

Seminario di ASTRID  
**Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro**  
Roma, 5 marzo 2009

## **In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e “progetto di vita”**

*Federico Gustavo Pizzetti* \*

### 1. *Premessa*

Il decreto-legge varato dal Consiglio dei Ministri il 6/2/2009<sup>1</sup> in relazione al “caso Englaro” può essere analizzato (perlomeno) da tre punti di vista diversi.

Il primo riguarda la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, previsti dall’articolo 77 della Costituzione per l’adozione dei provvedimenti provvisori con forza di legge, rispetto alle specifiche circostanze di fatto e di diritto alla presenza delle quali il Governo ha ritenuto di dover intervenire sotto la sua responsabilità.

Il secondo attiene alla compatibilità della disciplina contenuta nel decreto-legge con il riconoscimento e la garanzia costituzionale di diritti inviolabili della persona umana, alla luce di principi fondamentali e costituenti l’ordinamento repubblicano nella sua stessa, profonda, radice assiologica.

Il terzo si riferisce, più in generale, alla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato in materia di decretazione d’urgenza, e ai rapporti che nella stessa materia si possono sviluppare con il Governo della Repubblica a maggior ragione ora, in una fase caratterizzata da una costante e indubbia evoluzione della forma di governo verso un significativo rafforzamento del “ruolo” dell’Esecutivo, in generale, e del “*premier*”, in particolare<sup>2</sup>.

In questo contributo, saranno affrontati solamente i primi due aspetti - dei quali si cercherà, peraltro, di mettere in luce lo stretto collegamento che li caratterizza - in quanto ritenuti più direttamente incidenti non soltanto sui problemi costituzionali ed ordinamentali posti dalla “*vicenda*

---

\* *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi di Milano, Facoltà di Scienze politiche* (federico.pizzetti@unimi.it).

Relazione preparata per il Seminario di studio su “*Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e il caso Englaro*”, organizzato da ASTRID, Roma, 5 marzo 2009.

<sup>1</sup> Essendo stato approvato dal Consiglio dei Ministri, ma non emanato dal Presidente della Repubblica, il decreto-legge risulta privo di numerazione.

<sup>2</sup> Su questo v., con riferimento specifico al caso, Vincenzo Lippolis, *Gli equilibri Colle-Governo*, in *il Mattino*, 17/2/2009; Silvio Gambino, *Eluana, Berlusconi e Napolitano*, in *Calabria Ora*, 7/2/2009; Stefano Rodotà, *Giornata nera per la Repubblica*, in *la Repubblica*, 7/2/2009 e, successivamente, dello stesso A., *Lo tsunami costituzionale*, in *la Repubblica*, 9/2/2009; Sergio Stamatì, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in *Astrid/Rassegna*, n. 4/2009; Umberto Allegretti, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2009; Valerio Onida, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2009; Francesco Paolo Casavola, interv., *Casavola: è un dovere cercare sempre più ragionevoli equilibri*, in *il Messaggero*, 9/2/2009; Andrea Manzella, *L’arrembaggio alla Costituzione*, in *la Repubblica*, 9/2/2009.

*Englaro*” nel suo complesso considerata, ma altresì sul dibattito parlamentare tuttora in corso nel Senato della Repubblica rivolto all’adozione di una disciplina organica sul “fine-vita”.

2. *La sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza del decreto-legge adottato dal Governo in relazione al “caso Englaro” e i limiti del giudicato*

Dall’articolazione della stessa lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri prima del varo del decreto-legge del 6/2/2009, le ragioni che hanno spinto il Capo dello Stato a rifiutare l’emanazione del provvedimento d’urgenza riguardano, in primo luogo, l’insussistenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza *ex art. 77 Cost.*<sup>3</sup>.

Innanzitutto, il Presidente rileva che, in generale, i temi della disciplina della fine della vita, del testamento biologico e dei trattamenti di alimentazione artificiale, sui quali il Governo si stava accingendo a intervenire in via provvisoria, non potevano essere considerati “straordinari” nel senso di non essere mai venuti, sino a quel momento, all’attenzione del Legislatore parlamentare.

Anzi, proprio nella misura in cui il decreto-legge si premura di specificare che la norma introdotta è solamente “parziale” (in quanto rivolta all’unico aspetto dell’alimentazione e nutrizione artificiale) e, soprattutto, adottata nelle more dell’approvazione di una completa e organica regolamentazione in materia di fine-vita, è esso stesso a riconoscere che il Parlamento è, da tempo, impegnato a trovare un’esauritiva disciplina « integrativa dell’ordinamento giuridico vigente »<sup>4</sup>.

Il ricorso alla decretazione d’urgenza, piuttosto che ad un rinnovato impegno parlamentare su questi temi, si presenta perciò (secondo il Capo dello Stato) come di per sé “inappropriato” poiché rischia di “anticipare”, e quindi in certo senso di “condizionare”, lo sviluppo di una discussione connotata da straordinaria complessità e delicatezza, e da polifonia di voci anche internamente agli stessi schieramenti politici e nell’opinione pubblica.

L’unico fatto “nuovo” che, a detta del Presidente della Repubblica, può essere occorso, tale da costituire impulso all’azione legislativa del Governo, è, dunque, rappresentato soltanto dalle ultime, drammatiche fasi della “vicenda Englaro”<sup>5</sup>. E tuttavia - osserva lo stesso Capo dello Stato - un eventuale intervento legislativo d’urgenza, con efficacia retroattiva<sup>6</sup>, da parte dell’Esecutivo non avrebbe comunque potuto incidere sulla soluzione che, per lo stesso caso, era stata precedentemente individuata da una decisione giudiziaria definitiva, sulla « base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall’ordinamento giuridico vigente », pena, altrimenti, la violazione del « fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato ». Nell’ottica del

<sup>3</sup> Nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale, si v. le ben note sentt. n. 171/2007 e n. 128/2008.

<sup>4</sup> Come non manca di puntualizzare il Presidente della Repubblica al fine di mettere in evidenza l’*assenza* di un vero e proprio “vuoto” normativo in materia, come talvolta, invece, si sostiene.

<sup>5</sup> Rispetto alle quali lo stesso Presidente Napolitano scrive di condividere le ansietà del Presidente Berlusconi e del Governo.

<sup>6</sup> Va da sé, infatti, che — nella logica del Capo dello Stato — ove il decreto-legge avesse solamente disposto per l’avvenire (*ex art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale*), senza essere applicabile, di per sé, al “caso Englaro”, esso sarebbe risultato comunque privo dei requisiti *ex art. 77 Cost.*, dal momento che non vi era *nessun altro caso analogo “sub iudice”*. Senza contare che sarebbe stato invero arduo comprendere in che termini l’adozione di un provvedimento indifferibile ed urgente in materia di alimentazione e idratazione artificiale volto a regolare esclusivamente casi *futuri e diversi* da quello della giovane donna di Lecco, poteva sposarsi con le stesse dichiarazioni rese alla stampa, prima e dopo l’approvazione del decreto-legge, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In ogni caso, che il decreto-legge del 6/2/2009 potesse avere *anche* valenza retroattiva, lo dimostra l’uso della formula, generica e onnicomprensiva: « in alcun caso ».

Considerazioni sul punto sono state svolte da Tania Groppi, *Incostituzionale un decreto per il caso Eluana*, in *l’Unità*, 6/2/2009.

Capo dello Stato, perciò, incidenza del decreto-legge sul giudicato da una parte, e sussistenza dei requisiti *ex art. 77 Cost.* per la sua emanazione dall'altra, vengono, in certo qual modo, ad insieme intrecciarsi e strettamente saldarsi.

Ora, che la cosa giudicata costituisca una sorta di limite, o, per riprendere una felice formulazione<sup>7</sup>, rappresenti simbolicamente le “colonne d'Ercole” dell'efficacia (retroattiva) della legge, è stato sostenuto<sup>8</sup> sia da parte della dottrina<sup>9</sup>, che della giurisprudenza<sup>10</sup>. Più in particolare, la Corte costituzionale, recependo un orientamento del Consiglio di Stato<sup>11</sup>, ha da un lato affermato l'incostituzionalità di tutti quegli interventi del Legislatore che non si limitino ad operare sul piano delle fonti, generali e astratte, ma espressamente pretendano di interferire in modo esplicito sulle fattispecie concrete oggetto di giudicato<sup>12</sup>; e, dall'altro lato, ha imposto al giudice ordinario di interpretare le disposizioni dotate di efficacia retroattiva conformemente alla Costituzione, cioè a dire in modo tale da far sempre salvo, nei limiti del possibile, il giudicato<sup>13</sup>. Vale la pena ricordare, in questo contesto, che l'individuazione del (precedente) giudicato quale “*extrema Thule*” alla forza (retroattiva) della norma (posteriore) trova la propria giustificazione, nello Stato costituzionale di diritto<sup>14</sup>, non solamente in ragione dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario rispetto al potere legislativo, ma altresì in forza della necessità di assicurare pienamente la tutela dei diritti costituzionali della persona, a partire da quelli processuali<sup>15</sup>.

