

In margine al caso Welby: notazioni su adattamento ai trattati e deleghe non attuate

Commento a Trib. di Roma, I sez. civile, giudice delegato Angela Salvio, 16 dicembre 2006,

(di Andrea Guazzarotti)

1. La recente decisione con cui il giudice civile ha rigettato la domanda - ex art. 700 c.p.c. - di un malato terminale di ordinare al medico curante l'interruzione della terapia, previa sedazione (Trib. di Roma, I sez. civile, giudice delegato Angela Salvio, 16 dicembre 2006), verrà qui brevemente analizzata sotto due profili: l'efficacia immediata di norme contenute in trattati fatti oggetto di adattamento "speciale", nonché quella di norme contenute in leggi delega scadute e non attuate. I due profili sono, nel caso in questione, strettamente collegati, per aver il giudice monocratico fatto riferimento peculiare alla Convenzione di Oviedo del 1997 (Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla medicina, ratificata con legge 28 marzo 2001, n. 145), quale fonte teoricamente idonea al riconoscimento del diritto invocato dal ricorrente, ma tuttavia priva di concreta efficacia per mancanza di ulteriore implementazione normativa mediante, appunto, l'adozione dei decreti legislativi delegati previsti nella stessa legge di ratifica. L'ordinanza in questione tratta questo come altri profili senza particolare rigore, affermando, ad es., che "non sono *ancora* stati emanati i decreti per l'attuazione della legge 145/2001" (quando, invece, i decreti non potranno più essere emanati, essendo la delega scaduta nell'ottobre del 2001), ovvero definendo la Convenzione come "ratificata, anche se mancante dell'attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 28 marzo 2001, 145". La Convenzione di Oviedo, in realtà, è stata non solo *ratificata* dal nostro Paese, in virtù dell'autorizzazione contenuta all'art. 1 della citata legge n. 145/2001, bensì anche *eseguita*, ossia fatta oggetto di adattamento speciale con la formula "piena e intera esecuzione è data alla Convenzione e al Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168 (...), a decorrere dalla data della loro entrata in vigore" (art. 2, l. n. 145/2001). E tale ordine di esecuzione, come noto, si dirige a tutte le autorità statali, chiamate per parte loro ad applicare, fin dove possibile, le norme contenute nel trattato, siano esse norme-regole, ovvero norme-principi. L'adattamento speciale impone, cioè, al giudice di valutare *caso per caso* se e fin dove la singola norma convenzionale è immediatamente capace di regolare una fattispecie concreta, in particolar modo attraverso la sua integrazione con il resto dell'ordinamento nazionale vigente (c.d. *institutional framework*, o *structure d'accueil*: cfr. L. Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova 1974, 33 ss., 43, e spec. 53 s.), magari previo ri-orientamento interpretativo dei materiali normativi pertinenti.

Nel caso in commento, due erano le disposizioni della Convenzione di Oviedo potenzialmente in grado di tutelare il diritto invocato dal paziente: quella stabilita all'art. 5, secondo cui il paziente «può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso» al trattamento terapeutico; quella dell'art. 9, secondo cui «(i) desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione». Se dalla prima disposizione poteva ricavarsi il diritto del paziente al distacco del respiratore artificiale, dalla seconda poteva ricavarsi il dovere del medico di non ripristinare la terapia, una volta che il paziente avesse perso coscienza, per effetto della sedazione. Non si tratta certo di risultati ermeneutici scontati, ma il giudice adito ha preferito trincerarsi dietro lo scudo di una generica non-autoapplicabilità della Convenzione, compiendo una classica operazione di imputazione al potere politico-legislativo dell'opzione della natura non *self-executing* del trattato internazionale (cfr. Y. Iwasawa, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis*, in *Virginia J. Int. Law*, 1986, 656). Una tecnica di auto-deresponsabilizzazione che, tuttavia, trova appiglio nello stesso testo di legge che ha autorizzato la ratifica della Convenzione. Se, infatti, all'art. 2 della legge cit. troviamo la clausola di adattamento speciale, al successivo art. 3 troviamo un rinvio a un successivo, indeterminato intervento legislativo di adattamento c.d. ordinario ("*i*) *Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento*

giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e del Protocollo di cui all'articolo 1.)". Si tratta di un'indicazione ambigua, con cui il legislatore nazionale contemporaneamente introduce una presunzione di autoapplicabilità del trattato ("**piena e intera esecuzione è data...**"), assieme con una presunzione contraria di non-autoapplicabilità (delega al Governo per le "**ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento...**").

