato dai canoni interpretativi imposti dal legislatore, che gli impongono, nel bilanciamento tra il “valore della vita” e la “volontà del paziente”, di far prevalere *sempre* il primo.

In altre parole, dunque, da un lato è posta nel nulla la determinazione del paziente, dall’altro è vanificata l’autonomia medica, la quale risulta legislativamente vincolata anche dalle norme di deontologia. Tale duplice vincolo, induce ad un’altra valutazione maggiormente tecnica, ma non meno rilevate. Le norme di deontologia sono contenute in codici di autoregolamentazione non aventi forza di legge: ad essi il professionista si adegua in osservanza del suo sentire morale ed etico, salvi risvolti disciplinari che avranno effetti all’interno della categoria di appartenenza. Sebbene il rapporto tra tali codici e le fonti del diritto necessiti di una maggiore analisi dottrina, è comunque possibile rilevare che rendere legislativamente obbligatorio tali ‘codificazioni’, comporta chiaramente la violazione del principio di gerarchia delle fonti ed si pone in contrasto col disposto costituzionale che impone alla legge e solo alla legge la possibilità di imporre trattamenti sanitari obbligatori, a tutela dell’interesse collettivo.

Ancora, la disciplina si occupa specificatamente dell’*attivazione o non attivazione* di trattamenti terapeutici, ma nulla dispone in merito alla loro sospensione, che comporterebbe la necessità di un “comportamento attivo” del medico e della struttura sanitaria, così come non solo il “caso Englaro”, ma anche il “caso Welby” hanno acclarato, e che la summenzionata sentenza del TAR Lombardia del 22 gennaio 2009 ha ritenuto fosse preciso dovere dell’amministrazione garantire. Il silenzio del legislatore comporta una confusione fra ‘l’adempimento di un dovere’ (art. 51 c.p.), quale quello di agire nel rispetto del diritto del paziente di rifiutare le cure e sospendere i trattamenti sebbene ciò ne causerà la morte, e ‘il divieto di uccidere un consenziente’ (da cui il divieto di eutanasia, ex art. 579 c.p.) attraverso un intervento positivo senza il quale la morte non si verificherebbe. La differenza fra i due comportamenti risiede nel loro fine: nel primo esso è rispettare un diritto, nel secondo invece dare la morte<sup>86</sup>.

Infine è evidente il “potere del medico curante”, conferitogli dal legislatore, di porre nel nulla ogni determinazione di trattamento resa dal paziente nelle dichiarazioni anticipate, anche laddove egli abbia provveduto alla nomina di un fiduciario, il quale dovrebbe agire nel

solo interesse del paziente, “sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente espresse nella dichiarazione” (art. 6). Le sue determinazioni, infatti, sono semplicemente “sentite” dal medico, che, sebbene agisca secondo la generica formula “in scienza e coscienza”, deve applicare il principio di inviolabilità della vita. Avverso tale principio e le determinazioni sanitarie che necessariamente ne conseguono, non risulta vincolante neppure il parere del collegio di medici, al quale è sottoposta la valutazione in caso di contrasto fra fiduciario e medico, nonostante ciò dovrebbe rappresentare l’ultima e più autorevole voce scientifica in controversie di tal genere<sup>87</sup>.

*De iure condendo* allora si può rilevare come la disciplina posta dal d.d.l. fallisca negli intendimenti che si proponeva. Infatti, se parte della dottrina addirittura ritiene non necessaria una legge sul cd. testamento biologico, perché una disciplina sulle scelte di fine vita può desumersi, attraverso l’interpretazione dei giudici, dalle norme costituzionali, dai codici di deontologia medica, dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta di Nizza<sup>88</sup>, non si può negare che una corretta definizione legislativa delle dichiarazioni anticipate di trattamento e delle modalità attraverso le quali renderle, una regolamentazione puntuale della sospensione di trattamenti terapeutici già intrapresi, nonché una disciplina del rapporto medico/paziente (i.e. alleanza terapeutica) in siffatte ipotesi avrebbe certamente reso meno problematico il quadro dell’applicazione delle norme costituzionali, che in questi casi entrano in gioco.

L’insuccesso della disciplina, così come attualmente si conforma, deriva fondamentalmente da due elementi. In primo luogo, viene posta nel nulla la volontà del paziente espressa in una dichiarazione anticipata di “orientamento” non vincolante, dando prevalenza data in ogni caso alle valutazioni del medico curante o del tutore: di contro, rendendo vincolanti le “dichiarazioni anticipate di trattamento” si ridurrebbero e delimiterebbero i casi, come quello di specie, nei quali è consentita la determinazione presuntiva della volontà del soggetto divenuto incapace, limitandosi di conseguenza anche i casi in cui il tutore dovrebbe decidere per conto dello stesso, ma soprattutto dalla presunzione legislativa e assoluta della prevalenza del diritto all’integrità fisica rispetto al principio di autodeterminazione terapeutica.

In secondo luogo, la presunzione legislativa di assoluta prevalenza del diritto all’integrità fisica e rispetto al principio di autodeterminazione terapeutica, altera il bilanciamento fra gli interessi costituzionalmente coinvolti in casi del genere. In tal senso la dottrina ha espresso una forte critica nei confronti del d.d.l., individuandovi la volontà del Parlamento di sostituirsi con le sue valutazioni di natura eminentemente politica a quella del singolo individuo, riappropriandosi del concetto di benessere del singolo e ridefinendo il rapporto fra questo ed il potere pubblico, attraverso una sostituzione integrale dello Stato alla persona<sup>89</sup>.

Sembra, inoltre, inopportuno che, in un ambito come quello della salute, sempre soggetto al continuo progredire della scienza medica e della tecnologia, il legislatore decida di sostituirsi in tutto alla scienza. La stessa Corte costituzionale ha ribadito più volte che le scelte legislative in questo ambito non possono essere frutto delle “pure valutazioni di discrezionalità politica”, non prendendo in considerazione gli indirizzi derivanti dalle conoscenze scientifiche e dalle evidenze sperimentali acquisite da organismi a ciò deputati<sup>90</sup>.

Invero, del provvedimento approvato in prima lettura in Senato quasi due anni fa –e che ora giace insabbiato alla Camera- oggi non si dibatte più, tranne quando viene momentaneamente richiamato all’attenzione dal verificarsi di “scelte di fine vita” estreme di grandi esponenti della nostro panorama culturale: evidente allora appare la sua natura di “regolamento di conti” fra Parlamento e potere giudiziario, sull’onda delle polemiche sollevate dal controverso “caso Englaro”<sup>91</sup>. Esso, in ogni caso, faceva emergere un legislatore che “vuole far da sé”, il che,

com'è ovvio, crea delle gravi conseguenze sulla capacità della legge di rispecchiare il quadro sociale e culturale sul tema alquanto articolato e complesso.

Nel campo della bioetica, dove i problemi che si pongono riguardano la scienza biologica e la tecnologia medica, insieme alla vita e alla salute delle persone, il diritto non può avere la pretesa di arrivare per primo, di procedere da solo, nella più totale indifferenza e senza un "dialogo" con le prime<sup>92</sup>.

Sarebbe allora auspicabile che la disciplina legislativa attualmente in discussione alla Camera, pur nella necessaria definizione dell'assetto normativo del fine vita, da un lato individui strumenti che garantiscano ai pazienti la libertà di esercitare il proprio indiscusso diritto di autodeterminazione terapeutica, attraverso il riconoscimento della vincolatività delle scelte operate, qualunque esse siano e sebbene revocabili in ogni momento e regoli le modalità attraverso le quali garantire l'effettività delle scelte; dall'altro consenta ai medici di agire autonomamente, nel rispetto delle scelte del malato e secondo i propri intendimenti e le proprie concezioni etiche, senza alcuna coercizione definitoria pregressa; il tutto nell'ambito dei principi dello Stato sociale, che garantiscono, l'assistenza sanitaria a tutti i cittadini, a prescindere dall'opzione terapeutica effettuata.

### 3.1. Uno sguardo fuori dall'Italia. Il fine vita negli Stati Uniti

Come è chiaro, il tema del "fine vita" vive in un quadro di riferimento alquanto incerto per il giurista, a causa dell'inesistenza di un univoco protocollo scientifico e perché la autonomia e la responsabilità del medico sono valutate alla luce dei divieti vigenti nella legislazione nazionale improntata alla "tutela del diritto alla vita".

Tale incertezza si accentua ancora di più se si guarda nella prospettiva comparata di diversi Paesi, in cui le divergenze sono dovute, sia alla situazione ordinamentale che prevede differenziate soluzioni di assunzione delle decisioni terapeutiche, che ai diversi atteggiamenti culturali, filosofici, sociali, difficilmente riconducibili ad unità.

Negli Stati Uniti, dove la Costituzione del XVIII sec. ovviamente non contiene al suo interno alcuna disposizione sul tema, ma viene interpretata in via evolutiva, casi sul diritto di rifiutare le cure si verificano dai primi anni 70. In particolare a dare avvio ad un filone di pronunce sul tema delle direttive anticipate è una sentenza della Corte Suprema del New Jersey del 1976<sup>93</sup> e riguardava la vicenda di Karen Quilan, ridotta in stato vegetativo persistente e i cui genitori chiedevano l'autorizzazione a staccare il ventilatore artificiale. Tale richiesta si fondava su un giudizio di fatto dei richiedenti che accomunavano la cura del paziente in stato vegetativo persistente all'accanimento terapeutico, in considerazione dei pareri scientifici e medici sostenevano che la ragazza non avrebbe mai più riacquisito coscienza.

La Corte, nell'accogliere la richiesta, ne reperiva il fondamento giuridico nel diritto alla *privacy*, che comprende anche il diritto a rifiutare le cure, del quale non è privato il paziente in stato di totale incoscienza e che, in questi casi, viene esercitato dai genitori o dal tutore (*substitute judgement standard*).