<sup>7</sup> Di Andrea Pugiotto, *Il legislatore interprete e le “colonne d'Ercole” del giudicato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2662 ss.

<sup>8</sup> In particolar modo con riguardo alle leggi di interpretazione autentica, rispetto alle quali si possono porre più facilmente dubbi in merito a una loro effettiva attitudine a travolgere il giudicato, stante la loro stessa natura interpretativa di quelle disposizioni, applicate a suo tempo dal giudice nel risolvere la controversia sottopostagli. Peraltro, secondo l'orientamento della Consulta, non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva), ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e dei principî generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche (v., a tale proposito, Corte cost., sent. n. 74/2008), oltre che di rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (cfr. Corte cost., sentt. n. 234/2007, n. 274/2006, n. 376/2004, n. 291/2003, n. 446/2002), con la conseguenza che i paletti che lo stesso Giudice delle leggi pone al Legislatore rispetto ai giudicati, si possono ritenere riferibili, ove siano espressivi dei principî generali sopra menzionati, tanto nei confronti delle leggi di interpretazione autentica, quanto nei riguardi delle leggi dotate di efficacia retroattiva.

Sul tema, si v., fra gli altri, *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e Legislatore*, Atti del Seminario di Roma del 5 ottobre 2000, a cura di Adele Anzon, Giappichelli, Torino, 2001; Rolando Tarchi, *Le leggi di sanatoria nel diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>9</sup> Si v. Gustavo Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, 45; Sergio Bartole, *A proposito della riserva della funzione giurisdizionale*, in *Studium juris*, 1995, 157 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., sez. trib., sent. n. 18230/2007; Cass., sez. trib., sent. n. 2091/2004; Cass., sez. 111 civ., sent. n. 4360/2000; Cass., sez. un. civ., sent. n. 733/1989; Cons. St., sez. 1v, sent. n. 692/1995; Cons. St., sez. v1, n. 857/1994.

<sup>11</sup> Cfr. Cons. St., ad. plen., sent. n. 4/1994, e successivamente Cons. St., sez. 1v, sent. n. 692/1995; Cons. Stato, sez. 1v, sent. n. 564/1996; Cons. Stato, sez. 1v, sent. n. 1032/1997.

<sup>12</sup> Come accade, manifestamente, quando la norma considera espressamente tali situazioni irretrattabili, al fine di assoggettarle ad una particolare disciplina: v. Corte cost., sent. n. 374/2000; v. anche Corte cost., sent. n. 525/2000.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 282/2005.

<sup>14</sup> L'osserva Michela Manetti, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 48 ss.

<sup>15</sup> Com'è stato sottolineato in dottrina, infatti, se il principio della incontrovertibilità del giudicato a fronte di successive statuizioni legislative venisse oltremodo allentato, ne discenderebbero preoccupanti conseguenze di sistema. Per un verso, invero, si aprirebbe la strada ad una « giustizia legislativa di stampo politico, che implica la diminuita indipendenza dei giudici, data l'intromissione del Parlamento o del Governo nelle definizioni di cause (...); dove all'applicazione di principî stabili e coerenti di diritto si sostituiscono criteri di opportunità politica, variabili col variare dei casi (...) frutto di una decisione politica di maggioranza, e dunque priva dei connotati di imparzialità ed oggettività propri della definizione ermeneutica giurisdizionale »: così Andrea Pugiotto, *Leggi interpretative e funzione*

Alcuni Autori hanno, peraltro, fatto notare<sup>16</sup> che il decreto della Corte d’Appello del 9/7/2008, in quanto pronunciato in sede di volontaria giurisdizione, non fosse di per se stesso idoneo ad assumere la forza della cosa giudicata ai sensi del combinato disposto dell’art. 324 e dell’art. 742 del Codice di procedura civile.

Altri Autori<sup>17</sup>, invece, concordando con la posizione assunta in tal senso dallo stesso Capo dello Stato nella vicenda<sup>18</sup> e, precedentemente, anche dal Tribunale Amministrativo di Milano nello stesso “*caso Englaro*”<sup>19</sup>, hanno sostenuto che la decisione della Corte ambrosiana dovesse considerarsi “definitiva” e dotata di un’efficacia quantomeno “equivalente” alla *res iudicata*.

Va, infatti, tenuto presente<sup>20</sup> che la Corte di Cassazione, prima con la sentenza n. 21748/2007<sup>21</sup> e poi con la successiva pronuncia, a sezioni unite, n. 27145/2008, non ha punto

*giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 66. Per altro verso, l’irruzione di una “giustizia legislativa” finirebbe per travolgere la logica processuale, permettendo (sia pure in modo del tutto diverso rispetto alla logica del processo) la riapertura di casi conclusi: la stessa cognizione di cosa giudicata verrebbe svuotata dall’interno, soggetta come sarebbe a quel punto a una possibile (e futura, a seconda dell’alternarsi della sensibilità politica del momento, ora per allora) condizione revocatoria: una sentenza non passerebbe perciò mai in giudicato e sarebbe sempre, in potenza, *inutiliter data*, sì da trasformarsi, da atto espressione di sovranità, in quanto pronunciato in nome del popolo italiano, a etereo “*chiffon de papier*”: così in modo articolato, ancora, Andrea Pugiotto, *Il legislatore interprete e le “colonne d’Ercole” del giudicato*, cit. (che richiama il contributo di Francesco M. Ettore, *Quali limiti per l’interpretazione autentica? A proposito di un decreto-legge concernente il personale direttivo dello Stato*, in *Nuova Rassegna*, 1986, 842, e il saggio di Carlo La Farina, *Il giudicato: “atto di sovranità” o “chiffon de papier”?*, in *Foro italiano*, 1990, V, 36).

<sup>16</sup> Nicolò Zanon, *Scelto il principio di precauzione*, in *il Sole 24 ore*, 7/2/2009; e, per certi versi, anche Cesare Mirabelli, “*Quel decreto non era anticostituzionale*”, interv., in *il Giornale*, 8/2/2009.

<sup>17</sup> Cfr. Alessandro Pace, *L’inutilità pratica della legge “per” Eluana*, in *Associazione dei costituzionalisti*; Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in corso di pubblicazione su *Il Foro Italiano*, 2009, parte v, al momento consultabile su *Associazione dei costituzionalisti*.

<sup>18</sup> Ad onor del vero, il Capo dello Stato, a differenza del Giudice amministrativo, sembra piuttosto fondare il suo convincimento circa la natura definitiva del decr. C. d’App. Milano, 9/7/2008, sulla base del fatto che quel procedimento di volontaria giurisdizione ha avuto ad oggetto “*contrapposte*” posizioni di diritto soggettivo, ciò che ha spinto Nicolò Zanon, *rif. ult. cit.*, ad obiettare che, in relazione alla “*vicenda Englaro*”, non si può parlare di una vera e propria “*contrapposizione*” di posizioni differenti, dal momento che il tutore speciale, nominato *ex art. 78 cod. proc. civ.*, ha sempre aderito alle tesi avanzate e sostenute dal tutore.

Va da sé che il comportamento processuale effettivamente tenuto da una delle “parti” non può essere invocato come argomento decisivo per sostenere che il procedimento di volontaria giurisdizione non abbia visto la possibilità di rappresentare astrattamente diverse istanze, a séguito della richiesta di intervento di un tutore speciale, formulata dalla Cassazione nella sua ord. n. 8291/2005. È vero, invece, che la natura “*dialettica*” della vicenda processuale in questione è, *in sé e per sé*, di difficile inquadramento, dal momento che il tutore ha dichiarato di agire per far valere la volontà presunta della tutelata e al protutore spettava, analogamente, di ricostruire la stessa volontà, senza che il padre potesse essere neppure sospettato di avere una posizione conflittuale rispetto a quella della figlia, dal momento che non sussistevano né interessi di tipo ereditario (l’interdetta essendo, invero, nulla tenente e comunque unica figlia), né, più in generale, di tipo economico (essendo l’assistenza della medesima totalmente a carico del SSN), o legati al diretto gravame della cura (dal momento che Eluana Englaro era stata ricoverata presso un Istituto di cura di Lecco).

In questo senso, l’imposizione di un tutore speciale, piuttosto che a fini di protezione della tutelata rispetto ad un possibile conflitto di interessi col proprio tutore, è avvenuta, da parte della Suprema Corte, allo scopo specifico di rafforzare le garanzie in capo all’incapace — rispetto ad un atto personalissimo quale l’interruzione delle cure — nella ricostruzione della sua stessa volontà presunta, facendo sì che a tale indagine prendesse parte anche un soggetto diverso rispetto al tutore.

<sup>19</sup> TAR Lombardia, sez. 1, sent. n. 214/2009.

