

**Osservazioni a prima lettura sul recente “Atto di indirizzo”  
ministeriale avente ad oggetto “Stati vegetativi, nutrizione e idratazione”.**

di Leonardo Brunetti \*

(15 gennaio 2009)

La cronaca recente segnala un provvedimento del Ministero del Welfare (*recte*: del lavoro, della salute e delle politiche sociali) da molti aspramente criticato sulle pagine della stampa, e da alcuni ritenuto tanto significativo da lasciare insigne giurista addirittura “sgomento” per la sua assoluta gravità; il medesimo provvedimento è stato, invece, da altri semplicemente ritenuto il fisiologico esercizio di una chiara potestà ministeriale, persino accolta, da parte di alcuni, come un doveroso segno di civiltà – cfr., per tutti, l’articolo a firma di V. Piccolillo, dal titolo “*Ingerenza*”. “*No, atto corretto*”. *E adesso i giuristi si dividono*, sul *Corriere della sera* del 17 dicembre 2008.

L’atto si presenta come l’estrema propaggine della complessa vicenda – umana e giudiziaria – alla quale ci si riferisce con la fredda e quasi asettica espressione di “caso Englaro”; vicenda che credo possa oramai ritenersi a tutti ben nota, e che – per l’intensa drammaticità della stessa – non ammette alcun tipo di giudizio morale sulle persone che vede in essa coinvolte.

Ma ciò che interessa, in questa sede, non sono né le complesse e drammatiche questioni etiche che il caso solleva, né le implicazioni di politica legislativa – nel senso, ovviamente, di direttive per una futura disciplina di legge – che si vogliono trarre dalla sentenza della Corte di cassazione, la quale, come noto, ha – in breve – autorizzato la sospensione dell’idratazione e dell’alimentazione di E.E., ritenute un trattamento sanitario, sulla base del previo accertamento, nel merito, della chiara volontà della paziente, espressa in periodo anteriore all’evento che ha causato l’attuale condizione di stato vegetativo persistente (SVP), di interrompere le cure – a parere di chi scrive, del tutto erroneamente sottovalutando la problematica inerente la *necessaria attualità del consenso*, che avrebbe potuto condurre il giudice della legittimità a una diversa (e opposta) soluzione.

Ciò che invece interessa, in questa sede, è il valore giuridico da riconoscersi all’“atto di indirizzo” (tale la dizione del provvedimento in questione) sopra menzionato. Esso – si premette – appare da un punto di vista giuridico, non propriamente inesistente (poiché non mi pare si possano ravvivare gli estremi di tale istituto), quanto *abnorme* o inqualificato, quindi giuridicamente inconsistente, e comunque privo di effetti giuridici. Infatti, se si

dovesse ritenere tale atto astrattamente idoneo a produrre effetti giuridici sul caso specifico in cui è intervenuta la ricordata decisione della Corte di cassazione, esso dovrebbe allora ritenersi radicalmente nullo, per le ragioni che immediatamente si chiariranno; qualora invece lo si ritenesse, sul piano generale, diretto a disciplinare tutti i casi simili, eccettuato il solo caso di E.E., esso ancora rivelerebbe, come si vedrà, tutta la sua inconsistenza. Come tale – si anticipa – esso non può ritenersi impugnabile (né vi è, da altro punto di vista, alcuna necessità di impugnarlo) innanzi il giudice amministrativo, poiché il ricorrente – riterrei, almeno *prima facie*, qualunque ricorrente – apparirebbe, in realtà, carente di interesse personale, attuale, ma soprattutto concreto, non presentando l'atto alcuna idoneità lesiva.

Ora, chi scrive non fa mistero di condividere nel merito – per personale convinzione –, le posizioni *etiche* alle quali tale atto sembrerebbe implicitamente ispirarsi, e ciononostante di non poter condividere la via prescelta, potenzialmente tale – se lo strumento specifico non si rivelasse all'esito del tutto inidoneo alla produzione di effetti giuridicamente apprezzabili – da intaccare nientemeno che i pilastri di quella fondamentale costruzione che va sotto il nome di “Stato di diritto”, e che ha uno dei suoi capisaldi nella separazione dei poteri – cfr., per tutti, G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, 2 voll., Milano, 1979-1984. Separazione la quale si traduce, in estrema sintesi e con un buon grado di approssimazione, inevitabile in questa sede, da un lato, nella soggezione alla (sola) legge da parte del giudice, e, dall'altro lato, nell'intangibilità del giudicato, che può solo essere portato a esecuzione, non mai essere posto in discussione (tanto meno dall'amministrazione, ovverosia dal potere esecutivo). Ciò salva ovviamente l'esperibilità dei rimedi previsti *ex lege* proprio per la contestazione del giudicato stesso; ovvero delle forme legali di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi: rimedi che, nel caso specifico, risultano tutti inutilmente esperiti o comunque esauriti.