Dopo il caso *Quilan*, la Corte del New Jersey si premurò di precisare la sua dottrina, nei casi *Conroy* e *Jobes*<sup>94</sup>, nei quali, rifacendosi alla dottrina *Quilan*, precisa che il *substitute judgement standard* è la decisione che avrebbe preso il paziente in condizioni di coscienza; tale volontà può essere espressa in un *living will* (testamento biologico) o con l'istituzione di

un *durable power of attorney* (la nomina di un rappresentante speciale per le decisioni sanitarie).

Ma il caso che negli Stati Uniti ha costituito un passo decisivo nell'evoluzione della giurisprudenza sul tema delle decisioni terapeutiche di fine vita è stato il caso *Cruzan* deciso dalla Corte Suprema Federale nel 1990<sup>95</sup>. Con questa pronuncia, la Corte Suprema, nel confermare la decisione della Corte del Missouri, nega ai genitori del paziente l'autorizzazione a staccare l'alimentazione artificiale, per la prima volta esprimendosi sulla questione se la Costituzione USA riconosca ai pazienti incapaci il *right to die*.

La Corte Suprema esclude che il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, come appunto l'alimentazione e idratazione artificiale, sia da ancorare alla *privacy*, riconoscendone invero il fondamento nel XIV emendamento, il quale esclude che nessuno Stato possa privare un uomo della propria vita, senza un *due process of law*.

Le scelte sul fine vita, dunque, sono profondamente personali (*deeply personal decision*) e possono essere accertate solo attraverso prove chiare e convincenti (*clear and convincing evidence standard*) che il paziente avrebbe fatto determinate se cosciente. Poiché i genitori possono

“essere mossi da forti sentimenti [...] ma non c'è nessuna automatica garanzia che il giudizio dei familiari più stretti sia necessariamente lo stesso che avrebbe effettuato il paziente [...] lo Stato può riferirsi solo alla volontà di questo, piuttosto che confidare sulle decisioni dei familiari”.

Infine, nel caso *Glucksberg*<sup>96</sup>, nel quale il diritto del paziente sulle decisioni di fine vita, da suffragarsi solo attraverso prove certe e attendibili della sua volontà, non può trasformarsi in “diritto ad essere assistito nel commettere suicidio”, poiché lo Stato ha, da parte sua, “l'interesse a proteggere l'integrità e l'etica professionale”. Il suicidio assistito è fondamentalmente incompatibile con il ruolo terapeutico del medico, il quale deve solo rendere il paziente informato sul trattamento, restando estraneo alle sue decisioni ultime.

Alla luce della summenzionata giurisprudenza, ogni Stato si è dotato di una corposa legislazione in materia, anticipata nel 1990 dal *Federal patient Self-Determination Act*, che, dopo il caso *Cruzan*, aveva lo scopo di imporre agli ospedali e nelle strutture ospedaliere che ricevono fondi federali, la conoscenza della legislazione statale in materia e di informare i pazienti al momento dell'ammissione della possibilità di compilare un *living will*<sup>97</sup>.

Infatti, gli strumenti predisposti dalla legislazione americana sul tema delle decisioni di fine vita sono due: il *living will* (testamento biologico) e gli *health care power of attorney statutes* (i rappresentanti speciali in materia di trattamenti sanitari).

Il *living will* è un atto scritto attraverso la persona, esprime il suo dissenso rispetto a certi tipi di cura, per lo più provvedimenti di sostegno vitale, con effetti vincolanti nei confronti del medico, anche qualora il soggetto cadesse in stato di incapacità<sup>98</sup>.

In effetti, l'istituto del testamento biologico, non ha avuto grande successo negli Stati Uniti, perché la manifestazione di volontà in esso espressa non è più attuale nel momento in cui è destinata a produrre effetti: non si può essere certi che la volontà del paziente incapace nel frattempo sia rimasta invariata. Inoltre la cogenza della dichiarazione compromette spesso la qualità del rapporto medico-paziente: il primo indotto a non imbarcarsi in trattamenti non espressamente richiesti, anche se ritenuti utili alla salute del paziente; il secondo finisce per considerare il medico sempre incline all'accanimento terapeutico.

L'*health care power of attorney statute*, invece, è l'atto scritto col quale il dichiarante individua un soggetto, un fiduciario, il quale, in caso di sopravvenuta incapacità, diventerà suo rappresentante speciale capace di prendere per il paziente qualsiasi decisione in ambito terapeutico, vincolante per il medico. Ovviamente, poiché un diritto personalissimo non può essere esercitato dalle scelte di un altro, il diritto americano ricorre ad una finzione giuridica per la quale, una volta nominato con atto scritto, il fiduciario agisce tramite il *substituted judgement test*, ricostruendo la volontà del paziente dalle sue direttive, oppure laddove non siano espresse tenendo conto della sua personalità e del suo stile di vita. Solo quando non sarà possibile operare tale ricostruzione si ricorrerà al criterio del *best interest*, prendendo le decisioni più confacenti gli interessi del malato.

Anche questo istituto presenta dei risvolti non del tutto positivi. Infatti, nel caso in cui non siano presenti direttive del malato, è di tutta evidenza che, il fiduciario agirà da solo fondando il proprio giudizio sulla qualità della vita del malato stesso. Mentre anche laddove ci siano delle direttive impartite dal malato, esse non si sottraggono agli stessi dubbi di attualità posti per il *living will*.

In realtà, gli studi condotti sull'applicazione del *living will* hanno evidenziato come questo sia uno strumento poco utilizzato<sup>99</sup> e come nel 80% dei casi a prendere queste decisioni sia il tutore o fiduciario se nominato. Ciò perché, se la salute è un bene appartenente alla sfera più intima della persona, la scelta di curarsi o no è personalissima e può anche essere soggetta ad una "pianificazione anticipata delle cure"<sup>100</sup>, ma la pianificazione è tutt'altra cosa della attualità. Il testamento biologico ha ad oggetto livelli di cognizioni e di disponibilità di scelte terapeutiche, che possono facilmente variare nel tempo a seconda delle idee del soggetto, come anche del progresso della scienza e della tecnica medica.

### 3.2 (segue) *Il fine vita in Europa. La giurisprudenza e la legislazione olandese, belga e tedesca*

In Europa, escludendo l'art. 3 della Carta di Nizza sul principio del consenso informato, non esiste una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri sul fine vita, ma singoli stati si sono dotati di discipline alquanto diversificate sul tema.

La linea di demarcazione fra la posizione della giurisprudenza statunitense e quella continentale risiede nel fatto che la prima valorizza a pieno autodeterminazione del paziente, il quale istituisce col medico un rapporto contrattuale al quale il medico è obbligato ad adeguarsi; la seconda invece valorizza la valutazione tecnico scientifica del sanitario, nell'ambito della quale assume sempre maggior rilievo la posizione delle famiglie<sup>101</sup>.

Archetipo di questa posizione continentale è il caso *Airedale NHS Trust v. Bland (House of Lords 1993)*, nella cui risoluzione viene lasciato al medico, nell'oggettivo esame tecnico del caso clinico, la valutazione di convenienza ed appropriatezza del trattamento da somministrare in presenza di una qualche prospettiva di recupero anche di parte delle funzioni vitali, non avendo quest'ultimo "l'obbligo giuridico di somministrare trattamenti che siano inutili secondo un'accreditata valutazione medica della condizione di vita del paziente e che non corrispondano al suo migliore interesse".

Il ruolo che nella giurisprudenza europea viene riservato al medico è stato evidenziato anche da una più recente pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia di Inghilterra, che ha avuto modo di esprimersi su un caso di eutanasia passiva nel caso *B. c. NHS Hospital Trust*<sup>102</sup>.

## MARIA ESMERALDA BUCALO

Una donna tetraplegica, paralizzata dal collo in giù e tenuta in vita solo attraverso un sistema di respirazione artificiale, riesce ad ottenerne lo spegnimento, nonostante l'opposizione dell'ospedale in cui era curata, sulla base di una decisione fondata sull'applicazione di alcuni principi consolidati nel diritto inglese.

In primo luogo il principio dell'autodeterminazione dell'individuo, dal quale deriva il diritto del paziente capace di intendere e di volere di rifiutare le cure anche se ciò potrebbe portarlo alla morte. Tale principio entra in conflitto col diritto alla vita, che tuttavia nella giurisprudenza inglese non ha carattere assoluto e deve cedere di fronte all'autodeterminazione del paziente.

In secondo luogo, tali affermazioni possono essere surrogate solo dalla capacità di intendere e di volere del paziente, la verifica della quale spetta ai medici ed è comunque dipendente dall'atto che il paziente vuole compiere: tanto più la decisione è ricca di conseguenze, tanto maggiore dovrà essere la capacità richiesta per adottarla.

Invero, il paese europeo più attivo nella riflessione sul fine vita è stato l'Olanda. Il codice penale olandese prevedeva in effetti prevedeva due norme sull'omicidio del consenziente e sull'aiuto al suicidio (art. 293 e 294). Tuttavia già nel 1973, la giurisprudenza adoperava l'art. 40 dello stesso codice penale che disponeva la scriminante della forza maggiore, al fine di rendere non punibili le fattispecie di cui sopra. Gradualmente la giurisprudenza poi individuò alcuni criteri atti a guidare il comportamento di medici e pazienti nei casi di scelte di fine vita: l'eutanasia passiva era praticabile senza incorrere in azione penale se il paziente fosse un malato terminale, afflitto da intollerabili dolori fisici e psichici, e se lo stesso avesse fatto richiesta di essere liberato dal suo dolore. Il soggetto abilitato a porre in essere pratiche eutanasiche poteva essere solo un medico e la morte del paziente doveva comunque essere imminente.

Nel 1994 in Olanda entra in vigore la prima legge che cristallizza in disposizioni chiare i suddetti criteri, aggiungendo, per depenalizzare i reati di cui agli art. 293 e 294 del codice penale, che è necessario che l'intervento eutanastico può avvenire solo previa consultazione con un altro medico che confermi il fondamento delle richieste del paziente.

