

Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana

di Stefano Rossi *

(3 settembre 2008)

SOMMARIO: 1. Gli argomenti dei promotori - 2. Sull'«inesistente» diritto di autodeterminazione del malato terminale - 3. C'è stata invasione di campo dei giudici? - 4. Argomenti contro il conflitto - 5. Il giudice dei diritti e il conflitto

1. Gli argomenti dei promotori

Rispettivamente in data 31 luglio e 1 agosto 2008, la Camera dei Deputati ed il Senato della Repubblica hanno deliberato per l' elevazione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato innanzi alla Corte costituzionale, avente ad oggetto la sentenza della Corte di Cassazione n. 21748 del 16 ottobre 2007 e la conseguente decisione della Corte d'Appello di Milano resa in data 9 luglio 2008, che si sono pronunciate sulla dolorosa e delicata vicenda di Eluana Englaro. ¹

Il rilievo del caso si concentra nella ragione di conflitto tra il potere legislativo e quello giudiziario, che, assumendo la forma della *vindicatio potestatis*, si compendia, in sostanza, nell'accusa ai giudici di avere sconfinato sul terreno del potere legislativo.

Un'usurpazione delle attribuzioni proprie del potere legislativo che viene sostenuta sulla base essenzialmente di un argomento «forte», quello dell'anomia che dovrebbe e potrebbe essere colmata esclusivamente dall'intervento del legislatore.

Vi sono materie che devono essere, in linea di principio, regolate specificamente dalla legge, in quanto solo una base legislativa può impedire che vengano compromessi la tutela di valori e beni costituzionalmente protetti, tra i più rilevanti, come la vita stessa delle persone. In tali casi sarebbe impossibile surrogare la mancanza della norma di legge con un atto di giurisdizione che, fuori da ogni canone

1* Cultore di diritto costituzionale presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo

Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, pres. Luccioli, rel. Giusti, GDir, 44, 2007; App. Milano, 9 luglio 2008, est. Lamanna, GDir, 30, 2008.

ermeneutico legittimamente fondato e nella forma della pronuncia di un giudice, avrebbe la sostanza di un atto di legislazione del caso concreto.

E' utile rammentare, prima di proseguire nell'analisi delle ragioni del conflitto, come la Corte di cassazione abbia fondato la propria pronuncia su di un principio non controverso, tanto nel diritto quanto nella pratica medica, per cui ogni persona ha libera e piena facoltà di scegliere i trattamenti sanitari ai quali sottoporsi, sulla base del criterio del cosiddetto «consenso informato», sia nel senso di accettare sia nel senso di rifiutare i trattamenti medesimi. Tale principio trova solenne riconoscimento nella nostra Carta costituzionale:

- in senso generale, nell'art. 13, rispetto al quale, tra l'altro, si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 471 del 1990, affermando che nel concetto di «libertà» - di cui all'articolo in esame è ricompresa - quella di ciascuno di disporre del proprio corpo. Con tale sentenza per la prima volta si è giuricamente riconosciuto che la «libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo ha un diretto fondamento costituzionale nel principio di libertà personale», del quale un importante corollario può cogliersi nella necessità di un «consenso informato» in ordine alle prestazioni sanitarie;
- in senso più specifico nell'art. 32, 2 co. Cost. («nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se non per disposizioni di legge») che sancisce il divieto di trattamenti sanitari obbligatori (TSO) al di fuori dei casi previsti dalla legge; una disposizione in cui – sottolineiamo - la volontà di chi soffre figura proprio al centro dei processi decisionali che attengono, in concreto, all'erogazione della cura.

Il consenso informato è oggetto pure della «Convenzione sui diritti umani e la biomedicina», approvata dal Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997, ove si afferma all'art. 5 - come già nella precedente stesura del luglio 1994 - che «qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato».

A sua volta il codice di Deontologia Medica, nella sua più recente versione del 1998, afferma all'art. 34 che il medico «deve attenersi, nel rispetto

della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona».

È proprio dall'insieme di tali norme che il giudice di legittimità deduce come debba «escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita», ritenendo «che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva». ²

In termini altrettanto chiari, la Corte di Cassazione si è espressa - secondo un costante orientamento (Cass., sez. III, 25 gennaio 1994, n. 10014; Cass., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364; Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444) – nell'argomentare il principio affermato, ribadendo che «il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. ...Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'«alleanza terapeutica» che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il

2

Cass., civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, pres. Luccioli, rel. Giusti.

compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorchè il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico».

Ma è proprio la complessa ricostruzione ermeneutica svolta dalla Cassazione a mettere in evidenza la carenza, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, di una organica disciplina normativa destinata espressamente a regolamentare la materia delle dichiarazioni anticipate di trattamento (le cd. living will o testamento biologico), il che avrebbe comportato – a detta del relatore e presidente della Commissione Affari Costituzionali del Senato - «la “creazione” da parte della stessa di un vero e proprio principio di diritto (cioè il divieto di accanimento terapeutico) certo conforme alla richiesta avanzata dal ricorrente ma in apparente contrasto con le uniche norme di diritto positivo che attualmente possono ritenersi applicabili ad una simile fattispecie. E ciò, quindi, conduce ben aldilà del solo onere di ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione [dei] beni costituzionali, spettando invece al legislatore di individuare il punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti (così, *rectius*, Corte costituzionale, sentenza n. 347 del 1998)».

Tale opinione ha trovato conforto, oltre che nelle tesi tratte dal manifesto dei giuristi «per la vita», capitanati da Antonio Baldassarre ³, per cui la decisione della Corte d'Appello di Milano finirebbe «per consentire una pratica di eutanasia, vietata dal nostro ordinamento», distorcendo altresì la funzione stessa del processo civile che «prefigurato per legge per altre funzioni, [verrebbe usato] per sacrificare irrimediabilmente la vita di una

3 «*Su Eluana la procura prende tempo, due nuovi appelli portatori d'acqua*», Il Foglio, 23 luglio 2003; «*La sentenza di Milano introduce l'eutanasia e viola la Costituzione*», Avvenire, 24 luglio 2008; tra i firmatari dell'appello si possono leggere le argomentazioni di Olivetti, *La Costituzione sequestrata da tribunali invadenti*, Avvenire, 17 luglio 2008; Id., *Ma anche la Cassazione si può criticare*, Avvenire, 20 luglio, 2008; Gambino, *Sforzo davvero straordinario usare il diritto alla rovescia*, Avvenire, 22 luglio 2008. Diversa (e non astiosamente ideologica) era stata la lettura del leading case «Welby» e del tema delle scelte di fine vita da parte di Casalone-Chiodi-Fontana-Fumagalli-Picozzi-Reichlin, *Il caso Welby: una lettura a più voci*, Aggiornamenti sociali, 5, 2007; nello stesso senso Casavola, *I confini del testamento biologico*, Il Mattino, 24 luglio 2008.