È, invece, certo che “Per [la] inesecuzione del giudicato è previsto il ricorso per l'ottemperanza al giudice amministrativo”, “rimedio, previsto dalla legge Crispi per il caso di inesecuzione di una sentenza civile, [poi] esteso dalla giurisprudenza all'ipotesi di inesecuzione di una sentenza del giudice amministrativo [trovando oggi l'estensione] una sanzione formale nell'art. 37, legge TAR”: così, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, p. 331. È quindi fuori di dubbio che “il giudizio di ottemperanza [sia] previsto anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice civile” (ivi, p. 337).

Ma veniamo al merito del provvedimento ministeriale – “atto di indirizzo” – citato. Esso si presta ad almeno tre tipi di rilievi. In primo luogo, esso è stato adottato da un organo la cui specifica competenza appare quantomeno dubbia. La Costituzione accoglie certamente, all’art. 95, il concetto di indirizzo politico, pur in un’accezione assai diversa da quella originaria – per alcuni addirittura “inservibile negli ordinamenti democratici-liberali contemporanei”: così N. Longobardi, *Indirizzo politico e regolazione economica*, on-line sul sito [www.amministrazioneincamminio.it](http://www.amministrazioneincamminio.it) –; essa affida tale funzione di indirizzo esclusivamente al governo. Si tratta di nozione da tempo discussa in dottrina – cfr. il classico V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, Urbino, 1939; nonché E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; e ancora M. Dogliani, *Indirizzo politico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1987 – comunque assai lontana da quel modello di “indirizzo politico unificante” sviluppatosi “a partire dagli anni Venti e Trenta [del secolo scorso]” in risposta alla crisi dei regimi politici liberali – cfr. M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*, Torino, 1993, p. 114.

A livello legislativo, l’art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001 dispone poi che “gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi e i programmi, e adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni [mediante] ... b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l’azione amministrativa e per la gestione”; l’art. 2, L. n. 400/1988 dispone a sua volta che gli atti di indirizzo siano di competenza – non dei singoli ministeri, bensì – del Consiglio dei ministri, il quale “determina ... l’indirizzo generale dell’azione amministrativa” (co. 1). I principi generali (dell’ordinamento o della materia?), la cui ricostruzione sembra rappresentare – come si dirà – il vero contenuto dell’atto *de quo*, parrebbero, allora, potenzialmente afferire alla competenza di quest’ultimo.

A ben vedere, l’atto di indirizzo del Ministro, che è appunto espressamente “rivolto a richiamare principi di carattere generale”, si presta ad un – secondo – ancor più pregnante rilievo: è noto che l’art. 117, co. 3, Cost., in materia di tutela della salute (competenza concorrente Stato-Regioni), affida allo Stato la competenza legislativa ad adottare i principi fondamentali della materia. Si tratta ovviamente della competenza affidata al Parlamento, il quale, nell’esercizio della stessa, detta i principi “fondamentali”, non i principi “general”, della materia. La distinzione tra norme (anche di principio) generali e principi fondamentali – sulla quale cfr. l’intervento di E. Balboni al *Convegno di studi* di Pisa del 3 ottobre 2008, dal titolo *L’attuazione degli Statuti regionali*; ma in senso contrario, apparentemente, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, I, t. 1, Milano, 1998, p. 284 – dai contorni non

sempre perspicui e ben definiti, assume chiarezza se osservata in relazione, ad esempio, alla competenza esclusiva statale a dettare le “norme generali sull’istruzione”, e alla (concomitante) competenza concorrente regionale sull’istruzione – quindi con norme statali che individuano i principi fondamentali della materia –, esclusa quella professionale e fatta comunque salva l’autonomia delle istituzioni scolastiche. La stessa Corte costituzionale ha tracciato il confine tra le due categorie affermando, ad esempio, nella sentenza n. 279 del 2005, che “Le norme generali [...] si differenziano, nell’ambito della stessa materia, dai principi fondamentali, i quali, pur sorretti da esigenze unitarie, non esauriscono in se stessi la loro operatività, ma informano, diversamente dalle prime, altre norme”. Vero è che l’atto di indirizzo del Ministero individua tali principi generali “al fine di garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale”, in tal modo implicitamente richiamando la competenza statale in materia livelli essenziali delle prestazioni (o LEA, in materia sanitaria), di cui alla lettera *m* del terzo comma dell’art. 117. Ma se già tale dizione non sembra poter superare il rilievo di cui sopra – in merito alla competenza statale sui principi fondamentali, non su quelli generali della materia –, si deve comunque aggiungere, per quanto appaia ovvio, che la ricostruzione dei principi generali dell’ordinamento, spetta semmai al Legislatore (ovvero al giudice, in via di interpretazione analogica, ex art. 12, co. 2, delle preleggi), non certo all’Esecutivo. Quindi anche ammesso che si consideri discutibile o infondata la differenza tra i principi fondamentali (della materia) e i principi generali (dell’ordinamento, piuttosto che della singola materia), resta il fatto che si è pur sempre nell’ambito di una competenza legislativa.