A questa si aggiunge nel 1995 la legge sul consenso informato anche del paziente incapace; in particolare, poiché il medico non può senza il consenso del paziente praticare alcuna terapia, ancorchè ritenuta necessaria, veniva impedito anche che un malato venisse mantenuto in vita contro la sua volontà.

Infine la legge del 2001 conclude il percorso cominciato nel 1993. In particolare vengono riformulati gli art. 293 e 294 del codice penale, rendendo le pratiche eutanasiche legali e viene procedimentalizzata per legge l'attività che porti alla fine della vita del paziente, anche tramite l'istituzione di cinque commissioni regionali che regolino l'esercizio dell'azione penale in questi casi, facendo da filtro alle azioni del pubblico ministero e a quelle dell'ispettore sanitario verso l'ordine dei medici.

Alla base delle considerazioni del legislatore olandese sta la conoscenza di un fenomeno sommerso, prodotto dal potere dei medici nel rapporto col paziente. Si tratta di una scelta coraggiosa, tuttavia è evidente che di fronte agli enormi problemi di carattere etico, più che scegliere una strada teorica generale a suffragio delle sue tesi, si è preferito trovare delle soluzioni ai problemi attraverso una regolazione empirica, costruita sulla base della

stratificazione di uniformi interventi giurisprudenziali e legislativi., realizzando un compromesso fra le diverse idee politiche ed etiche.

In Belgio l'attivismo giurisprudenziale e legislativo in tema di fine vita è più recente e risale alla seconda metà degli anni 90, ma la legge adottata nel 2002 risulta ancora più liberale di quella olandese, espressione del pluralismo etico e culturale che fonda la società belga. L'art. 2 definisce l'eutanasia come "un acte, pratiqué par tiers, qui met intentionnellement fin a la vie d'une persone a la demande de celle-ci"; in tal modo si operava una forzatura anche nei confronti della componente cattolica che in Parlamento aveva cercato di limitare in tutti i modi l'intervento del legislatore.

L'art. 3 si occupa di disciplinare le procedure attraverso le quali il medico deve dar corso all'intervento eutanasi, avendo cura che la domanda venga formulata per iscritto dalla persona cosciente, tra la richiesta e l'intervento deve ricorrere un mese, nel quale la richiesta viene esaminata da un secondo medico indipendente.

In caso di incapacità del paziente, non in grado di agire da solo, la domanda può essere fatta da un maggiorenne, parente o tutore del paziente, il quale però perde ogni diritto a ricevere alcun beneficio dalla morte del paziente. In tale richiesta saranno indicati i motivi dell'incapacità del paziente, ferma restando la possibilità di quest'ultimo di revocarla in ogni momento.

La legge regola anche le possibili dichiarazioni anticipate di trattamento da parte dei pazienti, stabilendo una validità non superiore a cinque anni e la istituzione di una commissione federale di controllo sulle pratiche eutanasiche, alla quale il medico dovrà entro sette giorni inviare tutta la documentazione relativa alla morte del paziente.

Infine gli art. 14 e 15 si occupano rispettivamente di disciplinare l'obiezione di coscienza del medico e di disporre che coloro che si sottopongono a pratiche eutanasiche sono da ritenuti deceduti di morte naturale.

Ciò che appare evidente allora dall'esame delle legislazioni belga e olandese è che questi legislatori non si sono sottratti alla necessità di dover disciplinare comportamenti, divenuti diffusi nella società, al fine di evitare zone d'ombra che mettano a rischio l'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali. Essi dimostrano una grande maturità e la volontà di circoscrivere un fenomeno, che ha un enorme impatto nel comune sentire sociale, sapendo separare il concetto di eutanasia da quello di accanimento terapeutico.

In questa prospettiva il livello di queste legislazioni si caratterizza dal punto vista della tecnica giuridica adottata, perché nasce da una significativa collaborazione fra legislatore e giurisprudenza, la quale ha svolta prima della definizione legislativa della fattispecie, una attività di supporto che il legislatore ha utilizzato quale valido strumento per raccogliere esigenze e stimoli provenienti dalla società<sup>103</sup>.

Il mosaico alquanto composito della legislazione e della giurisprudenza dei paesi europei<sup>104</sup> si arricchisce anche dell'esperienza di paesi come la Germania che hanno approvato una normativa sul fine vita, soltanto da breve tempo e si trovano ad affrontare ora giurisprudenzialmente l'applicazione della stessa.

In particolare è bene ricordare il recente caso che si è trovata a dirimere la Camera penale del *Bundesgerichtshof*. Prima di dar conto del caso, bisogna ricordare che il 1° settembre del

2009 è entrata in vigore in Germania la “terza legge per la modifica dell’amministratore di sostegno”, la quale ha integrato l’art. 1901 BGB, introducendo il *Patientenverfugung* (disposizioni del paziente), di natura vincolante. La disciplina distingue il caso in cui vi sia una dichiarazione del paziente, relativa al consenso ad un determinato trattamento da far valere in caso di sopravvenuta incapacità ad esternare la propria volontà, da quello in cui tale volontà non sia espressa. Nel primo caso, l’amministratore di sostegno è chiamato a valutare se le disposizioni presenti nella dichiarazione del paziente si riferiscano alle condizioni attuali e di salute dell’amministrato e, in caso affermativo, lo stesso amministratore è tenuto a farle rispettare. In assenza di tale dichiarazione, l’amministratore di sostegno è tenuto ad accertare la volontà presunta dell’amministrato e prendere su tali basi la decisione di accettare o rifiutare un determinato trattamento. La volontà presunta dell’amministrato deve essere accertata in base a indizi concreti, tratte da precedenti dichiarazioni orali dello stesso, dalle sue convinzioni etiche e religiose. L’accertamento di volontà del paziente incapace si fonda su una serie di atti procedimentalizzati che vanno dal colloquio fra medico e amministratore, alla possibilità di pronunciamento dei parenti e di altre persone di fiducia del paziente.

Il caso recentemente risolto dal BGH<sup>105</sup>, nasce dal ricorso promosso da un avvocato, condannato in primo grado per tentato omicidio, per aver consigliato alla sua assistita, figlia e amministratrice di sostegno di una donna in coma dal 2002, di tagliare il sondino che la alimentava e idratava, al fine di assecondare la volontà espressa in tal senso dalla paziente prima che cadesse in stato di incoscienza. Tale atto era l’ultimo di una vicenda che vedeva opposti l’amministratrice e il medico, favorevoli all’interruzione del trattamento, e la casa di cure che, dopo aver inizialmente acconsentito, aveva disposto poi il ripristino del trattamento stesso<sup>106</sup>.

Il BGH, decidendo difformemente dal tribunale di primo grado, si pronuncia per l’assoluzione del avvocato, proprio in considerazione della intervenuta modifica alla disciplina dell’amministratore di sostegno. Si consolida così un orientamento costante della giurisprudenza tedesca sulla liceità del *passive Steberhilfe* nel caso di soggetti incapaci.

Tale orientamento per la prima volta si afferma con una sentenza della stessa Camera penale del BGH nel 1994, in un caso noto come “*Kempter fall*”<sup>107</sup>. In esso la Corte si trova a decidere dell’interruzione dell’alimentazione ed idratazione di un incapace a seguito di danni cerebrali irreversibili. In quel caso, pur non trattandosi di vera e propria eutanasia passiva, perché la malattia del paziente non lo avrebbe condotto alla morte, il BGH ritenne che viste le particolarità del caso, in via eccezionale non fosse da escludersi a priori la possibilità di lasciare morire il paziente per mezzo dell’interruzione della cura medica, purchè potesse evincersi una volontà presunta del paziente in tal senso, dovendosi in ogni caso rispettare il diritto alla sua autodeterminazione.

Dieci anni dopo<sup>108</sup>, la stessa Corte torna sul tema, discostandosi in parte dalla sentenza *Kempter*. Infatti l’interruzione del trattamento di alimentazione e idratazione ad un paziente in stato vegetativo permanente viene ritenuto ammissibile, ma solo subordinatamente al caso in cui sia accertato che lo stato patologico abbia un decorso mortale irreversibile.

Se, dunque, il punto di partenza delle due pronunce è identico, cioè il principio per il quale il trattamento compiuto nei confronti dell’incapace, in quanto invasivo della sua sfera corporea, necessita di una legittimazione, che è reperibile solo nella volontà, anche presunta, dello stesso, molto diverso invece è il rilievo attribuito allo stato della malattia, che rende il *passive Steberhilfe* ammissibile o meno.

A sanare queste divergenze interpretative è intervenuta oggi la modifica dell'art. 1901 BGB, il quale afferma chiaramente che le disposizioni del paziente si applicano *indipendentemente* dalla natura e dallo stadio della malattia, creandosi così un quadro giuridico volto a tutelare prioritariamente la volontà del paziente, sia che essa sia espressa in dichiarazioni anticipate di trattamento, sia che essa sia ricostruita ad opera della figura dell'amministratore di sostegno.

Nella sentenza del 2010 la Corte ha dunque gioco facile nell'affermare l'ammissibilità dell'interruzione del trattamento, soprattutto in presenza, come nel caso di specie, di una volontà espressa<sup>109</sup>, ma si premura anche di condurre alcune riflessioni sulla natura dell'atto che comporta l'interruzione, ai fini della sua qualificazione fra le fattispecie lecite o meno di eutanasia.

Qui si reperisce, invero, il punto di distacco dalla precedente giurisprudenza che distingue l'eutanasia passiva da quella attiva solo sulla scorta della natura commissiva o omissiva dell'azione<sup>110</sup>. La Corte ritiene si tratti di una finzione inammissibile, perché l'atto di spegnimento si configura come un comportamento naturalisticamente attivo, come anche la mera interruzione delle cure si sostanzia in una serie di azioni attive, in un *facere*, che difficilmente può configurare un omissione o un comportamento passivo.