<sup>20</sup> Al di là del fatto che la stessa disposizione di cui all’art. 742 cod. proc. civ. convive (con tutte le difficoltà di ricostruzione sistematica che ciò implica) con un regime delle impugnazioni dei provvedimenti camerali, basato sul reclamo *ex art. 739 cod. proc. civ.*, e connotato da termini perentori e dall’acquisizione di una efficacia dei decreti, di cui sarebbe difficile giustificare appieno la presenza, ove un qualche tratto di “definitività” non potesse essere acquisito dai decreti stessi una volta non più soggetti a gravame, ma solamente a revoca o modifica, *ex art. 742 cod. proc. civ.*

<sup>21</sup> Si v., *ex multis*, la recente analisi svolta da Marilisa D’Amico, *I diritti contesi*, Milano, Franco Angeli, 2008, 73 ss. e da Carlo Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*,

nutrito dubbi circa la ricorribilità, ai sensi dell’art. 111 Cost., dei provvedimenti adottati dalla Corte d’Appello milanese, riconoscendo, pertanto, a questi ultimi l’attitudine a passare in cosa giudicata, dal momento che il ricorso straordinario in questione è considerato, a tutti gli effetti, in dottrina, proprio come « il rimedio di legittimità tipico ed ineliminabile di ogni provvedimento idoneo al giudicato »<sup>22</sup>.

Non solo: se la strutturale inidoneità a dar luogo alla cosa giudicata dei provvedimenti assunti in sede camerale è strettamente correlata, secondo la stessa, autorevole, dottrina, con un « oggetto sostanziale che *non incide su diritti* o non li incide in situazioni di contrasto »<sup>23</sup>, si deve rilevare che l’oggetto sostanziale del “*caso Englaro*” ha, invece, riguardato *proprio* l’accertamento di un *diritto soggettivo, e di spessore costituzionale*<sup>24</sup>.

E ancora: non va dimenticato che il contenuto dispositivo del decreto-legge non avrebbe interferito soltanto con l’esecuzione del provvedimento camerale di autorizzazione all’interruzione dell’alimentazione artificiale, bensì avrebbe rovesciato lo stesso *principio di diritto* sul quale il decreto della Corte d’Appello di Milano si fondava, il quale era stato formulato dalla Suprema Corte nella sua sentenza n. 21748/2007, e sul quale, nel procedimento “*Englaro*”, era senz’altro sceso il giudicato.

### 3. *Il decreto-legge in merito alla “vicenda Englaro”: un caso “straordinario” o un caso “eccezionale” di necessità ed urgenza?*

Se si possono prendere le dichiarazioni pubblicamente rese in conferenza stampa dal Presidente del Consiglio quale indice attendibile per indagare la volontà — unanime — del Consiglio dei Ministri in un frangente di tale delicatezza istituzionale<sup>25</sup>, la convinzione del Governo di dover procedere lo stesso all’adozione del decreto-legge, nonostante i rilievi previamente e puntualmente formulati dal Quirinale<sup>26</sup>, appare fondarsi sulla constatazione dell’esistenza di una

2008, 569 ss., nonché l’ampio e approfondito *excursus* ricostruttivo di Giuseppe Ugo Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l’art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 85 ss.

<sup>22</sup> Così testualmente Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. 1v, x1x ed., Torino, Giappichelli, 2007, 335, ove anche per ulteriori riferimenti bibliografici; v. in giurisprudenza, Cass., sez. 1 civ., sent. n. 6011/2003.

<sup>23</sup> V. ancora Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, cit., 327–328 (enfasi corsiva aggiunta).

<sup>24</sup> Né, a ben vedere, la configurazione di un tale effetto equivalente al giudicato può considerarsi in contrasto palese con quanto dispone l’art. 742 cod. proc. civ., dal momento che il giudice, a fronte di diverse condizioni di fatto (ad esempio quell’invocato, da taluni, “miracoloso” recupero della coscienza da parte della giovane donna), avrebbe potuto modificare, o revocare, sia pure *in limine*, l’autorizzazione concessa, ciò che invece gli restava precluso essendo proprio il rimettere in discussione il diritto giudizialmente riconosciuto e accertato in capo alla interdetta sul quale il decreto-legge andava ad incidere: ovverosia, come si è detto, quello di ottenere la sospensione della nutrizione e idratazione artificiale, conformemente alla propria volontà anticipata, ovvero alla inequivoca e puntuale ricostruzione del complesso della propria personale concezione della dignità umana compiuta dal tutore e verificata dal giudice.

<sup>25</sup> Sia pure esprimendo propri convincimenti dettati da personale coscienza, il Presidente Berlusconi ha voluto ribadire che l’inerzia dell’Esecutivo in quella situazione avrebbe potuto costituire addirittura una sorta di “omissione di soccorso”; il Ministro Sacconi, invece, ha preferito inquadrare l’agire del Governo nell’ambito di un più sfumato riferimento ad un “*principio di precauzione*”, secondo il quale, in attesa di una legge che comunque non avrebbe potuto ammettere una volontà di rifiuto della idratazione e nutrizione artificiale solo presuntivamente ricostruita, era opportuno sospendere l’esecuzione della volontà in tali termini ricavata nella “*vicenda Englaro*”, ripristinando la somministrazione dei nutrienti.

<sup>26</sup> Osserva, attentamente, Massimo Luciani, *Il potere di emanare non è notarile*, in *il Sole 24 ore*, 7/2/2009, che la delicatezza della materia avrebbe suggerito un’andatura comune dei poteri coinvolti, perché la compattezza delle

condizione di straordinarietà ed urgenza strettamente legata alla necessità — espressamente sottolineata come “*assoluta*” — di intervenire al più presto per “salvare la vita” della giovane donna, messa in condizioni di inequivocabile e attuale repentaglio dall’intervenuta sospensione dei trattamenti di sostegno artificiale, disposta a séguito dell’autorizzazione giudiziale data al padre-tutore.

La salvezza di una vita umana è dunque apparsa al Governo giustificazione più che sufficiente a legittimare anche il superamento di quei confini costituzionali fondamentali che presidiano e tutelano l’esercizio della funzione giurisdizionale da quella legislativa<sup>27</sup>.

Nella “vicenda Englaro”, si era, perciò, alla presenza, nella prospettiva di Palazzo Chigi, di un’urgenza e necessità *straordinarie*, intese nello specifico senso di “*eccezionali*”, in ragione della dimensione stessa dei beni e dei principî costituzionali in gioco<sup>28</sup>. Si sarebbe, dunque, evocata, in quel preciso frangente, quella particolarissima caratteristica del decreto-legge, di costituire l’unico e *ultimo* strumento “di chiusura” del sistema « nella disciplina di interventi veramente eccezionali »<sup>29</sup> in grado, addirittura, di derogare o sospendere provvisoriamente l’ordine delle competenze e delle attribuzioni costituzionali fra i poteri, che un’autorevolissima (ma, invero, non maggioritaria) dottrina costituzionalistica<sup>30</sup> aveva, a suo tempo, messo in evidenza.

Proprio in questa prospettiva, il profilo relativo alla sussistenza dei requisiti di necessità e di urgenza del decreto-legge del 6/2/2009 rispetto ai limiti posti dal giudicato intervenuto nel “*caso Englaro*” viene, invero, ad intercettare e a combinarsi con quell’altro e diverso aspetto relativo, invece, alla “*magnitudine*” (per così dire) della lesività del contenuto del provvedimento provvisorio stesso rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti alla persona in ordine ad atti costrittivi del proprio corpo, che il Presidente della Repubblica, nella propria lettera, sembra aver posto quale seconda, forte, ragione del suo rifiuto di emanazione.

Nella “*vicenda Englaro*”, infatti, non era in ballo “soltanto” il rispetto del principio di intangibilità del giudicato da parte di una sopravvenuta norma di legge nel quadro della separazione e del reciproco rispetto fra i poteri<sup>31</sup>, ma qualcosa (se si vuole) di ancor più coesistente al nostro sistema costituzionale; qualcosa che si muove(va) sullo stesso piano dei valori e dei principî fondamentali dell’ordinamento repubblicano pertinenti alla dignità, all’identità e alla libertà della

---

istituzioni, specialmente in periodi di grave crisi economica e di difficoltà sociale, appare la miglior garanzia della loro reciproca legittimazione e della saldezza del consenso sulle decisioni prese.

<sup>27</sup> Come rimarca (in modo quasi icastico, se si vuole), lo stesso Presidente del Consiglio in conferenza stampa, allorché, a proposito delle ragioni opposte dal Presidente della Repubblica nella sua missiva, si rifà al celebre aforisma: “*fiat iustitia et pereat mundus*” per sottolineare — tutt’*al contrario* — (e, peraltro, non senza un’evidente partecipazione emotiva personale) che, di fronte ad una vita umana da salvaguardare, non si può in nessun caso essere fermati dai “formalismi giuridici”, né tanto meno dal fatto che sia intervenuta una pronunzia dei giudici.

<sup>28</sup> Ne fa cenno Fulco Lanchester, *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in *Federalismi.it*, 9/2/2009.

<sup>29</sup> L’espressione è di Franco Modugno, *Le fonti del diritto*, cap. 11 dei *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura di Franco Modugno, Torino, Giappichelli, 2008, 136.