L'ambiguità del legislatore, del resto, non sembra casuale, bensì funzionale al raggiungimento di un accordo tra forze politiche divise (data la natura della coalizione della XIII Legislatura e data la materia della Convenzione), che intravedono nello strumento della non-autoapplicabilità indiscriminata dell'**atto** il modo migliore per superare i propri contrasti interni e raggiungere un obiettivo simbolico sul piano internazionale. Ci si può chiedere, però, se tale operato sia corretto, sia da un punto di vista internazionale (data l'ambiguità, appunto, di uno Stato che ordina alle sue autorità e, in fondo, agli stessi privati, di considerare la Convenzione **vincolante** e al contempo **carente** delle "ulteriori" norme di implementazione rimesse al potere normativo primario del Governo), sia, soprattutto, da un punto di vista costituzionale, per essere la legge n. 145/2001 contraddittoria e dunque irrazionale, sul punto in questione (violazione dell'art. 3, co. 1, cost.). Nel nostro caso, inoltre, il giudice che avesse preso sul serio la giuridicità delle norme contenute nella Convenzione (vigente, come visto, non solo sul piano internazionale, bensì anche su quello interno), avrebbe come minimo dovuto rilevare la genericità della delega stessa, per essere la sua formulazione ("**decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione**") indeterminata quanto all'oggetto (in quali ambiti e per quali profili occorre l'ulteriore adattamento?), ma anche quanto ai principi e criteri direttivi (se non altro per quelle disposizioni della Convenzione che lasciano un margine discrezionale amplissimo agli Stati, come ad es. l'art. 3, prescrivente "un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata"). La delega, in altre parole, avrebbe dovuto considerarsi contraria all'art. 76 cost.

2. Ammettendo, invece, la correttezza di una simile operazione (che, grossomodo, equipara il testo di un intero trattato ai principi e criteri direttivi di una legge delega), occorre porsi il problema della vigenza e dell'efficacia delle disposizioni formalmente contenute nei "principi e criteri direttivi" di una delega scaduta e inattuata. La "vulgata" attuale, secondo cui la concezione della delega come legge meramente formale vincolante il solo Governo sarebbe ormai superata (cfr., da ultimo, Celotto A.-Frontoni E., *Legge di delega*, in *Enc. dir.*, *Agg.* VI, 2002, 700), non aiuta a risolvere il problema. Essa ci dice solo che, nel contenitore "legge delega", possono convivere disposizioni immediatamente precettive accanto ad altre che si dirigono formalmente al legislatore delegato. Le prime possono vigere a prescindere dall'attuazione governativa delle seconde. Questa, almeno, sembra essere la recezione giurisprudenziale del fenomeno, posto che i giudici si rifiutano di svolgere ulteriori indagini circa l'immediata applicabilità di disposizioni formalmente rubricate come "principi e criteri direttivi", ammettendo invece l'autoapplicabilità delle sole disposizioni di cui il legislatore delegante **espressamente** dichiara l'immediata entrata in vigore (cfr. Cass. civ., Sez. trib., 15 gennaio 2004, n. 455, in *Giur. it.*, 2004, 1531; Cass., sez. lav., 10 marzo 1992, n. 2883). Né la nota decisione della Corte costituzionale n. 224/1990 può dirsi risolutiva, sul punto. Se in quel caso la Corte ha ammesso un'immediata e autonoma vigenza delle norme "di principio" della legge delega, a prescindere da un'eventuale attuazione governativa, essa lo ha fatto con argomentazioni finalizzate (prevalentemente se non esclusivamente) ad ammettere l'impugnazione in via diretta della legge delega da parte delle Regioni, senza nulla dirci circa l'autoapplicabilità delle norme contenute nella delega stessa. Anzi, la questione della vigenza di tali norme ai fini dell'attualità della lesione delle competenze regionali è stata dalla Corte espressamente distinta da quella della vigenza ai fini dell'applicabilità ai "rapporti della vita" («l'attualità dell'interesse a ricorrere nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi dev'esser valutata, non già in relazione alla effettiva producibilità di effetti delle singole disposizioni e, **tantomeno, alla concreta applicabilità delle stesse nei rapporti della vita**, ma, piuttosto, in relazione

all'esistenza giuridica delle disposizioni impugnate nell'ordinamento giuridico», punto 2 del *diritto*, corsivi aggiunti). A confermarcelo è la stessa giurisprudenza costituzionale più recente, dove la Corte (ord. n. 257/2005) si rifiuta di sanzionare l'incompleta attuazione governativa di una delega, senza dare alcun rilievo al fatto che il *principio* non attuato consiste in una disciplina sicuramente autoapplicativa (trattandosi dell'abrogazione *espressa* del secondo e terzo periodo del comma 7 dell'art. 126 del codice della strada, ossia dell'abrogazione della sanzione accessoria del fermo amministrativo del veicolo, in caso di patente scaduta: co. 1, lett. *mm*), dell'art. 2, rubricato *Principi e criteri direttivi*, della l. n. 85/2001, "Delega al Governo per la revisione del nuovo codice della strada").