È un nuovo "concetto superiore normativo-valutativo" a rendere ammissibile la sospensione del trattamento. Tale concetto si compone di un elemento oggettivo, determinato dalla natura della azione che porta all'interruzione della cura, e di un elemento soggettivo, determinato dalla volontà del paziente. Tale ammissibilità rende giustificate le azioni non solo del medico e/o dell'amministratore, ma anche di soggetti terzi, come nel caso di specie l'avvocato dell'amministratore, purchè coinvolti dai primi due.

#### 4. Riflessioni conclusive

Il dibattito sulla eutanasia attraversa la società, fin dal 1605, anno in cui Francis Bacon nel suo saggio *Il progresso della Conoscenza*<sup>111</sup> introdusse per la prima volta il termine, auspicando che i medici imparassero "l'arte di aiutare gli agonizzanti a uscire da questo mondo con più dolcezza e serenità".

Oggi il progresso della ricerca biologica e genetica consente all'uomo la possibilità di ricreare l'inizio della vita e di prolungarla, aldilà degli eventi naturali dell'invecchiamento e della malattia, aldilà di ogni aspettativa e di ogni ragionevole motivo. Vieppiù, la classe medica può anche decidere della "qualità della vita", non solo della sua durata, ma altresì delle modalità della morte e dei suoi tempi. L'eutanasia oggi assume dunque anche il significato di strumento per contrastare l'accanimento terapeutico e l'eccessivo potere della medicina sull'uomo, ripristinando "l'ordine naturale".

Sovviene a questo punto una suggestione proveniente dal pensiero di Binding<sup>112</sup>, il quale riteneva che l'eutanasia fosse un atto terapeutico che non dovesse essere proibito. L'A., infatti, riteneva che esistessero vite, che non fossero degne di essere vissute e che, in quanto tali, il bene giuridico vita non meritasse più di essere protetto dall'ordinamento. È stato osservato da alcuni commentatori<sup>113</sup> come l'A. non parlasse più di essere umani, né di persone, ma di vite o esseri viventi, in ciò operando una distinzione cruciale tra "vite dotate di valore" e che meritano di essere protette e vite senza valore dunque "senza diritti". Soggiaceva, come è evidente a questa filosofia l'idea che tendeva a subordinare il "valore delle persone" al "valore di un ordine superiore", quello dello Stato e del popolo.

È chiaro allora che il concetto di “valore” da assegnare alla vita di un uomo, che resta uomo a prescindere dalle condizioni fisiche e mentali nelle quali si trova, è oggi del tutto inaccettabile, soprattutto in considerazione del seguito che il pensiero di Binding ebbe in Germania, messo in pratica dal regime nazista con esiti disastrosi e proprio sulla base del concetto di valore.

Certo è che nella tematica del fine vita, anche oggi almeno nel panorama italiano, “due opposte fazioni” si fronteggiano, ed è evidente il “carattere aggressivo e gerarchico dei valori”, che già Schmitt metteva in luce in un dei suoi saggi<sup>114</sup>. L’A. ricordava che il concetto di valore, nato in economia, solo alla fine dell’Ottocento era entrato a far parte della riflessione filosofica in concomitanza con le cosiddette “filosofie della vita”, facendo così scomparire la distinzione fra valore come prezzo e valore come “dignità”. Il termine valore tende ad assommare in sé una vasta gamma di concetti, come il bene, il vero, il bello e come anche la dignità, ma in questa vasta gamma “la logica dei valori” è il loro carattere “aggressivo” e gerarchico: essi tendono alla loro realizzazione e a entrare in conflitto ed il “valore di rango inferiore” cede di fronte a quello “superiore”.

Si riscontrano, allora, strane le similitudini fra queste idee e le modalità dell’odierno dibattito sul fine vita, il quale sembra essersi dimenticato di un assunto fondamentale nella nostra cultura, quello cioè che ogni essere umano è dotato di eguale valore morale e dignità, qualsiasi siano le sue opinioni su come gestire la propria vita, in qualunque condizione essa venga vissuta, e che uguale rispetto meritano tutti, perché la dignità è “un attributo categoriale che coincide con l’uomo e che lo distingue dagli altri esseri viventi”<sup>115</sup>.

Ed è dalla idea della eguaglianza nella dignità fra tutti gli uomini che il legislatore italiano dovrebbe partire laddove volesse disciplinare le scelte terapeutiche di fine vita.

Ciò sarebbe possibile solo se la politica abbandonasse quella dialettica *amico/nemico* di impronta schmittiana<sup>116</sup> che la caratterizza in modo palese nei momenti di grave crisi sociale, istituzionale ed economica.

Di più e sempre sulla scorta del pensiero dello studioso tedesco, è stato evidenziato di recente in dottrina<sup>117</sup>, e con tale rilievo si concorda, come l’atteggiamento manifestato dalla politica in relazione al caso concreto del quale qui si è discusso, sembra ripercorre pericolosamente la via del *decisionismo giuridico*, sintetizzabile nell’assunto per cui “*la decisione produce diritto indipendentemente dalla sua adesione alla regola*”, perché se per il *normativismo* “*la decisione adeguata alla norma deriva la sua forza giuridica* –i.e. legittimazione- *dalla norma stessa*”, per il *pensiero giuridico fondato sulla decisione*, “*la decisione contraria alla norma deriva la sua forza solo da sé medesima, dalla sua contrarietà alla norma*”<sup>118</sup>. L’atteggiarsi del rapporto politica-magistratura oggi si attiene a tali canoni: svilita la portata della norma giuridica, si svilisce anche la distinzione e la separazione fra politica e giurisdizione, per l’esaltazione della portata *decisionistica* di entrambe<sup>119</sup>.

Il secondo dato, necessariamente collegato al primo, è quello che rileva che neppure nell’ambito di tematiche così delicate, come quella determinata dalla necessità di una disciplina certa sul fine vita, la conflittualità fra i poteri riesca ad essere incanalata lungo la strada della risoluzione politica, ma sfoci sempre, o quasi sempre, per i toni oltremodo accesi del dibattito, in conflitti di attribuzione avanti la Corte. Nell’ambito del caso Englaro infatti, non solo è stato incardinato un conflitto fra potere legislativo e giudiziario, ma forti tensioni hanno attraversato anche i rapporti fra Governo e magistratura, nonché, ancora più gravemente, fra Governo e Presidenza della Repubblica, tensioni queste ultime,

fortunatamente concluse sulla via della mediazione e del buon senso politico, ma che pongono all'attenzione degli studiosi come la conformazione attuale dei rapporti istituzionali non si ispiri alla leale collaborazione.

L'esperienza comparata degli ordinamenti olandesi e belgi ha infatti evidenziato come una fruttuosa collaborazione fra i poteri sia la base sulla quale è possibile costruire una legislazione sul fine vita, che oggi si rivela necessaria non solo a causa del progredire della scienza e della tecnologia, ma anche perché la materia costituisce uno di quegli argomenti intorno ai quali si verificano quei "mutamenti sociali", che lo Stato di democrazia pluralista deve essere capace di accogliere senza conflittualità.

Certo gli strumenti attraverso i quali porre questa disciplina sono i più diversi. Le esperienze ordinamentali straniere hanno evidenziato come in alcuni casi il *living will* non funzioni, perché non garantisce l'attualità della dichiarazione di volontà, e come tale attualità non sia garantita neppure dall'attribuzione ad un tutore o amministratore del potere di decidere attraverso la ricostruzione della volontà del paziente oramai incosciente. Il nostro ordinamento costituzionale ha dimostrato, come evidenziato dalla giurisprudenza esaminata, di possedere disposizioni come l'art. 32, 13 e 2, che interpretate alla luce delle odierne esigenze del diritto, consentono da sole di dirimere le questioni relative alle scelte di fine vita. Ma poiché tale esperienza non è ritenuta sufficiente, una disciplina legislativa del fine vita si rende necessaria.

Tenendo conto, da un lato, della conformazione la società italiana, e, dall'altro, della impossibilità attuale di realizzare il circolo virtuoso fra giurisprudenza e legislatore, che in Olanda, in Belgio e infine in Germania, ha portato alla approvazione di leggi sul fine vita così all'avanguardia dal punto di vista degli strumenti attraverso i quali sia garantita al paziente la autonomia della scelta, la quadratura del cerchio potrebbe trovarsi in una legge che disponga i principi generali e gli strumenti, attraverso i quali assicurare che ciascuno scelga, se vuole, la fine della sua vita, secondo la propria coscienza e senza alcuna coartazione etica, morale o giuridica, sia che tale scelta comporti la difesa della propria vita e della propria integrità fisica, sia che si esiga la tutela libertà personale, intesa come libertà di disporre autonomamente, anche in casi estremi, del proprio corpo, poiché entrambi tali diritti sono fondanti il nostro ordinamento costituzionale<sup>120</sup>.

#### BIBLIOGRAFIA:

- AGOSTA S., *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 5.
- AINIS M., *La lumaca e l'elefante*, in *La Stampa*, 6 febbraio 2009, p. 1.
- AINIS M., *Lasciamo Eluana al giudice*, in *La Stampa*, 29 luglio 2008, p. 10.
- ALBANESI E., *Moral suasion presidenziale e giurisprudenza costituzionale in materia di logistica. La vicenda del cd. decreto sicurezza*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2 del 2008.
- ALLEGRETTI U., *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).
- ANGIOLINI V., 1992, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova.
- AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10 del 2008, p. 331 e ss.
- AZZARITI G., *Un inquietante schiaffo al Quirinale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).
- BACON F., 2001, *The advancement of learning*, Modern Library, New York.
- BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, vol. II, p. 240 .

- BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 1976, p. 206.
- BARACK A., 1995, *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386.
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, p. 15.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 288-289.
- BIN R., *Se non sale al cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. n. 334/08)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- BINDING K., 1890, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Band 1, 2 Aufl., Leipzig.
- BIONDI F., *Art. 101*, in BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 917.
- BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura sul recente 'atto di indirizzo' ministeriale avente ad oggetto 'Stati vegetativi, nutrizione e idratazione'*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura*, cit.
- BUCALO M.E., *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica Parlamento e Governo*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008*, cit., p. 139-153.
- CAMPANELLI G., *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in D'ALOIA (A CURA DI), *Bioteconologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 195 e ss.
- CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G. (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003 e GALOFARO F., *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma 2009, p. 91 e ss.
- CAPONE R., PROTO PISANI A., *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- CARAVITA DI TORITTO B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30.
- CARLASSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).
- CARLASSARE L., *La riserva di legge come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paldin*, Napoli, p. 434 e ss.
- CASTORINA E., *Concezioni bioetiche e principi costituzionali*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n.2-3, 2009, p. 338.
- CERRI A., 1990, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma.
- CIMBALO G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, V, 2003, p. 32 e ss.
- CIOCCONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, p. 559 e ss.
- CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30.
- D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2010, p. 260.
- DEFANTI C.A., *La qualità della vita, le decisioni di fine vita e l'argomento della "deriva nazista" della bioetica*, in *Filosofia politica*, n. 3 2009, p. 372.
- DI MARIA R., *Dalla morale all'etica, dall'etica alla morale e...ritorno*, in *Gruppi*, 2003, fasc. n. 1, p. 138.
- DI MARIA R., *La vis expansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel "ruolo" degli atti aventi forza di legge*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, Torino 2010, p. 163-173.
- FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 683-684.
- GAMBARO A., *Presentazione*, in BARACK A., *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano, 1995, p. X.
- GHIRIBELLI A., *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge: il 'caso Englaro'*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

- GROPPI T., *Come può Eluana dividere uno Stato?*, in *L'Unità*, 3 agosto 2008.
- GUASTINI, 1994, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995 e ID., *Art. 101*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma.
- J. FREUND, 1995, *L'amico e il nemico: un 'presupposto' del politico* (1965), trad. it., in ID., *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del politico*, a cura di A. CAMPI Milano.
- KELSEN H., *Sulla teoria dell'interpretazione*, (trad. it. a cura di GERACI C.), in ID., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 159 e ss.
- LANCHESTER F., *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- LUCIANI M., *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge 8spunti a partire dal caso E.*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).
- LUCIANI M., *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.
- MODUGNO F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 319.
- NASI C., *L'art. 96-bis del Regolamento della Camera ed il procedimento di conversione dei decreti legge*, in *Rass. Parl.*, n. 2/2001, p. 457 e ss.
- NEPI L., *Testamento biologico: una critica dell'esperienza statunitense*, in *Arch. Giur.*, n. 1, 2009, p. 106.
- ONIDA V., *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti legge*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).
- PACE A., *L'inutile pratica della legge 'per' Eluana*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2009, p. 1 e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- PALADIN L., *Presidente della Repubblica*, voce in *Enc. Dir.*, 1986, p. 2443 e ss.
- PEDULLÀ L., *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge 'Salva Eluana'*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, p. 87.
- PICCOLILLO V., *'Ingerenza'. 'No atto correttep'. E adesso i giuristi si dividono*, in *Il Corriere della Sera*, 17 dicembre 2008.
- PIOGGIA A., *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).
- PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1997, p.163 e ss.
- PITRUZZELLA G., *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 245 e ss.
- PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 69.
- PIZZETTI F.G., *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del 'caso Englaro': limiti della legge e 'progetto di vita'*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).
- PIZZETTI F.G., *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in [ww.atrid-online.it](http://ww.atrid-online.it)
- PIZZORUSSO A., *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, p. 355 e ss.
- PIZZORUSSO A., 1998, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari.
- PIZZORUSSO A., *Intervento*, in AA.VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, p. 219 e ss.
- PONZANELLI G., *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del "right to assisted suicide"*, in *Foro it.* 1999, IV, 76.
- PONZANELLI G., *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti ed il "right to die"*, *Foro It.*, IV, p. 72 e ss.

- RESCIGNO G.U., *Art. 87*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, p. 211.
- RODOTÀ S., *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2008.
- ROMBOLI R., *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso evidente di inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, n. 1 e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- ROMBOLI R., *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)
- ROMBOLI R., *La relatività dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 565 e ss
- ROSSI S., *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- ROSSI S., *Sull'esecuzione del decreto emesso dalla Corte di Appello di Milano nel caso Englaro*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- SALAZAR C., *Riflessioni sul 'caso Englaro'*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 1.
- SALERNO G.M., MALAISI B., *Art. 87*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. II), Torino, 2006, p. 1697.
- SALERNO G.M., MALAISI B., *Art. 87*, cit. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 157.
- SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Segni*, IV, Milano, 1967, p. 257.
- SANTUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro. It.*, IV, 1991, p. 66 e ss.
- SBAILÒ C., *Testamento biologico alla Camera. Una 'navetta' decisiva*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- SCHMITT K., *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.
- SCHMITT K., *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 101 e ss., spec. p. 110-120.
- SCHMITT K., *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 75 e ss.
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, e II, Milano, 1984.
- SILVESTRI G., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, XXIV, p. 702.
- SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 657-658.
- SIMONCINI A., SNEAD O.C., *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 2010, n. 1, p. 7-8.
- SORRENTI G., *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- SPADARO A., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto legge? Le 'ragioni' di Napoletano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2-3, 2009, p. 380 e ss.
- TRIPODINA C., *Art. 32*, in BARTOLE S., BIN R. (A CURA DI), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 328.
- VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 186.
- VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. 'Cattivo uso' del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, p. 105-121.

VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 23.

VIOLA F., ZACCARIA R., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 127.

ZANON N., PANZERI L., *Art. 101 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. III), Torino, 2006, p. 1962, D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, 2002, p. 59.

---

<sup>1</sup> DI MARIA R., *Dalla morale all'etica, dall'etica alla morale e...ritorno*, in *Gruppi*, 2003, fasc. n. 1, p. 138.

<sup>2</sup> Cfr. la distinzione fra *atti e fatti giuridici* in BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 288-289.

<sup>3</sup> SIMONCINI A., SNEAD O.C., *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 2010, n. 1, p. 7-8.

<sup>4</sup> Piergiorgio Welby era cosciente e capace di intendere e di volere quando affermava con forza il suo volere a che gli venisse staccato il respiratore che lo teneva in vita; Eluana Englaro invece si trovava in stato vegetativo permanente e dunque del tutto incapace di esprimere il proprio volere; il maestro Mario Monicelli, malato di un cancro allo stadio terminale, ha scelto volontariamente di morire suicida, accelerando così il decorso della malattia.

<sup>5</sup> Eluana Englaro, com'è noto, rimasta in stato vegetativo permanente a causa di un incidente stradale occorso nel 1992 e la cui sopravvivenza era legata ad un trattamento di idratazione e alimentazione artificiale, era già stata dichiarata interdetta nel 1996, con contestuale nomina del padre a suo tutore.

<sup>6</sup> Giudiziariamente il 'caso' prende le mosse nel 1999, anno in cui il padre, nonché tutore, promuoveva per la prima volta ricorso, affinché il giudice emanasse un provvedimento che disponesse l'interruzione della terapia di sostegno vitale, posto che erano accertati irreversibilità della patologia e l'inconciliabilità di tale stato di sopravvivenza con la concezione della vita e le convinzioni personali della stessa. Tale procedimento si conclude con decreto del Tribunale di Lecco del 2 marzo 1999, che dichiarava inammissibile il ricorso del tutore, perché incompatibile con la lettura dell'art. 2 Cost. come norma volta alla tutela assoluta della vita umana, e confermato dal decreto della Corte di Appello di Milano del 31 dicembre 1999, che rilevava una situazione di incertezza normativa tale da non consentire l'adozione di una decisione nel merito della questione.

Il secondo procedimento, si concluse con decreto di inammissibilità del Tribunale di Lecco del 26 febbraio 2002, sulla base di analoghe argomentazioni giuridiche del decreto del 1999, poi confermato dal decreto della Corte di Appello di Milano del 17 ottobre 2003. L'impugnazione straordinaria per Cassazione ex art. 111 Cost. di tale decreto fu dichiarata inammissibile per mancanza di un contraddittore necessario, individuato dalla S.C. nel curatore.

Il terzo procedimento, instaurato nel 2005, previa nomina di un curatore, si concludeva con decreto di inammissibilità del Tribunale di Lecco del 2 febbraio 2006, che dichiarava la carenza di legittimazione del tutore a esprimere siffatte scelte nell'interesse dell'incapace. Tale decreto fu riformato dalla Corte d'Appello di Milano con decreto del 16 dicembre 2006, il quale pur dichiarando la legittimazione del tutore, nel merito rigettava la richiesta perché non riteneva che le idee espresse da Eluana, prima dell'incidente, fossero tali da comprovare la volontà della stessa contraria ai trattamenti che la tenevano in vita. Avverso tale decreto il tutore propone nuovamente ricorso per Cassazione, la quale si è pronunciata con sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748, cassando con rinvio il suddetto ultimo provvedimento della Corte d'Appello di Milano.

<sup>7</sup> *Autorizzare e non ordinare*, perché, secondo la S.C., alimentazione e idratazione non sono forme di *accanimento terapeutico*, ma presidio proporzionato rivolto al "mantenimento del soffio vitale", pur comunque dovendosi essi considerare non trattamenti di sostegno vitale ma trattamenti sanitari, come tali rifiutabili ex art. 32.2 Cost.