<sup>30</sup> Il richiamo è, naturalmente, a Carlo Esposito, *Decreto legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. x1, Milano, Giuffrè, 1962, 835 ss e a Carlo Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, v1 ed., Torino, Utet, 1985, 321 ss.

<sup>31</sup> Una circostanza analoga, pur nella ovvia differenza dei sistemi costituzionali, e dello stesso provvedimento adottato, si è avuta nel “*caso Schiavo*”, con la c.d. “prima” *Terry’s Law* (*Public Law* 03–418, 2003 Fla. Stat. 418) poi annullata dalla Corte Suprema della Florida in quanto incostituzionale per lesione del principio della separazione dei poteri (giacché l’atto era stato costruito in modo tale da conferire all’Esecutivo il potere di privare di effetto quanto disposto da una sentenza passata in giudicato) e per eccesso di ingerenza rispetto alle scelte previamente compiute dall’interessato nell’ambito della propria sfera di autonomia, costituzionalmente riconosciuta (*Bush v. Schiavo*, 885 So. 2d 321 (Fla. 2004), *certiorari denied*, 125 S. Ct. 1086 (2005)).

persona umana, e al rapporto fra Stato e individuo rispetto alla salute e alla stessa esistenza in vita (artificiale)<sup>32</sup>; qualcosa, *perciò*, di *ancor meno travolgibile anche* da un atto legislativo che si pretendeva giustificato da condizioni del tutto “*eccezionali*”.

#### 4. *Trattamenti sanitari, “progetto di vita”, quadro costituzionale e “ruolo”, e limiti, della legge*

Nella sua lettera, il Presidente della Repubblica fa esplicito riferimento al combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione, così rimarcando quel collegamento, profondo e strutturale, fra il diritto a non essere sottoposti ad un determinato trattamento sanitario obbligatorio, se non in forza di una disposizione di legge, e fatti salvi, *in ogni caso*, i limiti imposti dal rispetto dell’umana persona, e la libertà personale<sup>33</sup>, riconosciuta e solennemente garantita nella sua “inviolabilità” dalla Carta, la quale ne protegge l’incisione, da parte dei pubblici poteri, in casi e modi predeterminati, con la duplice garanzia della riserva di legge, d’un canto, e della riserva di giurisdizione, dall’altro<sup>34</sup>.

Si tratta, come noto, del quadro costituzionale che fonda, in Italia, il principio della *volontarietà dei trattamenti sanitari*, il cui corollario è rappresentato dal necessario *consenso informato*<sup>35</sup> del malato all’interno dell’alleanza terapeutica che questi contrae col proprio curante, alla luce della valorizzazione dell’autonomia responsabile dell’individuo e del superamento del “paternalismo” in medicina. Il sanitario, *perciò*, non potrebbe operare, neanche nell’interesse o per il diretto beneficio del proprio assistito (salvi i casi di urgenza, nei quali sia materialmente impossibile assumere il consenso), senza la preventiva accettazione, da parte di quest’ultimo, dell’intervento proposto (e spiegato).

Un principio, quello in discorso, che trova positivo riconoscimento non soltanto sul piano costituzionale, ma altresì a livello legislativo (all’art. 33 della l. n. 833/1978) e deontologico (agli artt. 33 e 35 cod. deont. med. 2006), oltre che negli articoli 6 e 9 della Convenzione sui diritti dell’Uomo e la biomedicina, nell’art. 8 della CEDU, nell’interpretazione datane dalla ECHR<sup>36</sup>, e

<sup>32</sup> Cfr. Roberto Romboli, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2009.

<sup>33</sup> Si ricordi, senz’altro, lo studio monografico di Giuliano Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.

<sup>34</sup> È stato osservato da Vittorio Angiolini, *Giurisdizione (riserva di)*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, vol. v11, Torino, Utet, 1991, 329, che la riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13 Cost. può essere fatta valere anche nel senso di escludere che il Legislatore possa intervenire in modo tale da impedire al giudice la piena applicazione dei principi e delle regole costituzionali che assicurano l’inviolabilità delle libertà in questione.

È pur vero che il decreto-legge adottato dal Governo il 6/2/2009 presentava, *prima facie*, un contenuto generale ed astratto, e non provvedimento-concreto, dal momento che non menzionava, perlomeno formalmente, l’unico caso per il quale era stato invero varato, ma proprio le circostanze obiettive della sua emanazione lo rendevano, nella sostanza, rivolto ad imporre — oltre che alla generalità dei consociati — ad una determinata persona una diversa modalità di disposizione del proprio corpo.

<sup>35</sup> Nell’amplessima bibliografia si v., almeno, *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto per il paziente*, a cura di Amedeo Santosuosso, Milano, Giuffrè, 1994; Francesco Dassano, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006; Gianluca Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè, 2008; Paolo Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>36</sup> Cfr. ECHR, sez. 1v, sent. 29/4/2002, *Diane Pretty v. Regina, United Kingdom*, spec. §63; in dottrina, si v., in modo particolare, il commento di Paola Borsellino, *Decisioni di fine vita a confronto: i casi di “Miss B.” e di Diane Pretty*, in *Bioetica*, 2004, 200 ss.

Il 22/12/2008, la Corte europea dei diritti dell’uomo, *Ada Rossi ed altri c. Italia*, dec. nn. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08, 58424/08, ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto contro

nell’articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quest’ultima considerata, dal Trattato di Lisbona, avente valore giuridico pari a quello dei trattati europei, pur se non in codesti ultimi incorporata, ai sensi dell’art. 6 del nuovo TUE<sup>37</sup>.

Che il diritto di cui trattasi — il quale invero contempla anche l’opposto diritto a rifiutare le cure prospettate, oppure a chiederne la sospensione, se previamente consentite — non trovi punta limitazione, allorquando viene in rilievo un trattamento salva-vita o di sostegno vitale, è oggi sostenuto dalla prevalente dottrina<sup>38</sup>, oltre che dalla giurisprudenza tanto di merito (si ricordi, tra gli altri, il ben noto “*caso Welby/Riccio*”<sup>39</sup>), quanto di legittimità<sup>40</sup>.

D’altra parte, la stessa Corte costituzionale<sup>41</sup>, chiamata ad intervenire nel conflitto di attribuzione sollevato dalle Camere nei confronti della Cassazione nell’ambito dello stesso “*caso Englaro*”<sup>42</sup>, non ha ritenuto di dover rilevare, nella decisione dei Supremi giudici della Repubblica, l’esercizio di una funzione creatrice del diritto, bensì solamente di interpretazione ed “applicazione” di quello vigente, anche, e soprattutto, di rango costituzionale<sup>43</sup>. E in quella pronuncia il Supremo Collegio ha affermato, senz’ombra d’incertezza, che il diritto di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, va senz’altro riconosciuto, dovendosi per il vero « escludere che il diritto alla autodeterminazione

lo stesso decr. C. d’App. Milano del 6/7/2008 da sei tutori di cittadini italiani, da sei associazioni composte da parenti e amici di persone gravemente disabili e da medici, avvocati e psicologi che li assistono, e da un’associazione a tutela dei diritti umani; e vale la pena rilevare che, perlomeno stando a quanto ha comunicato in proposito l’ufficio del *Greffier*, la Corte europea avrebbe evidenziato la conformità dei principî di diritto affermati dalla Cassazione nella sent. n. 21748/2007 con gli articoli 2 e 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Sui rapporti fra ECHR e giudici nazionali, v. Paola Bilancia, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del xix Convegno annuale dell’AIC, Padova, Cedam, 2008, 401 ss.

<sup>37</sup> Sui profili problematici posti dalla compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali, v. in particolare Paola Bilancia, *Aspetti e problemi della tutela multilivello dei diritti* in *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, coord. da Francisco Fernández Segado, Dickinson, Madrid, 2008, 435 ss.

<sup>38</sup> Si v., tra gli altri, Beniamino Caravita di Toritto, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 52; Antonino D’Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, 1998, 611; Massimo Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 780 ss.; Sergio P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, 903 s.; Lorenza Carlassarre, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L’ordinamento sanitario, I, L’amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 109; Alessandra Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss., ma spec. 3215; Mario Portigliatti Barbos, *Diritto di rifiutare le cure*, voce, in *Digesto, Discipline Penali*, vol. 1v, Torino, Utet, 1990, 32. In senso contrario, invece, Giorgio Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995, 39 ss. e *ivi* ulteriore bibliografia di riferimento; v. anche Ida Nicotra Guerrera, “*Vita*” e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, Giuffrè, 1997.

<sup>39</sup> Trib. Roma, GUP, sent. n. 2049/2007.