persona che è un bene indisponibile», anche nelle considerazioni di un autorevolissimo giurista, Giuliano Vassalli, che ha sostenuto che, allo stato attuale, la sola disciplina normativa che dovrebbe e potrebbe essere richiamata - quale effettiva base giuridica - in un caso del genere è quella contemplata negli artt. 579 e 580 c.p. relativi, rispettivamente, ai delitti di «omicidio del consenziente» e di «aiuto al suicidio», che rappresenterebbero dei punti di riferimento chiarissimi: «c'è il diritto costituzionale alla vita [...] ricompreso nel quadro dei diritti umani generalmente riconosciuti [...] e c'è il nostro Codice penale [...] Allora non so da quali principi del diritto vigente si possano trarre decisioni simili [...] Le si può forse trarre da principi umanitari e ideali, ma non in base al diritto vigente». ⁴

Anche tale analisi ha corroborato l'opinione secondo cui «la sentenza della Corte di cassazione - ponendo a fondamento dell'accoglimento della richiesta di parte presupposti di fatto non ricavabili da alcuna norma di diritto positivo (ossia la irreversibilità della condizione di stato vegetativo e l'effettiva ed espressa volontà del soggetto) - sembra configurarsi, insomma, come atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell'ordinamento normativo vigente, adottato per via giudiziaria dal giudice di legittimità al quale compete, invece, la verifica della corretta applicazione del diritto vigente da parte dei giudici di merito». ⁵

Sotto tale profilo è quindi emersa un'ipotesi di conflitto fra l'esercizio della funzione giurisdizionale e l'esercizio della funzione legislativa nei limiti in cui il potere giudiziario si sarebbe materialmente sostituito al potere legislativo, al quale solo spetta la funzione «nomogenetica» a fronte di quella «nomofilattica» attribuita al primo.

Compito della Corte Costituzionale sarebbe quindi quello di operare un'«*actio finium regundorum*» distinguendo - in termini sistematico-funzionali - il potere (esclusivamente parlamentare) di creazione delle *leges* da quello (esclusivamente giudiziario) di enucleazione degli *iura*.

4 «Per Vassalli nella sentenza della Corte d'Appello su Eluana mancano le basi giuridiche», Il Foglio, 16 luglio 2008.

5 Relazione introduttiva di maggioranza, Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, seduta 21.07.2008.

2. Sull' «inesistente» diritto di autodeterminazione del malato terminale.

Non posso che riproporre, proseguendo nell'analisi, alcune considerazioni di Stefano Rodotà, oggi ancor più attuali :

«la sentenza della Cassazione è esemplare, per la capacità di leggere il diritto per quello che è, e non per quello che si vorrebbe che fosse o non fosse; per il rigore dell'argomentazione; per l'assunzione della responsabilità propria del giudice che, di fronte a questioni difficili, non le sfugge, rifugiandosi in artificiose costruzioni e negando così quella giustizia che i cittadini chiedono. Nasce, a questo punto, un dubbio. Quanti tra gli improvvisati commentatori hanno davvero letto quella sentenza? Quanti dispongono degli strumenti necessari per comprendere come funziona oggi un sistema giuridico? Il dubbio è più che lecito di fronte a reazioni come «inammissibile supplenza giudiziaria», «urgenza di colmare un vuoto normativo», «violazione delle prerogative del Parlamento», fino alla grottesca ipotesi di sollevare davanti alla Corte costituzionale un conflitto di attribuzione tra Parlamento e magistratura». ⁶

La sentenza della Corte di Cassazione rappresenta infatti il culmine di un discorso che ormai da anni si svolge a più voci - coinvolgendo in un processo «omeostatico» il giudice di legittimità, quelli di merito e la dottrina – volto a chiarire con finezza trama e ordito dei principi che garantiscono in concreto l'autodeterminazione consacrata ai sensi degli artt. 13 e 32 Cost., snodandosi nei seguenti passaggi:

- a) nessun trattamento medico è possibile senza il consenso del paziente, il quale non solo può scegliere tra le diverse terapie disponibili, «ma può anche rifiutare la terapia e decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche quella terminale», giacché «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita»;
- b) «il quadro compositivo dei valori in gioco... fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità». Dunque «pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela»;

⁶ Rodotà, *Chi decide sul morire*, La Repubblica, 25 ottobre 2007

c) «l'istanza personalistica alla base del consenso informato ed il principio della parità di trattamento impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica anche nell'incapace, se quest'ultimo non è più in grado di garantire tale dualismo, lo deve fare il rappresentante tutore o amministratore di sostegno che sia il quale assume anche la cura della persona. Questa condizione non attribuisce al rappresentante un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale incapacità di intendere e volere, ma, nel consentire o rifiutare il trattamento medico, il rappresentante è sottoposto ad un duplice ordine di vincoli: «egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del «best interest», deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche». ⁷

Tale percorso argomentativo viene confermato dal decreto emesso dalla Corte d'Appello di Milano in data 09 luglio 2008 per cui:

«ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti:

(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile,

⁷ Gennari, *La Corte Suprema scopre il substituted judgement*, Resp. civ. e prev., 2008, 5, 1119.

recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno;

(b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

Principi e ragionamenti normativi che - come detto - hanno trovato espresso ancoraggio in una serie amplissima di norme (artt. 2, 13 e 32 Cost.; Convenzione sui diritti umani e la biomedicina del Consiglio d'Europa; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la legge sul Servizio sanitario nazionale del 1978; gli articoli del Codice di deontologia medica), oltre che in numerose sentenze della Corte costituzionale e precedenti della stessa Cassazione. Un «pieno» di norme che quindi smentisce la tesi del vuoto normativo e dell'indebita supplenza⁸, anche se - bisogna ammettere - diversamente da quanto potrebbe suggerire l'inventario delle disposizioni normative in materia, l'ingresso del (principio del) consenso nella pratica sanitaria e nel sentire comune del nostro paese non può dirsi - oggi - del tutto compiuto.⁹

Ma è chiaro che il discorso assume finalità e basi concettuali diverse a seconda che si aderisca alla tesi della «pienezza di norme senza compiutezza», ovvero che si sostenga l'assenza nel nostro ordinamento di un diritto all'autodeterminazione del paziente, nella specie del c.d. «divieto di accanimento terapeutico» (così come affermato nella relazione di maggioranza).

⁸ Rodotà, *Chi decide...*, cit.

⁹ Cendon, *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, Parte I, Politica del diritto, 3, 2002; Id., *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, Parte II, Politica del diritto, 4, 2002; Id., *I malati terminali e i loro diritti*, Giuffrè, 2003.

La seconda tesi – posta a giustificazione del conflitto – appare priva di fondamento, in quanto operando una sorta di «compartimentalizzazione» dell'ordinamento, che attribuisce quindi rilievo esclusivo alle norme di stampo penalistico, sottace il ruolo unificante, in termini interpretativi ed applicativi, cui anche quelle norme debbono partecipare in termini costituzionalmente orientati.

Negare quindi la sussistenza nell'ambito del nostro ordinamento del divieto di accanimento terapeutico e del diritto del malato di autodeterminarsi riguardo le sue scelte di vita (o di morte) appare in aperto conflitto con i principi costituzionali e con la costante giurisprudenza di legittimità e di merito.

La premessa generale, per il corretto inquadramento della questione, è costituita dalla fondamentale sentenza della Corte Costituzionale 22 ottobre 1990, n. 471, la quale, nel definire il ruolo dell'articolo 13 Cost. in relazione ad atti di disposizione del corpo umano, ribadiva il valore costituzionale della inviolabilità della persona come «libertà», nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo, preparando in tal modo l'indispensabile terreno interpretativo e culturale per il successivo aggancio del consenso informato all'area dei diritti di rilievo costituzionale.