<sup>8</sup> Alla sentenza della Cassazione ha fatto seguito il decreto del 9 luglio 2008 della Corte d'Appello di Milano, che ha applicato il principio di diritto enunciato dalla S.C., ha provveduto nuovamente ad accertare la volontà presunta di Eluana ed infine ha accolto l'istanza di interruzione del trattamento di sostegno vitale proposta dal curatore, disponendo in modo cautelativo anche che la procedura di interruzione avvenisse in una struttura sanitaria adeguata e comunque con modalità che garantissero un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della paziente

<sup>9</sup> Principio fra l'altro espresso da giurisprudenza costante della S.C. Cfr. Cass., sez. III, 25 gennaio 1994, n. 10014; Cass., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364; Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444)

- <sup>10</sup> Ovviamente l'applicazione di tale principio passa per l'accertamento della relativa volontà del paziente, che, nel caso di specie, la Corte di Cassazione, ed è questo, come si vedrà poco più sotto, uno dei passaggi critici della pronuncia, ha ritenuto anche desumibile da testimonianze, che attestino la concezione della vita del paziente, espressa precedentemente al suo stato di incoscienza.
- <sup>11</sup> Punto 6.1 dei motivi della decisione, che ribadisce anche come questa non sia una scelta di eutanasia, ma una scelta del paziente, affinché la malattia segua il suo decorso naturale.
- <sup>12</sup> Punto 7.5 dei motivi della decisione.
- <sup>13</sup> Quella italiana è la prima fra quelle del dopoguerra a conferire valore costituzionale agli interessi collegati alla salute dei cittadini e a darne una disciplina compiuta. LUCIANI M., *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.
- <sup>14</sup> SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 657-658.
- <sup>15</sup> Come oggi nel caso del fine vita, ma come anche in passato per la fecondazione assistita o l'aborto.
- <sup>16</sup> Comprendente per esempio la scelta del medico e della terapia.
- <sup>17</sup> Così chiamata da TRIPODINA C., *Art. 32*, in BARTOLE S., BIN R. (A CURA DI), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 328.
- <sup>18</sup> CORTE COST., SENT. 307/1990.
- <sup>19</sup> Cfr. dà una completa rassegna delle tesi che sostengono l'esistenza di tale dovere costituzionale PELEGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 20 e ss.
- <sup>20</sup> SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, cit., p. 664-665; TRIPODINA C., *Art. 32*, cit., p.328; CARAVITA DI TORITTO B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30; VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 186; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386, CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1984, p. 30, ROMBOLI R., *La relatività dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 565 e ss.; LUCIANI M., *Salute (diritto alla)*, cit., p. 9.
- <sup>21</sup> Modugno F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 319.
- <sup>22</sup> CAMPANELLI G., *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in D'ALOIA (A CURA DI), *Bioteconologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 195 e ss.
- <sup>23</sup> PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, p. 87.
- <sup>24</sup> SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, cit., p. 667.
- <sup>25</sup> È bene ricordare che la Convenzione di Oviedo non è stata ancora ratificata, ma ciò nonostante, in quanto accordo valido sul piano internazionale, ha funzione ausiliaria interpretativa, ai sensi dell'art. 10 Cost., così come anche l'art. 3 della Carta di Nizza, che individua nel principio del consenso informato un diritto fondamentale dei cittadini. Tale funzione ausiliaria interpretativa trova nelle pronunce della Corte costituzionale un valido appiglio giurisprudenziale. In C. cost. 19 febbraio 2004, n. 40, la Corte nel dichiarare ammissibili le richieste referendarie sul alcune disposizione della legge sulla procreazione assistita affermava che l'eventuale vuoto normativo non si sarebbe in alcun modo posto in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo, implicitamente affermando che i suoi principi fanno già parte del nostro sistema.
- <sup>26</sup> C. cost. sent. n. 238 del 1996, la quale perviene a tali enunciati grazie ad un'evoluzione giurisprudenziale continua che si è espressa fra le altre nelle sent. n. 45/65; n. 161/85 e n. 471/90.
- <sup>27</sup> PIZZORUSSO A., *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, p. 355 e ss.
- <sup>28</sup> Come si ricordava in premessa, la fattispecie era diversa da quella che qui ci impegna, perché il paziente era affetto da una forma di distrofia degenerativa che gli impediva di muoversi e di assolvere autonomamente a qualsiasi funzione vitale, respirazione inclusa, e rimanendo sempre cosciente, aveva espresso costantemente la volontà che gli venisse staccato il respiratore, dopo sedazione chimica. La sentenza è reperibile sul sito internet [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it)
- <sup>29</sup> È noto che il codice civile è stato modificato dalla legge n. 6 del 2004, che ha introdotto la nuova figura dell'amministratore di sostegno, come figura alternativa al tutore o al curatore, il quale a fronte della lentezza e macchinosità delle procedure di interdizione e inabilitazione, ha il compito di proteggere "con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente". Cfr. *Art. 404 (commento a)*, in *Codice civile*, a cura di RESCIGNO P., Milano, 2006, tomo I, libri I-IV, p. 568.
- <sup>30</sup> Definiti così da SIMONCINI A., SNEAD O.C., *Persone incapaci e decisioni di fine vita*, cit., p. 14 e da D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2010, p. 260.
- <sup>31</sup> SIMONCINI A., SNEAD O.C., *op. loc. cit.* e D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, cit. p. 259.; nonché le osservazioni di TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2-3,

- 2009, p. 380 e ss. e di RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- <sup>32</sup> Inoltre, dopo la decisione della Corte di Cassazione, erano stati proposti, da privati, associazioni di volontariato ed o.n.l.u.s., otto ricorsi contro l'Italia avanti la Corte E.D.U., che invocavano gli articoli 2, 3 e 6 della Convenzione e denunciavano la mancanza di equità del processo avanti la Cassazione, nonché la violazione degli art. 5 6 e 7 della Convenzione di Oviedo, nonché l'art. 25 della Convenzione O.N.U. sui diritti dei portatori di handicap. La Corte ha dichiarato irricevibili tutti i ricorsi (DEC. 16/12/2007 *A. Rossi e autres sept requetes c. Italie*), perché a nessuno dei ricorrenti era direttamente leso dalla sentenza della Cassazione e dunque carenti di legittimazione attiva.
- <sup>33</sup> Così dai ricorsi della Camera e del Senato, non che dal 'ritenuto' di C. cost. ord. n. 334 del 2008. Analogamente rileva R. ROMBOLI, *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso evidente di inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, n. 1 e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- <sup>34</sup> In proposito SALAZAR C., *Riflessioni sul 'caso Englaro'*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 1, la quale definisce plateale tale mancanza e per questo ritiene i ricorsi 'costruiti a tavolino'; AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10 del 2008, p. 331 e ss.
- <sup>35</sup> In tal modo la giurisprudenza costituzionale vuole garantire la posizione della magistratura nell'ordinamento costituzionale, la sua autonomia e la sua indipendenza (cfr. C. cost. n. 276 del 2003; non che le pronunce citate dalla stessa Corte n. 359 del 1999, e n. 2, n. 150, n. 222, n. 290 del 2007). Sul punto precisa e approfondita ricostruzione di P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. 'Cattivo uso' del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, p. 105-121.
- <sup>36</sup> Così ROMBOLI R., *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro*, cit., il quale ha definito 'quasi suicida' tali argomentazioni; si erano già espressi sulla palese inammissibilità del conflitto GROPPI T., *Come può Eluana dividere uno Stato?*, in *L'Unità*, 3 agosto 2008; RODOTÀ S., *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2008; R. BIN, *Se non sale al cielo, non sarà forse un taglio d'asino? 8° proposito dell'ord. n. 334/08*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); AINIS M., *Lasciamo Eluana al giudice*, in *La Stampa*, 29 luglio 2008, p. 10.
- <sup>37</sup> Cfr. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte*, cit., p. 273, che rileva come nei conflitti sia la Corte a decidere dove può spingersi di volta in volta il suo sindacato, creando una sostanziale discontinuità degli strumenti decisorii e dei precedenti giurisprudenziali.
- <sup>38</sup> BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, p. 15.
- <sup>39</sup> VIOLA F., ZACCARIA R., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 127.
- <sup>40</sup> In questi casi, politica e giurisdizione rivestono ruoli fra loro del tutto autonomi e, affinché ciò accada, è necessario che il giudice decida non come 'politico', ma che le sue decisioni si muovano entro le categorie del diritto e del processo. Solo così la 'politica del giudice' non sarà la stessa del legislatore, ma 'politica del diritto del potere giudiziario' GAMBARO A., *Presentazione*, in BARACK A., *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano, 1995, p. X. Infatti, osserva anche PIZZORUSSO A., *Intervento*, in AA.VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, p. 219 e ss., se l'atto legislativo produce diritto e impone una regola per il futuro, l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previdenti, con un effetto solo indiretto di produzione normativa; il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo sulla forza della ragione ed è 'fonte culturale'. Cfr. *apliter* ID., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998.
- <sup>41</sup> BARACK A., *La discrezionalità del giudice (1989)*, (tr. it.) Milano, 1995.
- <sup>42</sup> Sul punto ROMBOLI R., *op. ult. cit.*
- <sup>43</sup> ZANON N., PANZERI L., *Art. 101 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. III), Torino, 2006, p. 1962, D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, 2002, p. 59 e FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, p. 683-684.
- <sup>44</sup> Cfr. in giurisprudenza C. cost., 40/1964, 234/1976, 440/1988 e 313/1990; ed in dottrina ANGIOLINI V., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992 e GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995 e ID., *Art. 101*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A., *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994. D'altro canto 'soggezione alla sola legge' vuol dire anche sottolineare che il legislatore ha l'obbligo di circoscrivere i poteri discrezionali del giudice, attraverso l'esercizio del suo potere normativo (da cui anche l'inciso sul tema presente anche nell'ordinanza in commento). Così BIONDI F., *Art. 101*, in BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 917.
- <sup>45</sup> Sul punto KELSEN H., *Sulla teoria dell'interpretazione*, (trad. it. a cura di GERACI C.), in ID., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 159 e ss., il quale afferma che l'attività parlamentare di tipo sostanzialmente

negoziale è soggetta a vincoli derivanti dai principi costituzionali, mentre quella giurisdizionale, di tipo sussuntivo e interpretativo, è soggetta agli stessi vincoli costituzionali, ma anche a quelli derivanti dalla legge.