<sup>40</sup> Cass. civ., sez. 111 civ., n. 5444/2006, Cass., sez. 111 civ., sent. n. 14638/2004; Cass., sez. 111 civ., sent. n. 10014/1994; Cass., sez. 111 civ., sent. n. 9374/1997; Cass., sez. 111 civ., sent. n. 364/1997; Cass., sez. 111 civ., sent. n. 6318/2000; Cass., sez. 111 civ., sent. n. 5444/2006; in parte, Cass. civ., sez. 111, sent. 23676/2008; Cass., sez. v pen., sent. 21 aprile 1992, *Massimo*, Cass., sez. 1 pen., sent. n. 26446/2002;

<sup>41</sup> La Corte costituzionale, dal canto suo, ha sottolineato che la libertà di autodeterminazione rispetto al proprio corpo e ai trattamenti sanitari di cui l’individuo può essere oggetto costituisce un vero e proprio diritto inviolabile, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell’uomo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all’integrità fisica con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona: v. Corte cost., sent. n. 238/1996; v. anche, in certo senso, Corte cost., sent. n. 438/2008.

<sup>42</sup> Cfr. Corte costituzionale, ord. n. 334/2008.

<sup>43</sup> Come ha osservato, ancora recentemente, Stefano Rodotà, *La via maestra per il testamento biologico*, in *la Repubblica* del 2/12/2008; v. inoltre l’approfondito e bel commento di Roberto Romboli, *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, 2009, 1, 49.

terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita ».

Nella stessa sentenza, poi, la Suprema Corte ha ricondotto le decisioni “esistenziali” che riguardano i trattamenti sanitari nel più ampio, e costituzionalmente significativo, panorama della *dignità umana*, riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale, sia pure non espressamente, all’articolo 2, e suggellato, in modo invece esplicito, tanto nella Carta dei diritti europea, all’articolo 1, quanto all’art. 1 della Convenzione di Oviedo.

Un concetto e un valore, questo, declinabile sia nel suo significato di caratteristica essenziale e propria dell’uomo in quanto tale, e che si proietta oltre la dimensione del singolo per investire l’umanità alla quale questi appartiene sempre e comunque, sia nel significato che fa riferimento, invece, alla capacità di ciascuna persona, proprio in quanto persona, di dare un senso e un significato alla propria vita. Ed è proprio in questi precisi termini che la dignità s’intreccia, a doppio filo, con il valore, altrettanto fondamentale, dell’*identità personale*, anch’esso tutelato, al pari della dignità stessa, come base dei diritti e delle libertà fondamentali rispetto alle applicazioni della biomedicina, in quella che, nella formula impiegata all’art. 1 della Convenzione d’Oviedo, appare quasi come una sorta di “endiadi assiologica” inestricabile e inscindibile<sup>44</sup>. Sembra, infatti, ben difficile sostenere che le scelte esistenziali che la persona compie riguardo ai trattamenti sanitari, e in modo particolare, quelle che attengono alla profonda “*simbiosi*” con l’*artificialità* della vita *macchinalmente assistita*, non costituiscano parte di assoluto rilievo della propria biografia<sup>45</sup>.

Il valore della “*dignità umana*” e quello della “*identità personale*” risultano, dunque, fra di loro strettamente interconnessi e complementari, per dar “corpo”, a tutto tondo, al *principio personalista*<sup>46</sup>, assunto nell’articolo 2 della Carta costituzionale alla base del *rapporto fra Stato e individuo* voluto dal Costituente. Il primo farebbe, infatti, riferimento al valore, per così dire, “intrinseco” che si deve riconoscere all’essere umano in quanto tale, alla sua stessa esistenza psico-fisica e al suo essere ontologicamente irriducibile a puro “mezzo”, o a mera “cosa”, rispetto alla potenza della tecnica biomedica; il secondo richiamerebbe, invece, l’unicità e irripetibilità della persona, nella sua singolarità e specificità di vita, quale risultato sia dell’indole propria del soggetto, sia delle scelte compiute nel tempo (e, per quel che qui interessa, di quelle progettate), sia del fascio di convincimenti religiosi, etici, morali, filosofici, spirituali, e politici che lo connotano. L’identità personale arricchisce, perciò, nella dimensione della singolarità dell’esperienza di vita, e, per quel che qui rileva, rispetto alle applicazioni della biomedicina, il valore della dignità umana, mettendo in luce come l’“uomo” non sia solo un “*essere umano*”, ma anche, e inscindibilmente, una “*persona umana*”, dotata di una “personalità”, di una “esperienza di vita”, di una “storia”, di un “progetto”, unici e irripetibili, ed evitando che il limite all’agire della potenza della tecnica, nel mantenimento a tempo indefinito del corpo anche in condizioni di impossibilità di guarigione, venga tracciato, di

<sup>44</sup> Suggestivo, in tal senso, Paolo Zatti, *Dimensioni ed aspetti dell’identità nel diritto privato attuale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, 11, 4–5.

<sup>45</sup> Tanto chi sceglie — con, invidiabile, calma sicurezza — di non voler continuare una “vita” totalmente dipendente dalle “macchine”, in condizioni d’irreversibile malattia o incoscienza, quanto chi, al contrario, domanda che sia fatto ogni umano sforzo per prolungare la propria sopravvivenza biologica, pure quando non vi sono più realistiche speranze di guarigione, si può dire, invero, che lo faccia conformemente al proprio “modo di essere” complessivo, alla propria, personale “concezione” della dignità umana.

<sup>46</sup> Antonio Amorth, *Il “principio personalistico” e il “principio pluralistico”: fondamenti costituzionali della libertà e dell’assistenza*, in *Iustitia*, 1978, 416 ss.

volta in volta, soltanto dal mero avanzamento della tecnica stessa, in una prospettiva esclusivamente e “freddamente” tecnologica e non, invece, riccamente e variegatamente “antropologica”<sup>47</sup>.

Tutto questo, beninteso, non significa affatto che la condizione patologica specifica in cui versa un individuo — la quale, peraltro, è parte costitutiva della sua stessa storia personale — giustifichi un qualsiasi affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che la collettività deve continuare ad offrire e che il paziente, al pari di ogni altro appartenente al consorzio civile, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte, legalmente accertata ai sensi dell’art. 1 della l. n. 578/1993. La persona, infatti, deve essere sempre rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dallo stesso, preminente, diritto alla vita e dal connesso diritto alle cure mediche, e ciò a maggior ragione quando si trova in condizioni di estrema debolezza e fragilità, e non è in grado di provvedere autonomamente. Significa, però, prendere atto che mentre un malato, conformemente alla propria personalissima visione della vita, delle condizioni del corpo, della speranza (tanto nell’aldiquà, quanto, secondo il proprio credo religioso, nell’aldilà), può manifestare la volontà fermamente favorevole alla prosecuzione delle terapie, prediligendo un tipo di vita clinicamente sostenuta mediante potenti macchine “*simbionti*”, un altro malato, invece, può ritenere che sia assolutamente contrario alla propria concezione della dignità dell’esistenza proseguire in una vita che è tale solo più “*artificialmente*”.

Le riflessioni sin qui svolte portano, poi, a sottolineare, con particolare forza, il tratto, denso di significato e suggestivo, contenuto nella stessa formula di cui all’articolo 2 della Costituzione (e, in parte, anche in quella di cui all’articolo 3), laddove la “personalità” dell’uomo, in funzione della quale la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili, è accolta in tutta la sua capacità di “*svolgimento*” e di “*sviluppo*” (per riprendere gli stessi termini adoperati dal Costituente)<sup>48</sup>.

Scontato che il Costituente intendesse riferirsi, primariamente, alla dimensione dei rapporti sociali e dell’accesso in condizioni di eguaglianza alle possibilità di progresso individuale (e collettivo), non può essere del tutto escluso che — oggi — la stessa formula, letta in combinato disposto con l’art. 32, comma 2, *secondo periodo* Cost., possa essere richiamata — anche — con riferimento alla “proiezione” dell’identità personale nel “futuro” rispetto ai trattamenti medici. In altri termini, l’articolo 2 (e l’articolo 3) della Costituzione, letto nella prospettiva che qui interessa, accoglierebbe una visione “a tutto tondo” del principio personalista, ponendo al centro del sistema costituzionale la “persona” non soltanto nel suo “essere”, per così dire, “attuale”, ma anche nello “sviluppo” stesso della sua personalità che si proietta, in prospettiva “diacronica”, fino a che la persona è — e resta — “persona”, e quindi anche oltre le soglie della capacità di agire, nell’orizzonte più drammatico dell’esistenza umana incosciente, sino al limite in cui sopraggiunge la morte.

D’altra parte, affermare per un verso che la persona gode del diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, anche a “costo” della vita, ma limitare, per altro verso, il godimento del diritto in questione

<sup>47</sup> Sia consentito, per un approfondimento delle considerazioni svolte in tutto questo paragrafo, oltre che per ulteriori, specifici, riferimenti bibliografici (che esulerebbero dall’economia del presente lavoro), fare rinvio a Federico Gustavo Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.