Se infatti l'autonomia è predicato di ogni scelta individuale, questo valore assume una importanza particolare quando si tratta di assumere decisioni in ordine alla cura della salute ¹⁰, in quanto l'atto medico si compie sul corpo e nell'interesse del paziente e dunque solo quest'ultimo può decidere, operando un bilanciamento fondato su valutazioni religiose, esistenziali ed etiche intimamente legate allo stesso modo di auto-percepirsi come persona, se e quali strade privilegiare tra quelle offerte dalla scienza medica. Qualsiasi terapia curativa, che sia chirurgica o farmacologica, presenta un costo in termini di effetti collaterali, sofferenze, mutilazioni e possibili esiti nefasti; ed è soltanto colui che questo costo deve sostenere a potere decidere se esso sia preferibile alla malattia.¹¹

10 Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, ed. 2001, 112-113.

11 Gennari, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, Resp. civ. e prev., 2006, 9, 1411.

Il diritto di autodeterminazione della persona in ordine ad atti che coinvolgano il proprio corpo trova il suo fondamento costituzionale nel combinato disposto tra gli artt. 32 e 13 Cost., svolgendosi nel suo aspetto negativo (come libertà da..), nel riconoscimento del diritto del soggetto a non subire contro la sua volontà atti o interventi sul corpo e nell' aspetto positivo (come libertà di..), nel diritto del singolo a decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgano il suo corpo. (in questo senso Cass. civ., sez. III, 25 aprile 1994, n. 10014)

Ci si potrebbe chiedere se tale diritto sia relativo, trovando limiti esterni ovvero rappresenti un diritto generale a rifiutare le cure.

Vi è chi ritiene che se si partisse dalla considerazione che il consenso, seppur valido ed informato¹², rende il soggetto libero di sacrificare interessi personali di qualunque natura così, sostanzialmente, considerando le lesioni acconsentite alla stregua di auto lesioni - irrilevanti per l'ordinamento, arg. ex art. 580 c.p. - si perverrebbe, in fatto, ad una completa disapplicazione di norme giuridiche vigenti, cosicchè, non avrebbe senso riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) nonché prevedere norme penali quali gli artt. 579 (omicidio del consenziente), 580 (istigazione o aiuto al suicidio) e 593 (omissione di soccorso) qualora non sussistessero limiti all'autodeterminazione.

Tali valutazioni però non sono condivisibili – perché frutto di un evidente sovvertimento della gerarchia delle fonti – in quanto nel negare la configurabilità di un dovere (costituzionalmente affermato) di rispettare la volontà del paziente, richiamano all'uopo norme codicistiche, dunque di legge ordinaria (come gli artt. 579 e 580 c.p., 5 c.c., 593 o 54 c.p.). In questo senso «a poco vale l'*escamotage* di dedurre da tali disposizioni un supposto principio generale di indisponibilità del bene vita, perché pur sempre di un principio collocato sul piano della legge ordinaria si tratterebbe, come tale incapace di fissare limiti alla regola sancita in modo generale ed inequivoco dall'art. 32, 2 co. Cost.»¹³

12 Iadecola, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue salvavita rifiutata dal malato)*, Cass. pen., 1998,957; Ruggiero, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in Riv.it.med.leg., 1996, 203.

13 Vallini, *Il valore del rifiuto di cure non confermabile dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, Diritto publ., 2003, 185 ss.

Anche i tentativi di escludere l'operatività del dissenso alle cure nei casi di pericolo per la salute e per la vita, sulla base di un preteso «dovere di mantenersi sani», desumibile, secondo taluni, dall'art. 2 Cost., là dove richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociali» rappresentano un'opzione interpretativa - peraltro contrastata da autorevole e oramai prevalente dottrina¹⁴, oltre che da sempre più consolidata giurisprudenza - sostenibile alla condizione, non solo di sottovalutare il principio della libertà e della volontarietà delle cure sancito dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, ma anche di ignorare che, in presenza di principi di rango normativo superiore, quali sono i principi costituzionali, disposizioni legislative di rango normativo inferiore vanno reinterprete nel senso di punire la mancata attivazione del medico, ai sensi dell'art. 328 c.p., solo in presenza di richiesta e di consenso del paziente, ovvero ai sensi dell'art. 593 c.p., solo in mancanza di rifiuto del destinatario dell'intervento.¹⁵

La collocazione gerarchica dei valori in gioco è talmente univoca da contenere *in nuce*, senza la necessità di ulteriori specificazioni, il principio generale di autodeterminazione: sicchè il medico non potrà *mai* imporre alcuna terapia, alcun accertamento diagnostico, alcuna attività medico-sanitaria in genere, laddove a ciò osti il dissenso del paziente, anche quando tale dissenso significhi, nei fatti, l'accettazione della morte. Se una tale prerogativa fosse negata, si degraderebbe la medicina al rango di potenziale e rischiosissimo strumento di sopraffazione dell'individuo e della sua libertà di scelta.

Nello stesso senso, se il rifiuto riguardasse un trattamento medico essenziale alla vita, non si rientrerebbe in un'ipotesi di eutanasia passiva

14 Tra gli autori, per i quali il diritto del paziente di rifiutare le cure non è limitato dalla circostanza che dal rifiuto possa derivare la morte, cfr. Cattaneo, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1957; Rescigno, *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in Studi in onore di A. Asquini, 1965; Mantovani, *Eutanasia*, in Giust. pen., 1972; Barni-Dell'Oso-Martini, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in Riv. it. med. leg., 1981; Modugno, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, in Dir. e società, 1982; Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia, l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in Riv. it. med. leg., 1984; Nespore-Santosuosso-Satolli, *Vita, morte, miracoli*, Feltrinelli 1992; Fucci, *Rilevanza giuridica del rifiuto delle cure da parte del paziente*, in Bioetica. Rivista interdisciplinare, 2000.

15 Borsellino, *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale. La responsabilità del medico nel processo del morire*, Cass. pen., 2004, 9, 3019.

consensuale, poiché in seguito al rifiuto delle cure da parte del paziente, sorgendo il dovere di rispettarne la volontà espressa, verrebbe meno l'obbligo giuridico del medico di curare, e quindi «non essendo più tenuto a curare, la morte non [sarebbe] imputabile alla sua omissione».¹⁶

Alla luce di quanto esposto, sebbene nel nostro ordinamento manchi una normativa specifica che riguarda l'autonomia privata della persona nella fase finale della sua esistenza, tale mancanza viene ad essere necessariamente surrogata attraverso l'applicazione dei principi generali.

Principi generali nel cui ambito trova riconoscimento anche il divieto di accanimento terapeutico inteso come un trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, in un contesto nel quale l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulta chiaramente sproporzionata. Il concetto dell'inutilità è chiarito nell'art. 14 del Codice di deontologia medica (1998), che definisce l'accanimento terapeutico come «... ostinazione in trattamenti di cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità della vita».