- <sup>46</sup> Così TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del caso Englaro)*, cit., p. 383, il quale ritiene che tali condizioni privilegiate derivino dalla "rivoluzione" giudiziaria legata alla fine della Prima Repubblica che ha opposto corpo sociale, mass media e giudici alla politica ed al Parlamento, sino a rendere la magistratura "vendicatrice dei diritti", rispetto al potere politico (l'A. cita a riguardo AMATO G., *Un governo nella transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 360 e ID., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 1994, spec. 175 e ss.
- <sup>47</sup> Il Comitato nazionale per la bioetica aveva infatti approvato in quella data un documento nel quale si ribadiva fra l'altro che 'l'idratazione e la nutrizione di pazienti in SVP vanno ordinariamente considerate alla stregua di sostentamento vitale di base', che la loro sospensione 'è da considerare eticamente e giuridicamente lecita quando sulla base di parametri obiettivi realizza ipotesi di accanimento terapeutico' e che la stessa è illecita 'quando venga effettuata, non sulla base delle effettive esigenze della persona interessata, ma sulla base della percezione che altri hanno della qualità della vita del paziente'. È bene rilevare come tale documento non fu approvato all'unanimità, ma suscitò 19 voti favorevoli, 14 contrari ed un astenuto.
- Intorno a tale atto ministeriale si sono registrate ampie critiche da un lato, dall'altro si è ritenuto invece trattarsi di esercizio di una potestà ministeriale legittima. Cfr per tutti PICCOLILLO V., *'Ingerenza'. 'No atto corretto'. E adesso i giuristi si dividono*, in *Il Corriere della Sera*, 17 dicembre 2008.
- <sup>48</sup> Sul punto BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura sul recente 'atto di indirizzo' ministeriale avente ad oggetto 'Stati vegetativi, nutrizione e idratazione'*, in *www.forumcostituzionale.it* e PIZZETTI F.G., *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in *www.atrid-online.it*
- <sup>49</sup> SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, e II, Milano, 1984; CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990.
- <sup>50</sup> SILVESTRI G., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, XXIV, p. 702.
- <sup>51</sup> SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Segni*, IV, Milano, 1967, p. 257.
- <sup>52</sup> BRUNETTI L., *Osservazioni a prima lettura*, cit.
- <sup>53</sup> CARLASSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *www.costituzionalismo.it*, ritiene si tratti di riserva a legge formale ordinaria.
- <sup>54</sup> Reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it*
- <sup>55</sup> TAR Lombardia – Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, punto 5.2.
- <sup>56</sup> Cfr. da ultimo Cass. 16 aprile 2003, n. 601.
- <sup>57</sup> A rafforzare il convincimento che la decisione della Cassazione abbia la forza del giudicato anche il rilievo per il quale era stato giudicato ammissibile il ricorso ex art. 111 Cost., che implica che gli accertamenti di fatto presupposti siano divenuti definitivi ed immodificabili. Si tratta del principio processualciviltistico del *giudicato sostanziale*. Così PIZZETTI F.G., *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del 'caso Englaro': limiti della legge e 'progetto di vita'*, in *www.atrid-online.it*; CAPONE R., PROTO PISANI A., *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.  
ROSSI S., *Sull'esecuzione del decreto emesso dalla Corte di Appello di Milano nel caso Englaro*, in *www.forumcostituzionale.it* ritiene che non sia possibile negare che anche i provvedimenti di volontaria giurisdizione debbano essere messi in pratica, perchè in caso contrario si finirebbe per togliere significato all'intero procedimento.
- <sup>58</sup> Il testo del decreto legge non emanato così recitava *'In attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi'*
- <sup>59</sup> AINIS M., *La lumaca e l'elefante*, in *La Stampa*, 6 febbraio 2009, p. 1, rilevava peraltro che il decreto non era neppure all'ordine del giorno del Consiglio.
- <sup>60</sup> GHIBIBELLI A., *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge: il 'caso Englaro'*, in *www.giurcost.it* e ALBANESI E., *Moral suasion presidenziale e giurisprudenza costituzionale in materia di logistica. La vicenda del cd. decreto sicurezza*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2 del 2008.
- <sup>61</sup> È bene rilevare che anche in questa sede lo "scambio di opinioni" fra Quirinale e Palazzo Chigi assunsero toni sempre più accesi, soprattutto in ragione della pubblicità data alla missiva personale del Presidente della Repubblica in sede di Consiglio dei Ministri, nonché della conferenza stampa del Presidente del Consiglio successiva al rifiuto di firma del decreto. Sul tema LANCASTER F., *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in *www.federalismi.it* e AZZARITI G., *Un inquietante schiaffo al Quirinale*, in

- [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) Alla asprezza dei toni la Presidenza della Repubblica rispondeva solo attraverso la pubblicazione della missiva, ormai non più personale, e della nota con la quale 'preso atto con rammarico, della deliberazione del Consiglio dei Ministri del decreto legge relativo al caso Englaro' ne veniva rifiutata l'emanazione. Documentazione disponibile in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)
- <sup>62</sup> Nel condividere l'ansietà del Presidente del Consiglio e del Governo rispetto alla vicenda Englaro, il Presidente affermava infatti di non potersi farsi guidare, nell'esercizio delle funzioni, 'da altro che da un esame obiettivo della rispondenza (del decreto legge) alle condizioni specifiche prescritte dalla Costituzione'
- <sup>63</sup> Così lo definisce SPADARO A., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto legge? Le 'ragioni' di Napoletano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- <sup>64</sup> Per una esame approfondito delle motivazioni del Presidente Napolitano SPADARO A., *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi*, cit.
- <sup>65</sup> Sul punto ALLEGRETTI U., *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); ROMBOLI R., *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, ivi; ONIDA V., *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti legge*, ivi; e LUCIANI M., *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge 8spunti a partire dal caso E.*, ivi.
- <sup>66</sup> In proposito SPADARO A., *op. cit.*, SALAZAR C., *op. cit.*, GHIRIBELLI A., *Il potere del Presidente della Repubblica*, cit. si esprimono in modo fortemente critico dubitando della 'urgenza' di 'salvare' con atto con forza di legge, che dovrebbe avere carattere generale, una sola persona. *Contra* PEDULLÀ L., *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge 'Salva Eluana'*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- <sup>67</sup> CARLASSARE L., *La riserva di legge come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paldin*, Napoli, p. 434 e ss.
- <sup>68</sup> Cfr. C. COST. SENT. 29/1995, 171/2007 e 128/2008
- <sup>69</sup> In dottrina si rivela maggioritario quel orientamento secondo il quale il Parlamento non svolge un controllo-verifica sull'attività del Governo, ma può modificarla attraverso la funzione legislativa, realizzando una 'co-legislazione governativo-parlamentare'. In proposito *ex pluribus* PITRUZZELLA G., *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 245 e ss.; NASI C., *L'art. 96-bis del Regolamento della Camera ed il procedimento di conversione dei decreti legge*, in *Rass. Parl.*, n. 2/2001, p. 457 e ss. e DI MARIA R., *La vis espansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel "ruolo" degli atti aventi forza di legge*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, Torino 2010, p. 163-173.
- <sup>70</sup> SALERNO G.M., MALAISÌ B., *Art. 87*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (vol. II), Torino, 2006, p. 1697.
- <sup>71</sup> BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, vol. II, p. 240 e SALERNO G.M., MALAISÌ B., *Art. 87*; cit. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 157.
- <sup>72</sup> CIOCCONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, p. 559 e ss.; RESCIGNO G.U., *Art. 87*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, p. 211 e BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 1976, p. 206.
- <sup>73</sup> PALADIN L., *Presidente della Repubblica*, voce in *Enc. Dir.*, 1986, p. 2443 e ss., sul caso Englaro spec. SALAZAR C., *op. cit.* e SPADARO A., *op. cit.*
- <sup>74</sup> PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1997, p.163 e ss.
- <sup>75</sup> PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, cit., sostiene inoltre che ciò è ancor più evidente nella attuale conformazione della nostra forma di governo parlamentare in senso maggioritario, assumendo sempre maggior rilievo 'l'investitura popolare del Governo'.
- <sup>76</sup> La giurisprudenza costituzionale in materia individua le differenze fra il controllo di costituzionalità da essa operato ed il controllo operato dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione e dal Parlamento in sede di conversione. Se infatti compito della Corte è controllare la rispondenza delle singole disposizioni del decreto legge alle norme costituzionali, ivi comprese la sussistenza delle condizioni legittimanti di cui all'art. 77 Cost., e se, quindi, essa svolge un *controllo di tipo eminentemente tecnico-giuridico*, esso si distinguerà da quello presidenziale e parlamentare, essendo il primo volto al *controllo della rispondenza del decreto ai complessivi equilibri costituzionali* ed al rispetto dei rapporti fra i poteri, il secondo di *natura eminentemente politica*, volto a verificare 'il merito' delle scelte operate in sede di decretazione. Cfr. già C. COST. SENT. n. 29/1995, cit.
- <sup>77</sup> Salvo ovviamente lo strumento del conflitto di attribuzioni.
- <sup>78</sup> Già il presidente Einaudi aveva fatto trapelare il suo dissenso all'emanazione di un decreto legge, che però non si risolse nel rifiuto di emanazione; analogamente il presidente Cossiga per il decreti n. 69 e 3 del 1988 e 119 del 1989
- <sup>79</sup> Avendo a volte esiti definitivi, altre volte determinandosi il Presidente all'emanazione, ovvero determinando la trasformazione del d.l. in d.d.l. o modifiche preventive o addirittura rinunce da parte del Governo al d.l.