<sup>48</sup> V. Nicola Occhiocupo, *Liberazione e promozione della persona umana: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, Giuffrè, 1988; e, più recentemente, Gaetano Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Associazione dei costituzionalisti*; nonché gli ampi approfondimenti di Vincenzo Baldini, *Sviluppi della medicina e dialettica dei diritti costituzionali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2005, 240.

alle sole condizioni di capacità di manifestare il consenso informato e attuale, comporterebbe, dal punto di vista della stessa salvaguardia dell’istanza personalistica che anima la Costituzione, e che è alla base della disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari, di pagare il prezzo, altissimo, di una « gravissima discriminazione per chi sia divenuto incapace, dal momento che (si finirebbe) per dover concludere nel senso della mancanza del dovere del rispetto della sua volontà e con essa della dignità della persona che è »<sup>49</sup>.

Emerge, qui, in tutta evidenza, la natura “progettuale” della dichiarazione anticipata di trattamento (o del testamento biologico) nei termini di un vero e proprio “*progetto di vita*”, per mezzo del quale l’uomo — in quanto essere capace di progettualità — formula e rivela il proprio concetto di esistenza, nonché il senso che dà al significato e al mistero della vita umana<sup>50</sup>, e all’interno del quale la “salute” viene a modellarsi su scelte individuali che riflettono l’idea che il soggetto ha di sé, sia nel presente che in proiezione futura.

Se si accoglie questa ricostruzione, allora, il quadro costituzionale non sembra aver nulla in contrario a riconoscere il diritto a esprimersi in modo anticipato, relativamente, beninteso, a *trattamenti sanitari*, per la futura incapacità, anche con riguardo a quelle situazioni drammatiche nelle quali il sofferente si trova a poter vivere — ma, forse, in certe circostanze, sarebbe meglio dire a poter “sopravvivere” — solo a prezzo di un’esistenza artificiale<sup>51</sup>, non più in grado di svilupparsi naturalmente<sup>52</sup>, legata inscindibilmente a “*macchine simbiotiche*”.

Non si tratta, peraltro, del riconoscimento di un diritto “a morire” (con dignità, grazie a mezzi *direttamente e immediatamente idonei ed efficaci* a cagionare il decesso, sia pure in condizioni di sedazione, allo scopo di evitare qualsivoglia sofferenza, che, sicuramente, esulano dalla “copertura” costituzionale di cui all’art. 32 Cost.<sup>53</sup>), bensì, semplicemente, dell’affermazione di un diritto a poter *scegliere la vita che si vuole continuare a vivere*, “accettando” o “rifiutando” in anticipo le cure alle quali si vorrà essere assoggettati (anche da incapaci), quale corollario del principio di volontarietà dei trattamenti sanitari e quale estensione del diritto alla salute, inteso (anche) in termini di libertà di decidere di *lasciare che la natura faccia il suo corso*, senza l’ingerenza della “tecnica biomedicale” e dei “macchinari” che questa mette a disposizione per assicurare, in qualsiasi condizione, la sopravvivenza.

È proprio il collegamento implicito, ma non per questo meno forte e profondo, che si riscontra fra il richiamo alla “persona umana” posto all’art. 32 Cost., secondo comma da una parte, l’inviolabilità della libertà personale di cui all’art. 13, 1° comma Cost., dall’altra, e il riconoscimento e la garanzia degli “inviolabili” diritti dell’uomo, nello sviluppo della sua “personalità”, di cui all’art. 2 Cost., dall’altra parte ancora, che porta a ritenere — come non ha mancato di sottolineare un’attenta dottrina<sup>54</sup> — che il limite che, sulla base dell’articolo 32 della Costituzione, incontra l’esercizio della sovranità popolare, *ex* articolo 1, comma 2 della stessa

<sup>49</sup> È la formula, particolarmente apprezzabile nella sua limpidezza, e senz’altro condivisibile nel suo contenuto, di Alessandra Pioggia, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2009.

<sup>50</sup> Cfr. le suggestive riflessioni di Stefano Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

<sup>51</sup> Lo sottolinea, con specifico riferimento al “*caso Englaro*”, e con considerazioni che si condividono pienamente, il filosofo Giovanni Reale, *Farla sopravvivere è andare conto natura*, in *Corriere della Sera*, 7/2/2009.

<sup>52</sup> Su questo punto, si v., senz’altro, la suggestiva, e molto profonda, riflessione svolta da Giorgio Lombardi, *Intervista sul caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 695 ss.

<sup>53</sup> Come, giova ricordarlo, ha sottolineato la stessa Suprema Corte nella sent. n. 21748/2007, nel “*caso Englaro*”.

<sup>54</sup> Stefano Rodotà, *Civiltà del testamento biologico*, in *la Repubblica*, 24/1/2007.

Carta, che si esprime attraverso la legge, frutto del volere delle Assemblee rappresentative, riguardi proprio il “nucleo” duro dell’esistenza umana, vale a dire quelle soglie dell’“*in-decidibile*” che sono intimamente connaturate all’identità del singolo e alla propria, personale, concezione della dignità umana.

Alla luce di questa ricostruzione del quadro costituzionale, la disciplina sul testamento biologico è chiamata a fissare gli strumenti e a prevedere i meccanismi attraverso i quali il soggetto può essere messo pienamente nella condizione di maturare in modo sereno, e ponderato, le proprie riflessioni sulla malattia, sull’esistenza irreversibilmente incosciente, sul proprio sistema di valori e convinzioni etico–moralì e filosofiche, sulla sua eventuale fede religiosa rispetto alle questioni della vita e della morte, valorizzando tutte quelle modalità di redazione che permettono la *condivisione*, fra il soggetto interessato e i propri cari (oltre che il medico di fiducia), di questo complesso percorso di elaborazione che porta alla fine alla scelta anticipata di cura. In questo senso, non va dimenticato che il testamento biologico è uno strumento che aiuta anche il medico, sollevandolo dal « dover prendere decisioni in maniera autonoma, senza conoscere quali siano le intenzioni e le volontà del paziente »<sup>55</sup>. Occorre peraltro evitare, in senso opposto, di incorrere nei pericoli di un’eccessiva dilatazione della “centralità” della volontà individuale, per non correre il rischio di spezzare — per così dire, dalla parte del paziente — quella stessa “alleanza terapeutica” col medico che presuppone una “relazione” fra due soggetti diversi<sup>56</sup>, o di sostituire, in modo alla fin fine persino paradossale, al paternalismo unilaterale del medico, che sovrappone le proprie ragioni esterne a quelle indicate dal paziente, e che si vuole oggi che sia superato anche rispetto ai pazienti incapaci, l’esecuzione acritica di ogni richiesta del malato, pure qualora appaia frutto di leggerezza, di suggestioni emotive, di erronee valutazioni, di disinformazione.

Tutto questo non significa affatto, beninteso, la riaffermazione della « la tutela assoluta della vita in qualsiasi momento e in qualsiasi condizione anche contro la volontà del suo titolare come bene che la società e lo Stato hanno il dovere di salvaguardare »<sup>57</sup>, ma vuol dire, solamente, che il rispetto della vita umana e il dovere di solidarietà nei confronti di tutti gli appartenenti al consorzio civile (specie se in condizioni di spiccata debolezza) impongono che tanto la formazione, quanto l’esecuzione della volontà anticipata di trattamento sia sottoposta a garanzie giuridiche particolarmente robuste, al fine di assicurare, alla luce dell’articolo 2 della Costituzione, che sia in grado di *promuovere la persona umana* nella sua dignità–identità.

Ora, per quanto nel “*caso Englaro*”, la ricostruzione della volontà presunta di Eluana Englaro non si sia (purtroppo) potuta fondare sulla (sicura solidità di) un documento vergato e sottoscritto di pugno della stessa, resta pur sempre il fatto che l’esito istruttorio compiuto ha convinto, inequivocabilmente, la Corte d’Appello ambrosiana<sup>58</sup> che la ragazza non avrebbe in alcun modo voluto essere un mero soggetto passivo di un trattamento finalizzato al puro sostegno artificiale

<sup>55</sup> Umberto Veronesi e Maurizio De Tilla, in *Testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, Sperling&Kupfer, 2007, xlv.

<sup>56</sup> Cfr. James F. Childress, *The place of autonomy in Bioethics*, in *20 Hastings Center Report*, 1, 12–17 (1990).

<sup>57</sup> Lorenzo D’Avack, *Scelte di fine vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Roma, il Sole 24 ore edizioni, 2006, 63, che sottolinea come l’acquisto della piena soggettività ed autonomia morale del paziente, che trova radice nei diritti fondamentali alla salute, alla libertà, all’eguaglianza e alla dignità, implica che lo Stato accetti di lasciare libero e responsabile l’individuo nella scelta tra opzioni diverse per quanto riguarda la propria salute.