Paradossalmente, il divieto di accanimento terapeutico trova la sua giustificazione nel diritto alla vita che è in uno - e non è contrapposibile - con la garanzia dell'individualità umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., essendone la concreta esplicazione in quanto pone al centro la libertà della persona. «Ma quando, come nel caso di Eluana, l'autodeterminazione non è più possibile, perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la «dignità» di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute.

Il divieto di accanimento terapeutico nasce proprio da qui: esso nasce affinché l'intervento del medico, artificiale ed invasivo della sfera personale di chi è incapace e perciò inerme, sia entro i confini dati dall'autolegittimazione del medico come professionista, il quale, come

¹⁶ Mantovani, *Aspetti giuridici della eutanasia*, Riv. It. Proc. Pen., 1988,458.

tale, deve curare e quindi recare un tangibile vantaggio al suo paziente. Siffatta accurata verifica della utilità o del beneficio del trattamento per chi lo subisce andrebbe fatta proprio e soprattutto quando il trattamento miri a prolungare la vita, poiché proprio e soprattutto quando il trattamento stesso miri a prolungare la vita, il medico, come professionista, si spinge al massimo dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando, o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte». ¹⁷

In quest'ottica se si considera il rapporto medico-paziente nella prospettiva di una «etica della cura», il consenso informato può essere riguardato come il processo in cui il medico ascolta e accompagna il paziente in una decisione che spesso coinvolge l'intera dimensione esistenziale, il senso stesso della vita. È per queste ragioni che deve essere rispettata la scelta del paziente di non intraprendere certe terapie o di sospendere quelle già iniziate, in quanto non è il perseguimento del bene «salute» che fonda il potere di decisione del paziente, ma è la «gestione della salute», intesa questa nel senso di benessere psico-fisico dell'individuo, che rappresenta modalità di estrinsecazione del fondamentale e superiore diritto ad auto-determinarsi del soggetto. ¹⁸

Concludendo, la Corte di Cassazione non ha assunto il ruolo di «law maker», ma ha semplicemente applicato al caso concreto i principi generali desumibili dall'ordinamento e sanciti in Costituzione, inverando quanto già affermato dalla Corte d'Appello : «la vita dell'individuo – si legge in motivazione – va intesa non in senso biologico come un mero fatto meccanico suscettibile di prolungamenti artificiali, bensì come possibilità di relazione e di autorealizzazione, in riferimento alla personalità e alla soggettività dell'uomo, con la conseguenza che la perdita irreversibile della coscienza non può non costituire un limite di ogni trattamento medico, giacché segna il momento in cui cessa definitivamente la possibilità di una vita dignitosa». ¹⁹

17 Cass., civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, pres. Luccioli, rel. Giusti.

18 Gennari, *Consenso informato...*cit.

19 App. Milano 31 dicembre 1999, Il Foro italiano, 2000, I, 2022, con note di Ponzanelli, *Eutanasia passiva: sì se c'è accanimento terapeutico*, e di Santosuosso, *Novità e remore sullo stato vegetativo permanente*.

3. C'è stata invasione di campo dei giudici ?

E' utile osservare come la tesi, proposta dal Parlamento per sollevare il conflitto, fosse già stata espressa nella seconda pronuncia sul caso Englaro, del 2003, emessa dalla Corte d'Appello di Milano.²⁰

La Corte, pur riconoscendo i molti «spunti nella cultura etico-giuridica per valorizzare il principio di autodeterminazione», esprimeva perplessità «sull'opportunità/legittimità di un'interpretazione integrativa che sarebbe *praeter legem*, non già *contra legem*. [come pure] in ordine al possibile espletamento di attività sostanzialmente paranormativa, considerati i dilemmi giuridici, medici, filosofici, etici che si avvertono nei dibattiti della società civile e nelle relazioni dei comitati e delle commissioni investite della tematica. [Per cui] la mancanza di regole lede diritti e interessi che corrispondono a valori costituzionalmente garantiti (artt. 2, 3, 13, 32 Cost.) ed è di ostacolo anche alla soluzione di problemi pratici».

La Corte ribadendo che solo il legislatore poteva stabilire regole in una materia come questa, non il giudice, auspicava perciò «che il legislatore ordinario individu[asse] e predispo[nesse] gli strumenti adeguati per l'efficace protezione della persona e il rispetto del suo diritto di autodeterminazione, prevedendo una verifica rigorosa da parte dell'autorità giudiziaria della sussistenza di manifestazioni di direttive anticipate. L'intervento legislativo potrebbe evitare strumentalizzazioni e sofferenze e contribuirebbe alla responsabilizzazione della collettività».

Così come il Parlamento anche la Corte d'Appello di Milano dimenticava che in presenza di «lacune» dell'ordinamento l'art. 12 delle preleggi impone al giudice di decidere facendo ricorso vuoi all'analogia, vuoi ai principi generali dell'ordinamento.²¹

Nel nostro ordinamento una norma è qualificabile come principio in quanto esprime l'attitudine a soddisfare e garantire le esigenze di intrinseca armonia e unità del sistema normativo, attraverso la regolamentazione di casi non esplicitamente considerati dal diritto positivo ma reputati

20 App. Milano 17 ottobre 2003, *Famiglia*, 2004, 1167, con nota di Ferrando, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*.

21 Ferrando, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in AA.VV., *Il testamento biologico*, Fondazione Veronesi, Milano, 2006.

meritevoli di tutela in vista del conseguimento del predetto obiettivo di coerenza e razionalità. Ed invero, per la stessa Corte costituzionale, i principi generali dell'ordinamento sono «quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento vigente» e che, quindi, promanano dalla «coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo» (Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6)

È proprio grazie al ricorso ai principi generali che la Corte di Cassazione ha deciso l'inammissibilità del disconoscimento di paternità da parte del marito che aveva dato il consenso all'inseminazione eterologa della moglie. Riscontrata una lacuna, in quanto, l'art. 235 c.c. non trovava diretta applicazione al di fuori dell'ipotesi di concepimento avvenuto in seguito a un rapporto fisico della moglie con persona diversa dal marito, la Corte ricorreva ai principi generali (principalmente, il divieto di *venire contra factum proprium*, e il principio di responsabilità nella procreazione) per prendere la decisione.²²

Tale impostazione peraltro aveva trovato autorevole avallo nella sentenza 26 settembre 1998, n. 347, con la quale il giudice delle leggi aveva negato la possibilità di estendere la portata normativa della disposizione citata fino a comprendere la particolare questione della inseminazione artificiale, in quanto la sussunzione di ipotesi nuove - ossia ipotesi non espressamente previste al momento dell'approvazione di una legge - in fattispecie normative esistenti avrebbe potuto ammettersi - precisava la Corte - solo qualora fosse ravvisabile «un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di ratio». Tuttavia la Corte, stante «la mancanza di una puntuale disciplina legislativa che stabilis[sse] la legittimità o meno ed i limiti della fecondazione assistita», che palesava l'esistenza in materia di una lacuna normativa incostituzionale in violazione di principi costituzionali, ribadito che non spettava all'autorità giurisdizionale l'attuazione bilanciata di tali principi, appartenendo «l'individuazione di un

²² Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, Corriere giuridico, 1999, 429 con nota di Schlesinger, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*.

ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti [...] primariamente alla valutazione del legislatore», invitava il giudice a ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la tutela dei beni costituzionali in gioco.