La prassi giurisprudenziale (dei giudici comuni e della Corte costituzionale), dunque, sembra avvalorare un modello per cui, relativamente alle *disposizioni di delega* (rubricate sotto "principi e criteri direttivi"), l'unica sanzione per la loro mancata attuazione è data dalla responsabilità politica del Governo verso il Parlamento (cfr. P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 2004, 249). A differenza del meccanismo valevole per le direttive comunitarie, le deleghe inattuate non sembrano sollevare alcun problema di efficacia della sanzione contro l'inerzia del soggetto politico delegato, ossia nessuno spiraglio sembra aprirsi per quella sorta di "sostituzione sanzionatoria" del giudice nell'implementazione dei disposti "di principio" rimasti inattuati (cfr. Cass. civ., Sez. trib., 15 gennaio 2004, n. 455, cit., che espressamente rifiuta l'analogia con lo schema delle direttive comunitarie). Chiara è, del resto, la differenza di *ratio*: nelle direttive v'è, come minimo, un problema di uniformità di trattamento dei "cittadini comunitari" in tutti gli Stati membri allo scadere del termine di trasposizione, problema che per le deleghe legislative non può certamente porsi. E, tuttavia, se si pensa all'altro fondamento della logica sanzionatoria valevole per le direttive CE (impossibilità che lo Stato si giustifichi dinanzi al privato invocando il proprio comportamento negligente), resta il problema di come giustificare, dinanzi al soggetto che invoca un diritto o comunque una situazione di vantaggio prevista da un "principio" della legge delega, un rifiuto puramente fondato sul comportamento negligente del potere politico (come in fondo è avvenuto nel caso Welby).

Nel caso in commento, tuttavia, occorre rilevare come la negligenza nell'attuazione della delega si somma alla negligenza nell'attuazione di un trattato internazionale (la Convenzione di Oviedo), ossia di un vincolo che, ai sensi del nuovo art. 117, co. 1, cost., non riveste solo natura "politica" per il potere legislativo statale, bensì chiaramente anche natura *giuridica*. Se, dunque, a partire dalla prima decisione della Corte (sent. n. 1/1956), ai fini del sindacato di costituzionalità è irrilevante la distinzione tra norme programmatiche e precettive, altrettanto dovrebbe dirsi per le norme che costituiscono parametro interposto di costituzionalità. Il nostro giudice, dunque, avrebbe dovuto come minimo sollevare la questione di costituzionalità sul mancato rispetto delle norme della Convenzione di Oviedo pertinenti (art. 5 e art. 9, cit.), senza trincerarsi dietro la presunta programmaticità della Convenzione. Tanto più che le menzionate norme convenzionali appaiono chiaramente saldarsi con la norma costituzionale che ammette - come lo stesso Tribunale rammenta - l'obbligatorietà di un trattamento sanitario solo se, oltre a essere previsto per legge, sia finalizzato alla tutela della collettività e non a quella della mera salute individuale (art. 32 cost.).

In conclusione, la soluzione che in casi come il nostro andrebbe perseguita non appare lontana da quella seguita dalla stessa Corte costituzionale con riguardo alla attuazione delle direttive comunitarie. Per la Corte, il fatto che l'attuazione di una direttiva sia contenuta in una *disposizione di delega*, ossia rimessa dal Parlamento alla implementazione del Governo, non può impedire al giudice nazionale (o eventualmente a se stessa) di svolgere *autonomamente* la valutazione circa l'immediata applicabilità delle *singole disposizioni* contenute nella direttiva, previa eventuale formulazione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia (cfr. C. cost., sent. 168/1991, e il commento di F. Sorrentino, *Delega legislativa e direttive Comunitarie direttamente applicabili*, in *Giur. cost.* 1991, I, 1418 ss.; C. cost., sent. 536/1995, su cui cfr. F. Ghera, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1201). Certo, relativamente a

Convenzioni e trattati internazionali estranei all'ordinamento comunitario (come la Convenzione di Oviedo, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa), non esiste per il giudice comune la possibilità di ricorrere al sostegno interpretativo della Corte del Lussemburgo. Ma per il resto lo schema dovrebbe essere lo stesso: impossibilità per il potere politico-legislativo di vincolare l'interpretazione di un atto normativo entrato in vigore, sotto il profilo della globale non-autoapplicabilità di questo; potere-dovere del giudice di analizzare le singole disposizioni dell'atto normativo vigente, per ricavarne le norme obiettivamente autoapplicative. Se, al contrario, il legislatore davvero volesse paralizzare la portata normativa del trattato internazionale, non avrebbe che da compiere la scelta trasparente di limitarsi all'autorizzazione della ratifica e delegare il Governo all'adattamento ordinario (ovvero compierlo con legge formale), **senza formulare l'ordine di esecuzione interna** del trattato stesso. Come per le direttive CE, infatti, la libertà del potere politico di riconoscere o meno certi diritti individuali ovvero una loro discrezionale derogabilità si esaurisce all'interno del procedimento di negoziazione e stesura dei contenuti dell'atto pattizio, il quale, una volta entrato in vigore **anche** nell'ordinamento statale, non può essere artificialmente sottratto alle ordinarie operazioni interpretative/applicative degli enunciati normativi.