<sup>58</sup> Vale la pena ricordarlo non « senza partecipata personale sofferenza » e nell’esercizio di un compito autorizzatorio valutato « ostico e ingrato, data la gravosa natura delle scelte del tutore soggette in questa sede a controllo e autorizzazione ».

della sua sopravvivenza biologica, proprio in quanto la stessa aveva valutato radicalmente incompatibile con le sue concezioni di vita il permanere in uno stato patologico di totale incapacità motoria e di assoluta deficienza sensoriale, tale da privarla completamente (e irrimediabilmente) della possibilità di muoversi, di sentire e di pensare, sì da restare “passivamente”, come hanno evidenziato i Giudici di secondo grado, come una sorta di “oggetto” in totale balia dell’altrui volontà.

La formulazione stessa del testo del provvedimento provvisorio adottato dall’Esecutivo il 6/2/2009, perciò, non solo *avrebbe inciso col “progetto di vita”* della giovane donna nei termini sopra descritti, violandone il rispetto della sua “dignità–identità”, ma poteva prestarsi ad interpretazioni ancor più estensive e di maggior portata di quanto strettamente necessario per perseguire l’asserito fine di ripristinare, a quella persona, il sostegno vitale sospeso. Il decreto-legge, infatti, avrebbe vietato la sospensione non soltanto della nutrizione “artificiale” o “meccanica”, ma in generale *di ogni tipo* di alimentazione e idratazione; e non soltanto nei confronti di soggetti in stato vegetativo, o altrimenti in condizione di irrecuperabile privazione della capacità di intendere e di volere, ma altresì con riguardo, molto più in generale, a tutti coloro che non fossero stati in grado di “provvedere” *a se medesimi*: anche un malato pienamente capace di intendere e di volere, e dunque in grado di esprimere un consenso o un rifiuto espresso, attuale e informato, alla somministrazione per via chirurgica di nutrienti, ma inabile ad assumerli autonomamente<sup>59</sup> non avrebbe, perciò, (più) potuto vedere onorata la sua richiesta, stante l’obbligo posto, dalla legge, in capo a chi lo “assisteva” di non farglieli giammai mancare.

##### 5. *Il séguito della “vicenda Englaro”: la mozione sull’alimentazione e idratazione approvata dal Senato della Repubblica*

La “vicenda Englaro” non si esaurisce, però, solamente con la mancata emanazione del decreto-legge del 6/2/2009. È noto, infatti, che, nel mentre in cui il Senato della Repubblica si accingeva a discutere e votare il ddl AS n. 1369, nel quale era stato riversato il contenuto del provvedimento urgente<sup>60</sup>, Eluana Englaro è spirata nella casa di cura “La Quietè” di Udine. L’*iter* del disegno di legge veniva, dunque, interrotto e poi abbandonato, a fronte della decisione di riprendere, invece, l’esame dell’intero disegno di legge unificato<sup>61</sup> in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, non prima però di aver approvato una mozione in materia di trattamenti di alimentazione ed idratazione<sup>62</sup>. Ed è nel testo della mozione che si è raccolto, per così dire, il “precipitato” della disciplina che l’Esecutivo avrebbe voluto introdurre col decreto-legge, e che si è cercato, altresì, di dettare le linee guida che avrebbero dovuto orientare lo sviluppo della discussione parlamentare, sia pure nella forma, anomala, di un “impegno” del Senato indirizzato Governo.

<sup>59</sup> Perché affetto, per esempio, da tetraplegia o da sclerosi laterale amiotrofica allo stadio avanzato.

<sup>60</sup> E che il Capo dello Stato aveva subito autorizzato il Governo a presentare alle Camere. Sul punto cfr. gli interessanti rilievi di Antonio Ruggeri, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2009, e di Gaetano Azzariti, *Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il parlamento si apprestava a approvare per bloccare l’esecuzione della decisione “Englaro”?*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2009.

<sup>61</sup> Presentato dal senatore Calabrò il 26/1/2009, e tuttora (4 marzo 2009) pendente in x11 Commissione Igiene e Sanità di Palazzo Madama: TU AS n.ri 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095, 1188.

<sup>62</sup> N. 1-00086, a firma dei senatori Gasparri, Quagliariello ed altri. Contestualmente il Senato respingeva le mozioni a firma dei senatori Finocchiaro, Zanda ed altri, n. 1-00087, e a firma dei senatori Astore, Belisario ed altri, n. 1-00088.

Il testo della mozione *qualifica* l'alimentazione e l'idratazione *in generale* nei termini di forme di sostegno vitale, fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, e prevede che l'una e l'altra non possano essere in alcun caso “*negate*” da coloro che assistono soggetti non autosufficienti.

Ora, è noto che il Comitato nazionale per la bioetica si è in passato espresso<sup>63</sup> nel senso di ritenere l'alimentazione e l'idratazione forme ordinarie di assistenza di base, come tali non costituenti trattamenti medici e sempre dovute, salvo soltanto il caso (estremo) di loro somministrazione alla presenza di una sostanziale impossibilità, da parte del paziente, di metabolizzarli e assimilarli (caso che costituirebbe, invero, una forma di accanimento terapeutico oggettivamente considerato). È altrettanto noto che si tratta di una questione che in campo medico appare molto meno controversa di quanto non lo sia sul piano bioetico, perlomeno stando sia alle regole deontologiche<sup>64</sup>, che alle concordi valutazioni della Società italiana di nutrizione parenterale ed enterale, della *European Society for Clinical Nutrition and Metabolism*, e dell'*American Academy of Neurology*.

L'operazione di qualificazione così compiuta è stata ritenuta, da alcuni, una sorta di “*escamotage*”<sup>65</sup>, volto solamente a sottrarre la nutrizione e l'idratazione dalla sfera di applicabilità dell'articolo 32 della Costituzione, in modo tale da imporre e l'una e l'altra a tutti, nonostante il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari e il limite del rispetto della persona umana. È vero che si sarebbe potuta lo stesso definire la “NIA” come un atto medico, e nondimeno renderla comunque obbligatoria per legge, in quanto trattamento sanitario “determinato” (ai sensi del comma 2 dell'art. 32 Cost.), ma una tale obbligatorietà avrebbe pur sempre cozzato con il dettato costituzionale, dal momento che — come s'è detto — un trattamento sanitario coatto si giustifica, alla luce del combinato disposto fra il primo e il secondo comma dello stesso articolo 32, soltanto nella misura in cui è funzionalizzato vuoi alla tutela della salute di chi vi è sottoposto (fermo restando il rispetto del principio del minor sacrificio possibile per l'integrità psico-fisica dello stesso paziente), vuoi soprattutto, alla *salvaguardia della salute altrui*, quale *interesse generale* della collettività: elementi, questi, sicuramente mancanti nelle circostanze in questione, che riguardano la sola persona interessata e non hanno punta incidenza sullo stato di benessere di altri.

Senza contare, poi, che il limite costituito dal rispetto della dignità e identità della persona umana, quando ci si avventura nel terreno angoscioso dell'esistenza meccanicamente assicurata, impone comunque di valutare con molta attenzione, e con spiccata prudenza, una normativa che finisce, implicitamente, per prevedere l'assoggettamento della persona, la cui vita è magari sostenuta *solamente* in virtù della alimentazione assistita, ad un'esistenza artificiale in condizioni di

<sup>63</sup> Con un parere approvato il 30/9/2005, peraltro, solo a maggioranza, e corredato da opinioni dissenzienti anche molto forti redatte da Mauro Barni, in *Postilla*; e da Luisella Battaglia, Cinzia Caporale, Isabella Maria Coghi, Lorenzo D'Avack, Renata De Benedetti Gaddini, Carlo Flamigni, Silvio Garattini, Lorenzo Guidoni, Demetrio Neri, Alberto Piazza, Marco Lorenzo Scarpelli, Michele Schiavone, in *Nota integrativa*.

A commento, si segnala in particolare Gilda Ferrando, *Nutrizione e idratazione dei pazienti in SVP: a proposito del parere del CNB del 30 settembre 2005*, in *Bioetica*, 2005, 85 ss.

<sup>64</sup> Giova qui ricordare che l'art. 53 cod. deont. med. prevede che, allorché una persona rifiuti volontariamente di nutrirsi, il medico curante ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che il protrarsi del digiuno può avere sulle sue condizioni di salute; tuttavia, se lo stesso paziente, consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, persiste nel non volersi alimentare, il sanitario ha l'obbligo di astenersi dall'assumere nei suoi confronti iniziative costrittive e dal collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale.

<sup>65</sup> Da Alessandra Pioggia, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*, cit.; Massimo Villone, *Cinque risposte dalla Costituzione*, in *il Rifondista*, 7/2/2009, parla, più nettamente, di comportamento “elusivo” della Carta costituzionale.

irrecuperabilità della coscienza e del volere, che lo stesso soggetto può aver considerato ripugnante alla propria, personale, concezione dell’umana dignità.

Il tentativo di portare fuori dall’orbita dell’art. 32 Cost. la “NIA”, attraverso la sua “*dequalificazione per legge*”<sup>66</sup>, non va poi immune pure da altri e diversi rilievi, legati alla *ragionevolezza* della previsione per com’è stata formulata sia (prima) nel decreto-legge del 6/2/2009, sia (poi) nella mozione approvata in Senato. Nel momento in cui, infatti, si “motiva” esplicitamente l’obbligo di somministrazione dei nutrienti sulla base del fatto che si tratta di vere e proprie “forme di sostegno vitale fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze”, si corre il rischio di incappare in alcune, delicate, aporie.