Il riconoscimento di una lacuna impone infatti, in armonia con l'immagine del diritto positivo quale sistema normativo completabile, l'attivazione di meccanismi di integrazione idonei a colmare la lacuna riscontrata in relazione alla fattispecie concreta. E' a tal fine che l'art. 12, secondo comma, delle preleggi assegna all'autorità giudiziaria il potere di decidere «secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», estrapolando la regola del caso concreto, non regolato, dal principio generale identificabile attraverso un procedimento induttivo di astrazione generalizzante fondato sull'unità organica del diritto oggettivo.

L'idoneità dei principi generali a riempire i vuoti normativi riscontrati nella dinamica applicazione del diritto ne esalta la vocazione normogenetica²³, quale attributo di immediata e diretta operatività nella disciplina dei rapporti giuridici.²⁴

L'obiettivo dell'interprete di colmare la lacuna riscontrata risulta così assorbito nella più ampia ed incisiva finalità di conferire al sistema normativo una tangibile coesione interiore, assicurata non solo dalla capacità di regolare tutti i casi, giuridicamente rilevanti, accomunati dai medesimi tratti essenziali, ma anche, e forse ancor prima, dalla attitudine a fondare una struttura organica di modelli oggettivi di imputazione connotata da una intima coerenza.²⁵

Il ricorso ai principi generali, mancando i presupposti per l'analogia, non è dunque una facoltà del giudice, ma un suo dovere. Che si tratti di opera di creazione giurisprudenziale del diritto, piuttosto che di vera e propria interpretazione²⁶, non dovrebbe spaventare, se è vero che è proprio

23 Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Riv. int. fl. dir., 1941.

24 Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970, 307; Sorrentino, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in Dir. soc., 1987, 190; Modugno, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in Enc. giur., vol. XXIV, Roma, 1991, 8.

25 Camerlengo, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, Dir. proc. amm., 2003, 4, 1075.

26 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in Iudica, Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 422.

grazie all'esercizio di questi poteri che il diritto civile si è adeguato alle trasformazioni economiche e sociali, al mutamento dei valori ideali sui quali si fonda la convivenza civile.

Occorre avere consapevolezza del ruolo che la giurisprudenza, per mandato costituzionale, è chiamata ad assolvere, nel trovare soluzione a conflitti prima impensabili, imposti da nuove prospettive aperte dall'evoluzione delle scienze e delle tecniche, dove il manifestarsi di situazioni nuove esige di declinare in modo diverso le categorie giuridiche tradizionali per corrispondere alle istanze della volontà in conformità ai principi costituzionali, soprattutto rispetto a vicende quali la vita e la morte, il cui corso naturale è oggi integrato da nuove scoperte che ne alterano la fisionomia tradizionale.

Si può quindi ritenere che al fine di risolvere la controversia sottoposta al suo esame- con una decisione che peraltro ha efficacia limitata alle parti e come tale è priva dell'efficacia *erga omnes* che caratterizza invece la fonte normativa – la Corte di Cassazione abbia fatto applicazione corretta dei principi vigenti e delle regole ermeneutiche, colmando il vuoto legislativo con un'interpretazione non già analogica o estensiva, ma teleologica e adeguatrice. Tale attività ermeneutica non potrebbe quindi qualificarsi quale interpretazione creatrice e pertanto come esercizio della funzione legislativa.²⁷

In questo senso, la Corte di Cassazione, stante il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti che esigeva una loro immediata tutela, imponendo al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto), ha quindi supplito alla mancanza di una regola normativa sul testamento di vita, facendo applicazione dei principi costituzionali, di quelli generali e delle disposizioni del codice civile (artt. 357 e 424 c.c.).

In particolare la diretta applicabilità delle disposizioni costituzionali ha permesso al giudice di dare una soluzione al caso concreto pur in carenza di uno specifico intervento legislativo; cosa che, però, ne mette in rilievo la

²⁷ Ceccanti, Relazione minoranza, Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, seduta 21.07.2008.

particolare delicatezza nella misura in cui la delega del bilanciamento in concreto presuppone necessariamente una ricognizione dei principi costituzionali tra i quali procedere al contemperamento, non essendo opportuno - per esigenze di certezza - che la loro individuazione fosse del tutto rimessa ad un giudizio di equità da parte del giudice comune, ovvero che il bilanciamento potesse avvenire anche tra interessi non degni di tutela costituzionale. Sia detto comunque che l'attuazione immediata dei disposti costituzionali da parte degli organi giurisdizionali, in costanza di un vuoto normativo, si caratterizza come rimedio ad una situazione «patologica», e non può tramutarsi in strumento fisiologico e naturale per garantire, in luogo del legislatore, la effettività dei diritti costituzionali, soprattutto quando si tratti di loro nuove dimensioni o profili.²⁸

Nel caso di specie, per garantire l'effettività del diritto all'autodeterminazione di Eluana, che non poteva più esplicarsi attraverso lo strumento del consenso informato in senso stretto - atto essenzialmente personalissimo - lo si è calato nello stampo della rappresentanza, ovvero della rappresentanza attributiva o *substituted judgement*, ove il rappresentante accoglie e dà esecuzione alla scelta che ragionevolmente avrebbe adottato l'incapace qualora fosse stato in grado di esprimerla.

I limiti (e le garanzie a tutela della libertà del soggetto incapace), posti esplicitamente dalla Cassazione al rappresentante che deve decidere non «per», ma «con» l'incapace, sono connaturati al fatto che la salute è un diritto personalissimo e che - come precisato nell'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 - la libertà di rifiutare le cure «presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive».

4. Argomenti contro il conflitto.

²⁸ Marcerò, *La Corte Costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, Giust. cost., 2000, 3, 1985.

Varie sono le argomentazioni contrarie alla proposizione del conflitto avanzate in sede parlamentare e nel dibattito pubblico, ne vorrei considerare, in sintesi, solo alcune:

a) la sentenza contestata non ha autorità di cosa giudicata se non limitatamente al principio di diritto statuito in sentenza ed è quindi priva del requisito della definitività che deve caratterizzare l'oggetto del conflitto di attribuzione: si tratta di un'obiezione «debole», in quanto è proprio il principio di diritto, affermato dalla Cassazione e a cui il giudice di rinvio si è conformato, a costituirne l'oggetto e ad integrare il profilo dell'interesse a proporre il conflitto.

b) la giurisprudenza costituzionale è univoca nel ritenere che rispetto ad atti giurisdizionali si possa lamentare solo il difetto di potere dell'organo emanante, non potendosi invece sindacare nel merito *errores in iudicando*, né tantomeno l'interpretazione giudiziale della legge, rispetto alla quale il giudice gode di incondizionata autonomia.

Gli atti di giurisdizione quindi possono essere a base di conflitto di attribuzione tra Regioni e Stato, oltre che tra poteri dello Stato, purché il conflitto medesimo non si risolva in mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale (Corte Cost. sentenze nn. 289 del 1974, 98 e 183 del 1981, 70 del 1985, 285 del 1990, 99 e 175 del 1991, 357 del 1996).