Ancor più significativo del precedente rilievo è, infatti, che – terzo – il provvedimento, proprio all’atto di richiamare dei (meri) principi di carattere generale, tradisca e anzi denunci l’assenza di qualunque norma di legge idonea a poter rappresentare la base normativa di una disciplina dei trattamenti sanitari in esso indicati, conforme all’indirizzo contestualmente tracciato. È, infatti, quantomeno curioso che sia proprio il Ministero a porre in essere un’attività ricostruttiva di principi generali dell’ordinamento – che si direbbe, *prima facie*, spettare invece al giudice – confondendo il proprio potere di produzione di norme secondarie – come ovvio, sulla base di legge – con quello di “ricostruzione” di norme primarie, ancorché di principio – che, in breve, esso non ha – in violazione del principio di legalità. È certo, infatti, che “per ‘fonte’ di una norma (o di un principio poco importa) si intende il soggetto da cui la norma promana” (così R. Guastini, *op. cit.*, p. 290: il corsivo è mio); quindi, delle due l’una: o la norma (di legge) promana dal Legislatore, o la

norma semplicemente non è, e la pubblica amministrazione non può orientarsi a principi di legge difformi da quelli che sono indicati dal Legislatore ovvero desumibili dall'ordinamento, così come ricostruiti dall'Autorità giudiziaria (il che appare particolarmente vero, ad esempio, nel caso delle sentenze della CGCE, in ragione della loro peculiare efficacia giuridica). È invece noto come, diversamente dalla ricostruzione operata in via ministeriale, nella sentenza n. 21748/2007 la Corte di cassazione, intervenuta sul caso Englaro e chiamata – in assenza di norme espresse – a risolvere il problema della giuridica possibilità o meno di sospendere l'idratazione e l'alimentazione forzate, abbia posto a fondamento della propria decisione – che, lo si ripete, si ritiene non condivisibile – esattamente un principio, di rango addirittura costituzionale (art. 32 Cost.), quale è quello di “autodeterminazione”.

L'unico atto normativo citato nel provvedimento *de quo* è, in realtà, l'art. 25 della *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità* – a tenore della lett. d) del quale, peraltro, “gli Stati dovranno: ... d) Richiedere ai professionisti sanitari di fornire alle persone con disabilità cure della medesima qualità rispetto a quella fornita ad altri *anche sulla base del consenso libero e informato della persona con disabilità interessata, aumentando tra l'altro la conoscenza dei diritti umani, della dignità, dell'autonomia e dei bisogni delle persone con disabilità*, attraverso la formazione e la promulgazione di standard etici per l'assistenza sanitaria pubblica e privata” (il corsivo è mio) –; norma che l'atto stesso ricorda essere stata “approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 ed *in corso di ratifica* a seguito dell'approvazione del relativo disegno di legge da parte del Consiglio dei Ministri in data 28 novembre 2008” (mia l'enfasi).

Da ultimo, se proprio si volesse ritenere l'atto di indirizzo citato produttivo di effetti giuridici, esso non potrebbe in alcun caso riguardare il caso di E.E. – definito con sentenza passata in giudicato –, pena la nullità, ex art. 21-*septies* L. n. 241/1990 e ss. mod., dell'atto che fosse stato “adottato in violazione o elusione del giudicato”, in quanto, nel caso in esame, la sentenza appare privare l'amministrazione di qualunque sfera di discrezionalità nel proprio agire: si sarebbe, allora, in presenza di un caso di nullità per violazione del giudicato proveniente da un giudice ordinario, col che si spiegherebbe – in parte – la formulazione “di poco chiaro significato” (così D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2005, p. 346, citato da R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, in particolare, p. 376, nota 126) – di cui all'attuale art. 21-*septies*, il quale affida alla giurisdizione “esclusiva” del giudice



amministrativo le questioni inerenti la nullità dei provvedimenti amministrativi per violazione o elusione del giudicato – cfr., sul punto, A. Travi, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 449 ss., il quale si chiede, appunto, se le vertenze sulla nullità che tale norma disciplina siano soltanto quelle derivanti dal giudicato del g.a. o anche del g.o.

In estrema sintesi, quindi, nel caso *de quo*, siamo in presenza di un atto ministeriale che si pone in aperta violazione – una violazione, per così dire, *de minimis*, dato il rango dell'atto specifico nella gerarchia delle fonti, e considerata la sua inidoneità a produrre effetti concreti sull'ordinamento – di altissimi principi giuridici che, seppure sostengono (*recte*: proprio perché sostengono) saldamente tutto il ponderoso impianto dello Stato (costituzionale) di diritto, si ritiene, non possano ammettere nemmeno un tale minimo, bensì non trascurabile *vulnus*, secondo l'antico ammonimento “*a minimis quoque timendum*”.

\* Assegnista e dottore di ricerca in Diritto pubblico - Università Cattolica di Milano