- Cfr. la prassi riportata da DIMORA F., *Art. 87*, in BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 782.
- <sup>80</sup> Bisogna rilevare invero che il presidente Pertini ed il presidente Ciampi nell'ultimo periodo del loro settennato hanno affermato con forza l'intenzione di esercitare il loro controllo sugli atti del Governo, rivendicando il rispetto delle proprie prerogative e il loro ruolo garantista nei confronti della maggioranza.
- <sup>81</sup> Il diniego di emanazione allora serviva anche ad evitare un altro scontro istituzionale, quello fra Governo e magistratura. PACE A., *L'inutile pratica della legge 'per' Eluana*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2009, p. 1 e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- <sup>82</sup> Successivamente al caso Englaro si rileva sempre in via di prassi un approfondimento del controllo presidenziale sugli atti normativi del Governo, nonché sui d.d.l. proposti. Sul punto si consenta di rinviare a BUCALO M.E., *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica Parlamento e Governo*, in CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008*, cit., p. 139-153.
- <sup>83</sup> *Atti Senato, leg. XVI, doc. n. 10*. Trasmesso alla Camera dei Deputati il 31 marzo 2009, *Atti Camera, leg. XVI, doc. n. 2350*.
- <sup>84</sup> PIOGGIA A., *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), la quale rileva in modo molto critico che lo stesso d.d.l. si pone in 'posizione recessiva rispetto all'avanzamento delle forme di garanzia del consenso informato finora riconosciute dalla giurisprudenza anche costituzionale'.
- <sup>85</sup> Fra l'altro l'art. 2 co. VI dispone che il consenso informato di un soggetto interdetto sia prestato dal tutore 'avendo come unico scopo esclusivo la salvaguardia della salute dell'incapace', il che secondo VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 23, pone nel nulla il principio di diritto sancito dalla Cassazione relativamente al 'caso Englaro'.
- <sup>86</sup> PIOGGIA A., *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. e VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente*, cit. p. 22.
- <sup>87</sup> Sul punto C. SBAILÒ, *Testamento biologico alla Camera. Una 'navetta' decisiva*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), il quale afferma che il legislatore sembra quasi scoraggiare la nomina di un fiduciario, il quale, laddove adottasse un comportamento omissivo, potrebbe facilmente essere accusato di aiuto al suicidio o omicidio del consenziente.
- <sup>88</sup> Così PACE A., *L'inutile pratica della legge 'per' Eluana*, cit. e CARLASSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, cit.
- <sup>89</sup> PIOGGIA A., *op. ult. cit.* e CARLASSARE L., *op. ult. cit.*
- <sup>90</sup> C. COST. SENT. n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003.
- <sup>91</sup> D'ALOIA A., *op. cit.*, p. 265.
- <sup>92</sup> AGOSTA S., *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 5.
- <sup>93</sup> *In re Quilan* 355 A.2d 647 (1976).
- <sup>94</sup> *In re Conroy* 486 A.2d 1209 (1985) e *In re Jobs* 529 A.2d 404.
- <sup>95</sup> *Cruzan v. Director*, 497 US 261 (1990). Per il commento SANTUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro It.*, IV, 1991, p. 66 e ss. e PONZANELLI G., *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti ed il "right to die"*, ivi, p. 72 e ss. Nancy Cruzan si trovava in stato vegetativo permanente a seguito di un incidente e veniva alimentata e idratata artificialmente. Accertata l'irrecuperabilità del suo stato, i genitori chiesero alla *trial court* del Missouri l'autorizzazione al distacco dell'alimentazione, ricevendo l'accoglimento della richiesta. Tale decisione venne poi ribaltata dalla Corte Suprema dello stesso Stato, la quale riconobbe nella legge del Missouri sul testamento biologico una chiara scelta politica in favore della conservazione della vita e che i genitori del paziente non avrebbero potuto esercitare il *substituted judgement* in assenza di *prove chiare e convincenti* che la paziente, se cosciente, avrebbe scelto in tal senso. nonché da quella federale, con la decisione della quale si dà conto.
- <sup>96</sup> *Washington et al. v. Glucksberg et al.*, 117 S.Ct. 2258 (1997), riportata in *Foro it.* 1999, IV, 76, con nota di PONZANELLI G., *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del "right to assisted suicide"*.
- <sup>97</sup> NEPI L., *Testamento biologico: una critica dell'esperienza statunitense*, in *Arch. Giur.*, n. 1, 2009, p. 106 afferma che questa legge che ha suscitato un ampio dibattito, perché spesso viene percepita dai pazienti come uno strumento per ridurre la spesa sanitaria, piuttosto che come una forma di tutela della autonomia individuale.
- <sup>98</sup> La prima legge sul punto è il *Natural Death Act* dello Stato della California del 1976, nato sull'onda emotiva del caso *Quilan*.

- <sup>99</sup> SIMONCINI A., SNEAD O.C., *op. loc. cit.*, p. 24.
- <sup>100</sup> PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 69.
- <sup>101</sup> CASTORINA E., *Concezioni bioetiche e principi costituzionali*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n.2-3, 2009, p. 338, il quale nota che all'interno della comunità medica si percepisce una sensibile difficoltà a recepire il modello nordamericano, in un tessuto socio-sanitario nel quale è radicata la convinzione che il medico sia tenuto a curare nel miglior interesse del paziente assecondando in tal modo in impegno "ippocratico" nei confronti di quest'ultimo.
- <sup>102</sup> *Alta Corte di Giustizia di Inghilterra*, 22 marzo 2002, *B. c. NHS Hospital Trust*.
- <sup>103</sup> CIMBALO G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, V, 2003, p. 32 e ss.
- <sup>104</sup> Sul punto CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G. (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003 e GALOFARO F., *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma 2009, p. 91 e ss.
- <sup>105</sup> BGHSt, 25 giugno 2010, 2 StR 54/09.
- <sup>106</sup> Determinazione fra l'altro ritenuta illegittima sia dal giudice di primo grado che dal BGHSt, in base a consolidata giurisprudenza che non autorizza il proseguimento della nutrizione e idratazione artificiale su un paziente in stato vegetativo permanente, contro la sua volontà espressa anche attraverso l'amministratore di sostegno, per violazione dell'art. 2, c. 2, de GG, che tutela l'integrità fisica e costituisce il fondamento del diritto del rifiuto delle cure nell'ordinamento tedesco.
- <sup>107</sup> BGHSt, 13 settembre 1994, 40, 257.
- <sup>108</sup> BGHSt., 8 giugno 2005 (XII ZR 177/03)
- <sup>109</sup> In ogni caso la stessa Corte precisa che anche laddove la volontà della paziente non fosse stata espressa, la riforma del BGB ha posto un *iter* procedurale che ne garantisce la ricostruzione della volontà sulla base di indizi concreti.
- <sup>110</sup> Anche la Corte E.D.U. si è espressa nel 2002 sull'inammissibilità dell'eutanasia attiva e dell'omicidio del consenziente nel caso *Pretty c. Regno Unito*. Il caso era quello di una donna inglese, ancora cosciente e capace, affetta da una grave malattia degenerativa delle cellule motorie del sistema nervoso centrale, che l'aveva paralizzata e che l'avrebbe condannata ad una morte dolorosa nei mesi successivi, avrebbe voluto scegliere come e quando morire al fine di risparmiarsi le sofferenze dello stadio terminale della malattia da cui era affetta. Impossibilitata a compiere il gesto da sola a causa della paralisi, si era rivolta al Director of Public Prosecutions affinché non perseguisse penalmente il marito che la avrebbe aiutata nel suicidio. La donna si vide respingere la richiesta, sia da questi, che dalla Divisional Court, che dalla House of Lords, tutti motivando sulla base dell'esistenza nel diritto inglese del divieto di suicidio assistito. Da qui il ricorso della donna alla CEDU perché dichiarasse l'incompatibilità delle norme inglesi rispetto agli art. 2, 3, 8, 9 e 14 della Convenzione. *Corte europea dei diritti dell'uomo*, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, 194
- <sup>111</sup> BACON F., *The advancement of learning*, Modern Library, New York, 2001.
- <sup>112</sup> BINDING K., *Die Normen und ihre Ubertretung*, Band 1, 2 Aufl., Leipzig, 1890.
- <sup>113</sup> DEFANTI C.A., *La qualità della vita, le decisioni di fine vita e l'argomento della "deriva nazista" della bioetica*, in *Filosofia politica*, n. 3 2009, p. 372.
- <sup>114</sup> SCHMITT K., *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.
- <sup>115</sup> DEFANTI C.A., *La qualità della vita, le decisioni di fine vita e l'argomento della "deriva nazista" della bioetica*, cit., p. 377.
- <sup>116</sup> In realtà la teoria schmittiana tutta subì una manipolazione dovuta ai tragici eventi storici del secolo passato e che il dualismo *amico/nemico*, nella sua originaria formulazione, non era configurato nello stesso modo in cui oggi si atteggia. Secondo Schmitt infatti uno dei criteri propri della politica era la coppia *amico/nemico*, ma tale contrapposizione non era astratta o ideologica, non era basata su finzioni morali, etiche o giuridiche, ma reale. L'A. infatti, non poteva fare a meno di constatare nella realtà che 'i popoli si raggruppano in base a [tale] contrapposizione', dove il '*nemico* non è il *concorrente* o l'*avversario* [...] è solo un insieme di uomini [...], che si contrappone ad un altro gruppo umano dello stesso genere [...] è l'*hostis*, non l'*inimicus*'. Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 101 e ss., spec. p. 110-120. Lo Stato a sua volta assumeva in sé la caratteristica di sopprimere al proprio interno tale distinzione, tanto che lo Stato costituzionale e di democrazia pluralista non la ha espunta dalla politica, ma pacificata. Così J. FREUND, *L'amico e il nemico: un 'presupposto' del politico* (1965), trad. it., in ID., *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del politico*, a cura di A. CAMPI, Milano, 1995, il quale, dopo l'affermazione delle democrazie pluralistiche, ha individuato nella coppia *amico/nemico* e nel conflitto che ne deriva la condizione costitutiva dell'essenza della politica, ma introducendo una distinzione fondamentale relativa alla qualità del conflitto.

<sup>117</sup> G. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>118</sup> C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *le categorie del politico*, cit., p. 261.

<sup>119</sup> Così anche C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 75 e ss.

<sup>120</sup> Concordi F.P. CASAVOLA, *Tragica occasione*, in *Il Messaggero*, 10 febbraio 2009 e V. CERAMI, *Tragica occasione*, ivi.