Infatti contro gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale valgono i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni, mentre non è possibile supplirvi attraverso il conflitto di attribuzione. A ritenere diversamente, il giudizio presso la Corte costituzionale si trasformerebbe inammissibilmente in un nuovo grado di giurisdizione avente portata tendenzialmente generale. (Corte Cost. sentenza n. 27 del 1999)

Al contrario il rimedio del conflitto di attribuzione relativamente ad atti di giurisdizione è configurabile solo quando sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale (cfr., ad esempio, sentenze nn. 150 del 1981 e 283 del 1986) ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente. In tutti questi casi, il

conflitto verrebbe infatti a configurarsi non come controllo sul contenuto dell'attività giurisdizionale, ma come garanzia di sfere di attribuzioni che si vogliono costituzionalmente protette da interferenze da parte di organi della giurisdizione o che si vogliono riservare al controllo di altra istanza costituzionale. (Corte Cost., sentenza n. 290 del 2007; n. 2 del 2007; n. 150, 222 e 223 del 2007)

In altri termini, alla Corte Costituzionale spetterebbe «risolvere i conflitti di attribuzione ripristinando la corretta osservanza delle norme costituzionali nei casi in cui, a causa di un cattivo esercizio della funzione giurisdizionale, questa abbia dato luogo ad una illegittima menomazione delle attribuzioni costituzionali di un altro potere, ma senza sostituirsi al giudice comune per l'accertamento in concreto dell'applicabilità della clausola di esclusione della responsabilità (sentenza n. 154 del 2004, punto 5 del considerato in diritto).[...] Alla Corte non può richiedersi di sostituirsi al giudice di legittimità nel controllo della corretta applicazione dei principi di diritto enunciati dallo stesso giudice». ²⁹

c) il conflitto di attribuzioni appare privo del requisito di sussidiarietà o residualità che caratterizza necessariamente tale strumento, per cui il conflitto tra poteri non è esperibile quando altri rimedi giuridici (anche di rilievo costituzionale) siano a disposizione dell'organo. «In particolare, è a tutt'oggi ancora nella disponibilità delle parti l'attivazione di rimedi endo-processuali avverso la decisione del giudice di rinvio, mentre, per altro verso, la carenza del requisito di sussidiarietà del conflitto interorganico, si evince dalla possibilità per il Parlamento di evitare tale rimedio, con l'esercizio della funzione legislativa che si assume lesa».

In questo senso, è utile rammentare che al fine di neutralizzare un potenziale conflitto tra potere legislativo e quello giudiziario – in modo naturale e nel rispetto del nostro ordinamento costituzionale – sarebbe pienamente esperibile la via delle leggi di interpretazione autentica, in quanto essendo «la funzione giurisdizionale necessariamente applicativa delle disposizioni vigenti (che il giudice interpreta, attraverso la sentenza, con incondizionata autonomia, accertando e dichiarando la volontà della

²⁹ In dottrina Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, 399; Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 350; Manetti, *Abuso di potere interpretativo da parte di un giudice: un'occasione mancata per un conflitto di attribuzioni*, Giur. cost., 1984.

legge in relazione al caso concreto al suo esame) [...], se la legge muta o se, con un'ulteriore legge, viene attribuito a precedenti disposizioni un determinato significato, il giudice non può non essere vincolato dalla volontà del legislatore - anche perché le pronunce della Suprema Corte, se anche espressione della funzione nomofilattica, non possono assurgere a fonti di diritto - onde non è concettualmente configurabile un conflitto di attribuzione, per cui si debba investire la Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 cost. e degli artt. 37 e 38 l. 11.3.1953 n. 87, fra potere giudiziario e potere legislativo, nè è concepibile uno straripamento di quest'ultimo, per essere intervenuto a regolare un istituto nato nell'applicazione giurisprudenziale». (Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096; Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 1983, n. 1323)

Ove, infatti, il legislatore considerasse una pronuncia giurisprudenziale palesemente confliggente con la *ratio legis* della norma eventualmente interpretata dovrebbe solo riappropriarsi – con l’emanazione di una legge di interpretazione autentica – dell’indirizzo politico ad essa sotteso e non opportunamente «interpretato» nella sentenza del giudice, precisando la regola ed il modello di decisione cui l’esercizio della potestà di giudicare deve attenersi.

In questo senso la stessa Corte costituzionale ha sempre ribadito «che l’intervento legislativo retroattivo, tanto con norma di interpretazione autentica quanto con norma innovativa, opera sul piano delle fonti, ossia della *regula juris* che il giudice deve applicare, e quindi non incide sulla potestà di giudicare e sull’ambito riservato alla funzione giurisdizionale» (Corte cost., 23 luglio 2002 n. 374, in *Giur. cost.*, 2002, 2782 s.). Ammonendo però che quando la legge interpretativa pretende di incidere sui giudicati, essa non si limita più ad operare sul piano delle fonti, ma produce la «lesione dei principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, nonché delle disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi» (Corte cost., 27 luglio 2000 n. 374, in *Giur. cost.*, 2000, 2660).

Un’ultima notazione: nel caso di specie si può asserire che il silenzio legislativo caratterizzandosi come astensione dal fare ciò che per

attribuzione costituzionale il legislatore è competente a fare, potrebbe costituire una violazione del precetto costituzionale.

L'esistenza di un silenzio del legislatore e la possibilità che questo si trasformi in omissione incostituzionale non hanno infatti niente a che fare con l'esistenza di un presunto obbligo di fare che peserebbe sul legislatore, in quanto la violazione della Costituzione non deriva dalla mera mancanza della legge, ma dalle conseguenze giuridiche contrarie a Costituzione che questa assenza provoca.³⁰

Non tutti i silenzi del legislatore comunque costituiscono un'omissione contraria a Costituzione: il silenzio può generare o conservare nell'ordinamento giuridico situazioni non volute dalla Costituzione, imponendo un divieto (un silenzio legislativo lesivo ad esempio del principio di uguaglianza), oppure impedendo l'esistenza di una situazione giuridica garantita dalla norma costituzionale (un diritto fondamentale che non possa essere esercitato per l'assenza della mediazione legislativa): ed è solo nel momento in cui all'omissione consegue una violazione costituzionale che il legislatore non rispetta la sua subordinazione alla norma suprema. L'obbligo di rispettare la Costituzione non c'è soltanto nei casi di riserva di legge, ma deriva piuttosto, in linea generale, dal particolare vincolo che lega il legislatore, in quanto potere dello Stato, alla Costituzione.

Quello oggetto della sentenza della Corte di Cassazione, è un caso di silenzio della legge che viola la Costituzione per ragioni sostanziali, impedendo e/o proibendo (anche per mezzo delle sole disposizioni esistenti, quelle del codice penale) la piena implementazione della situazione giuridica (diritto di autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari) prevista in Costituzione.

L'unico modo che la Cassazione aveva per ovviare a tale omissione era – dando diretta ed immediata applicazione alle disposizioni costituzionali - di elaborare un'interpretazione conforme a Costituzione, essendo solo successiva e residuale l'opzione di ricorrere alla Corte Costituzionale. Qualora non avesse intrapreso questa strada, la Corte di Cassazione

30 Villaverde Menéndez, *L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*, Giur. cost., 1996, 6, 3961.

avrebbe non solo violato il divieto di *non liquet*, ma anche il testo e lo spirito della Carta costituzionale.

5. Il giudice dei diritti e il conflitto.

Dopo aver accennato agli argomenti di merito e procedurali che gli avversari del conflitto hanno proposto, vorrei considerare la matrice culturale del conflitto sollevato, ossia il larvato tentativo di rilegittimare e reintrodurre³¹ l'antico istituto giacobino del *référé législatif*, quale divieto per i giudici di interpretare la legge, riservando tale potere ai Parlamenti e chiedendo ai giudici di rivolgersi ad essi o in caso di dubbio o di contrasto tra diverse sentenze.³²

Tralascio di ripercorrere la lotta tra la concezione del diritto come «giustizia» e la visione del diritto come «legge», tra l'idea del giudice come interprete della società civile e l'immagine del giudice come notaio acritico controllore di attività compiute altrove, che congiunge idealmente Giustiniano alla moderna elaborazione di Pussort³³, per limitarmi ad alcune brevi considerazioni.

Nella relazione alla Commissione Affari costituzionali del Senato, dopo aver premesso «la piena legittimità costituzionale della esplicazione del potere giudiziario nella interpretazione ed applicazione della legge», si è ravvisato nella presunta funzione «creatrice» della giurisprudenza una ipotesi di «usurpazione» dell'attribuzione (costituzionale) di produzione normativa riservata, in via esclusiva, al potere legislativo.³⁴

31 Ricordo le polemiche suscitate dal Disegno di legge n. 1296 presentato nella scorsa legislatura dal Ministro della giustizia Castelli di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze «Delega al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 e disposizioni in materia di organico della Corte di cassazione e di conferimento delle funzioni di legittimità», che prevedeva quale illecito disciplinare «l'adozione di atti e provvedimenti il cui contenuto palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o costituisca esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero riservata ad altri organi costituzionali».

32 Ceccanti, Relazione di minoranza...cit..

33 Cipolla, *Il ricorso ad un'antica suggestione: il giudice «bouche del la loi»*, Cass. pen., 2004, 9, 30.

34 Ainis, *Lasciamo Eluana al giudice*, La Stampa, 29 luglio 2008 per cui «La vera posta in gioco tocca il ruolo dei giudici nell'officina del diritto. Il centrodestra li vorrebbe nudi e proni, e almeno in questo è recidivo: durante la sua precedente esperienza di governo provò a castigare come illecito disciplinare ogni sentenza in contrasto con «la lettera e la volontà della legge». Magari non tutti i senatori ne saranno consapevoli, però oggi il loro voto rispolvera il *Référé législatif*, un istituto in auge nel secolo dei lumi. Perché a

Usurpazione che la Corte costituzionale dovrà valutare, nell'ambito del giudizio per conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato, per definire i confini della discrezionalità ermeneutica del giudice, stabilendo «se spetti o meno alla giurisdizione di risolvere casi non regolati dalla legge, in particolare quando una specifica norma di legge sia costituzionalmente necessaria quale presupposto indefettibile per sentenze o altre pronunce del giudice come quelle in questione».

Prima di affrontare il problema dei limiti dell'interpretazione giurisprudenziale, mi pare interessante analizzare l'accento alle leggi costituzionalmente necessarie che sarebbero presupposto indefettibile della pronuncia del giudice.

Per leggi costituzionalmente necessarie si intendono quelle «leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del referendum priverebbe totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione» (Corte cost. n. 25 del 1981).

Successivamente la sentenza n. 35 del 1997 ha esteso la categoria ricomprendendovi anche quelle «leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione». Da ultimo le sentenze n. 42 e n. 49 del 2000 hanno dichiarato l'inammissibilità anche in ipotesi nelle quali la legislazione oggetto della richiesta referendaria garantisce solo il «nucleo costituzionale irrinunciabile» di tutela di un principio costituzionale.

In particolare la sentenza n. 49 del 2000 ha affermato che le «leggi costituzionalmente necessarie», «in quanto dirette a rendere effettivo un

quell'epoca dinanzi a un'oscurità legislativa, oppure dinanzi a un vuoto del diritto, i giudici dovevano appellarsi direttamente al Parlamento, sospendendo la propria decisione. Senonché al giro di boa del secolo, nel 1804, entrò in vigore il Code Napoléon, che introdusse l'obbligo di rendere giustizia in ogni caso sottoposto alla magistratura. Questo principio è ancora valido e rappresenta la prima forma di tutela per i cittadini. Tant'è che le preleggi al codice civile contemplano l'ipotesi in cui manchi una precisa regola del caso; ma stabiliscono che il caso sia comunque deciso sull'onda di regole analoghe o dei principi generali. Esattamente quanto ha poi fatto la Cassazione per i rasta o per Eluana, applicando rispettivamente il principio costituzionale della libertà di religione o quello di disporre della nostra stessa vita. No, non tocca al Senato la toga che hanno indossato i magistrati. Né del resto il Senato potrà mai far indossare ai magistrati una divisa da poliziotto, da esecutore inerte della legge. Ogni giudice è innanzitutto giudice d'un caso della vita, e nessun caso è uguale agli altri. Lasciamo perciò Eluana al proprio giudice, e così sia».

diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

Quindi anche un'eventuale legge che disciplinasse la materia dei limiti all'autodeterminazione terapeutica o delle scelte di fine vita potrebbe teoricamente rientrare nella categoria della cd. leggi costituzionalmente necessarie.

Da tale conclusione però non deriva necessariamente che sia impedito al giudice comune di dare attuazione a quei diritti soggettivi privi di tutela e di una disciplina legislativa costituzionalmente necessaria.

In questo senso si rammenta che il motivo sul quale la Corte Costituzionale (Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45) ha fondato l'inammissibilità della domanda di abrogazione totale della legge n. 40/2004, era il carattere di normativa costituzionalmente necessaria della legge stessa, in quanto, avendo a riguardo i molteplici aspetti della procreazione assistita, disciplinava una materia che coinvolgeva una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti, rispetto ai quali era perciò indispensabile assicurare un livello minimo di tutela.

Tuttavia, come sostenuto in una precedente pronuncia sull'applicazione dell'art. 235 c.c. in materia di procreazione assistita (Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347), pur essendo compito del legislatore specificare «le garanzie per il nuovo nato [...], non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione [...], ma ancor prima - in base all'art. 2 Cost. - ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità» e pur appartenendo quindi primariamente alla valutazione del legislatore «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana», ciò nondimeno «nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

Escluso quindi che sussista una signoria assoluta da parte del legislatore nel disciplinare materie «eticamente sensibili» che necessitano di un prudente bilanciamento tra diritti, garanzie e valori, si deve riaffermare la legittimità del ruolo di «supplenza giudiziaria» realizzata dai giudici comuni che trova la sua giustificazione nei tempi lenti delle decisioni parlamentari, nella difficoltà di chiudere in norme rigide le vicende della vita che, come ci ricorda Montaigne, è «un movimento ineguale, irregolare, multiforme» ed infine nel ruolo stesso che i giudici svolgono nel sistema costituzionale, adattando i grandi principi alle situazioni concrete.³⁵

Anche la vicenda Englaro può essere, non a torto, riguardata come invero del dilemma della democrazia costituzionale, ossia della conciliabilità tra due principi, quello della garanzia costituzionale e quello della democrazia, che premono in direzioni potenzialmente contrarie, essendo l'uno diretto alla limitazione del potere attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, l'altro all'esercizio della sovranità popolare, attraverso i Parlamenti e le leggi.³⁶

Il dilemma emerge in maniera evidente dalle ragioni sottese al conflitto sollevato, che svela il persistente contrasto tra *due* poteri, il primo dei quali, quello *giurisdizionale*, appare sfuggire a un effettivo controllo delle proprie decisioni (*quis custodiet custodes?*) potendo nel contempo sostituirsi, senza legittimazione sostanziale, all'unico titolare dell'espressione politica in una democrazia, ossia il popolo (in una qualche versione: gli eletti, i parlamenti, la legge).

E' stato tuttavia giustamente osservato che «la democrazia è la giustificazione ultima anche della funzione giurisdizionale, ma quest'ultima non è soggetta, né direttamente né indirettamente, alle regole costituzionali che segnano il circuito democratico, e che prevedono la legittimazione popolare di ogni funzione politica rilevante. Non è il

35 Rodotà, *Chi decide sul morire...*cit, che ricorda come «Un caso assolutamente identico a quello di Eluana Englaro, la notissima vicenda di Terry Schiavo, venne risolto negli Stati Uniti proprio dai giudici che respinsero seccamente le intromissioni del Parlamento, ribadendo un orientamento assunto dalla Corte Suprema fin dal 1990. Nella stessa direzione si muovono da anni la Cassazione tedesca, l'House of Lords, la Corte europea dei diritti dell'uomo. Analizzando le decisioni di quest'ultima, anzi, si è più volte messo in evidenza che ormai i temi del vivere e del morire trovano sempre più spesso le indicazioni di principio e soluzioni».

36 Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, Diritto&Questioni Pubbliche, 2, 2002, 129.

consenso popolare a porsi come misura di legittimazione delle modalità attraverso le quali si esercita la funzione giurisdizionale: ed anzi, si potrebbe dire che tale funzione sta realmente 'altrove' rispetto ai luoghi in cui il consenso (ma anche il dissenso) del sovrano democratico si manifesta». ³⁷

L'azione della magistratura deve quindi essere insensibile alle manifestazioni di consenso o di dissenso e anche se i giudici non operano in un vuoto politico e sociale ed è inevitabile che le loro iniziative e le loro decisioni abbiano conseguenze politiche e giuridiche anche di forte entità, per il buon giudice, che non è soltanto «servitore» della legge, ma anzitutto della Costituzione, il problema dev'essere quello di trovare il bilanciamento tra «l'esigenza dell'equità [che deve essere] soddisfatta senza scavalcare la legge, e il rispetto della legalità [da salvaguardare] senza offendere la giustizia nel caso concreto». ³⁸

Come ha notato Luciano Violante, il conflitto di attribuzione sollevato dal Parlamento riporta a una grande questione politica e costituzionale: «se il giudice sia giudice delle leggi, e quindi debba rifiutarsi di decidere quando non esista una legge da applicare; o sia giudice dei diritti, e quindi, accertata l'esistenza di un diritto, debba pronunciarsi comunque sulla sua tutela». ³⁹

E' indubbio che il giudice ordinario sia nel nostro sistema «giudice dei diritti» in quanto principio cardine è che ogni posizione di diritto (e di interesse) sia azionabile davanti alla giurisdizione. Ma a parte gli artt. 24 e 101 co. 2 Cost., «vi sono le norme sull'applicazione delle leggi in generale [che], come ricordava Gino Gorla, [...] non servono a «guidare» l'interpretazione, ma a risolvere « *il problema dei poteri-doveri del giudice, o del modo di decidere le liti*». Per tali disposizioni, il giudice non può denegare giustizia perché la disposizione *ad hoc* manca o perché nell'ordinamento convivono disposizioni che esprimono norme contraddittorie. Il divieto del *non liquet* si salda perciò con una serie di criteri – guida dell'interpretazione che spesso vengono enunciati come

37 Zanon – Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002, 178.

38 Peretti Griva, *Esperienze di un magistrato*, Torino, 1956.

39 Violante, *Eluana, il diritto e le leggi*, in La Stampa, 1 agosto 2008.

caratteristiche intrinseche alla legislazione – [...] ma più verosimilmente sono (anzitutto) *regole deontologiche* della professione dell'interprete: la sua professione – prima ancora che le *Preleggi* – gli fornisce un ricco strumentario con cui muoversi nell'ordinamento e portarlo ad unità. I tradizionali criteri di soluzione delle antinomie – cronologico, gerarchico, di specialità, di competenza – servono appunto a guidarlo in questa opera, così come lo assistono i raffinati canoni dell'interpretazione giuridica, l'interpretazione letterale, quella sistematica, l'analogia ecc.»⁴⁰

È evidente poi che una legislazione come quella attuale, legata alle contingenti maggioranze o alle emergenze economiche e sociali, ben difficilmente potrà estirpare quel diritto giurisprudenziale che più d'uno, in dottrina e nella classe politica, ritiene ideologicamente inaccettabile. D'altra parte, è la stessa funzione giudiziaria, che trova la sua essenza nella risoluzione dei conflitti, ad imporre alla magistratura di trarre un senso razionale dai contrasti tra norme assenti, mal scritte o coordinate, all'uopo avvalendosi dei più idonei strumenti interpretativi.

In questo quadro, se la sentenza della Cassazione venisse letta senza pregiudizi, se ne scoprirebbero la qualità e il rigore dell'argomentazione, il carattere analitico richiesto dalla complessità della materia, lo sguardo laico ma non ideologico e la consapevolezza del dibattito internazionale che su questi temi si è sviluppato.

La Cassazione ha accertato l'esistenza nel nostro ordinamento di un diritto del malato a rifiutare le cure mediche e ha conseguentemente fissato, sulla base dei principi generali dell'ordinamento, i criteri da seguire per tutelare questo diritto, quando il malato non è più in grado di esprimere la propria volontà. Essa ha svolto quindi il suo ruolo di giudice dei diritti, facendo funzionare - sotto il profilo dell'interpretazione del diritto - la Costituzione e i suoi principi come «il complesso *romanzo*, in cui il giudice si colloca tra molti capitoli già scritti e un nuovo capitolo da scrivere, e quindi nella posizione di chi è determinato dal proprio passato, ma che pure, sulla base di esso, deve scrivere qualche nuova riga: non

40 Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, Relazione al Convegno Annuale 2006 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti avente quale tema «*La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*», in www.associazionedeicostituzionalisti.it

può semplicemente «scoprirla» dunque, ma non può in verità totalmente «inventarla», condizionato com'è da ciò che quel romanzo è stato sin qui». ⁴¹

I giudici, non come «padroni del diritto», ma, più propriamente, «garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, [ossia] della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» ⁴², con la loro pronuncia hanno riconfermato le ragioni inerenti ai principi costituzionali, e i valori che in essi sono custoditi. In fondo - contrariamente a quanto ritiene il Parlamento - si possono lasciare ai giudici anche decisione in materie eticamente controverse purché essi si muovano, come è necessario, nel rispetto di quei valori: un assetto condiviso, che contiene priorità liberali e democratiche e che consente all'individuo di riconoscerlo come proprio.

41 Bongiovanni – Palombella, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, prefazione a Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Dedalo, 2004, 37.

42 Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 2002, 213.