Innanzitutto, ci si potrebbe chiedere in che “misura” — e soprattutto da parte di “chi” — un tale concetto di “sofferenza” può essere riempito di contenuto e di significato specifico, in particolar modo quando si è chiamati a confrontarsi con la situazione di persone che non sono più in grado di percepire alcuna *sensazione* cosciente, o rispetto alle quali l’esistenza, proprio in quanto artificialmente sostenuta da macchinari in condizioni totalmente inconciliabili con la propria concezione della dignità umana, è essa stessa una fonte di permanenti, insopportabili, “patimenti”<sup>67</sup>.

Inoltre, non appare neppure ben chiaro a che cosa l’espressione “fisiologicamente” intenda far riferimento: se, cioè, all’attitudine della “NIA” di sostenere delle funzioni “fisiologiche” fondamentali dell’organismo (e, segnatamente, il metabolismo cellulare), oppure se alla sua caratteristica di essere, in sé e per sé, un atto “fisiologico”, in quanto equiparabile alla comune assunzione, autonoma o assistita, di acqua e di cibo. Non va, infatti, dimenticato che anche quando il corpo è in grado di assimilare le sostanze veicolate al suo interno per via enterale o parenterale, e quindi è capace di metabolizzarle “fisiologicamente”, la somministrazione artificiale di nutrienti e liquidi necessita pur sempre dell’intervento di appositi “macchinari” che, per quanto possono anche richiedere un non elevato livello di competenze professionali per essere fatti funzionare, una volta impiantati, hanno comunque bisogno, per essere installati correttamente, di un atto medico che incide sulla sfera del corpo (al limite anche “chirurgicamente”), e di un periodico controllo da parte di personale sanitario per evitare l’insorgenza di gravi complicazioni; senza contare, poi, che ciò che viene veicolato all’interno dell’organismo non è di certo un comune alimento o bevanda (come talvolta si è portati a credere), bensì un vero e proprio preparato chimico di natura farmaceutica, che richiede una prescrizione medica specifica.

Sorge, infine, il dubbio se la nutrizione e l’idratazione costituiscano, a ben vedere, proprio le uniche forme di sostegno vitale fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze delle quali il Legislatore deve, per forza, prendere cognizione per regolarle separatamente, o se, invece, alla luce

<sup>66</sup> L’espressione è di Alessandra Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2009.

<sup>67</sup> Basterebbe ricordare i sentimenti espressi da Pier Giorgio Welby nella *Lettera al Presidente della Repubblica* del 22/9/2006: « Io amo la vita, Presidente. Vita è la donna che ti ama, il vento tra i capelli, il sole sul viso, la passeggiata notturna con un amico. Vita è anche la donna che ti lascia, una giornata di pioggia, l’amico che ti delude. Io non sono né un malinconico né un maniaco depresso — morire mi fa orrore, purtroppo ciò che mi è rimasto non è più vita — è solo un testardo e insensato accanimento nel mantenere attive delle funzioni biologiche. Il mio corpo non è più mio...[...] [C]he cosa c’è di naturale in un buco nella pancia e in una pompa che ti riempie di grassi e proteine? Che cosa c’è di naturale in uno squarcio nella trachea e in una pompa che soffia l’aria nei polmoni? Che cosa c’è di naturale in un corpo tenuto biologicamente in funzione con l’ausilio di respiratori artificiali, alimentazione artificiale, idratazione artificiale, svuotamento intestinale artificiale, morte-artificiosamente-rimandata? ».

della stessa motivazione introdotta per differenziarle, non si stiano creando dei casi di ingiustificata esclusione rispetto ad altre pratiche terapeutiche o assistenziali<sup>68</sup>.

Parimenti meritevole di attenzione e degno di analisi è, poi, l’impiego, da parte della mozione, di una formula che fa esplicito riferimento alla “*negazione*” della nutrizione e idratazione, a differenza di quanto, invece, prescriveva il decreto-legge del 6/2/2009, che si esprimeva nei termini di un divieto di loro “*sospensione*” da parte del personale di cura.

Sembra, infatti, di potersi ritenere ammessa l’interpretazione in forza della quale ciò che va senz’altro escluso, alla luce della mozione parlamentare, è che una “*richiesta*” di ottenimento di nutrienti e idratanti formulata da una persona non autosufficiente (attuale o anticipata che sia) riceva un “*rifiuto*” da parte di coloro che l’assistono, mentre nulla sembra stabilito nella mozione per quanto concerne l’*opposto* obbligo a che la “*NIA*” venga sempre e comunque applicata pure a fronte di un *rifiuto* o di un *inespresso consenso* da parte di chi vi è assoggettato.

Letta in questi termini, perciò, la mozione nulla aggiunge e nulla toglie a quel che è già pacificamente inammissibile e ripugnante rispetto al principio di eguaglianza e ai doveri solidarietà sociale, oltre che in contrasto con gli obblighi deontologici del medico, stando all’art. 32 cod. deont. med., vale a dire comportamento di discriminazione nei confronti di una persona non in grado di provvedere a se stessa che si esprima nel rifiuto della somministrazione della nutrizione e idratazione artificiale, fondato e motivato sulla “*sola*” ragione dello stato di sofferenza o di *handicap*, senza che la persona in questione abbia espresso la propria volontà, né attualmente, né anticipatamente, oppure nei casi in cui la volontà, pur manifestata, sia nondimeno inefficace, in quanto equivoca o inattendibile, o non applicabile alle specifiche condizioni cliniche che si sono successivamente verificate<sup>69</sup>.

Negli stessi termini ora indicati, la mozione approvata dal Senato all’esito conclusivo della “*vicenda Englaro*” non appare neppure *preclusiva* allo sviluppo di un dibattito parlamentare, in questo, o nell’altro ramo del Parlamento, nel quale la disciplina specifica dell’alimentazione e idratazione artificiale possa essere affrontata anche in *modo diverso* rispetto a come il Governo aveva inteso regolarla nelle more del “*caso Englaro*”.

Ora, esulerebbe dai confini della trattazione della “*vicenda Englaro*” una disamina compiuta e approfondita delle possibili “*alternative*” che si confrontano sul tappeto e che sono, peraltro, destinate, nella vivacità e complessità della discussione in corso, anche a mutare repentinamente. Tuttavia, vale la pena ricordare che, a differenza di altri mezzi di sostegno vitale che possono essere interrotti senza che per forza consegua il decesso, non è mai possibile che un paziente che non può alimentarsi da solo sia in grado di sopravvivere a lungo una volta che la “*NIA*” è stata sospesa o non attuata. Alla luce di questa considerazione, la futura legge sulla fine-vita potrebbe, perciò, richiedere, al fine di riconoscere valore vincolante alla scelta anticipata di rifiuto di tale trattamento formulata dal malato divenuto incapace, uno *standard* più severo e rigoroso di quello previsto per altri tipi di trattamenti sanitari, vuoi dal punto di vista dell’individuazione delle condizioni di

<sup>68</sup> Come — ad esempio — riguardo alla trasfusione di sangue, la quale richiede, invero, un intervento chirurgico non molto più invasivo della “*NIA*” ed è, al pari di questa, assumibile come una forma di sostegno vitale in grado di alleviare la sofferenza.

<sup>69</sup> Si tratta di riflessioni già svolte a proposito dell’atto di indirizzo adottato dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali il 16/12/2008 nei confronti dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, avente ad oggetto “*Stati vegetativi, nutrizione e idratazione*”: cfr. Federico Gustavo Pizzetti, *L’atto del Ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principî di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2009.

malattia o cliniche in presenza delle quali tale richiesta acquista efficacia<sup>70</sup>, vuoi, soprattutto, richiedendo che la decisione di *non* intraprendere o di interrompere la nutrizione e idratazione artificiale possa essere presa, dal fiduciario e dai medici, se — e solo se — prima di perdere la lucidità, il paziente l’ha espressamente e puntualmente contemplata nel proprio testamento biologico, mediante un’apposita manifestazione di volontà, separata e distinta dalle altre istruzioni formulate. In questo modo, si potrebbe contemperare il rispetto della previsione costituzionale che vieta di praticare trattamenti difformi dalla volontà della persona con la salvaguardia, anch’essa costituzionalmente richiesta, del bene della vita della persona stessa, messo in tensione, in modo del tutto particolare, dal venir meno della “NIA”, proprio in ragione del fatto che l’interruzione o la somministrazione di tale supporto vitale porta, presto o tardi, a un inevitabile esito mortale.

##### 5. (Segue) Il “ddl Calabrò” in discussione in Parlamento

Il riverbero del “caso Englaro” non ha investito, invero, solamente la mozione conclusiva della specifica vicenda istituzionale innescatasi con l’adozione del decreto-legge del 6/2/2009. Si è già sottolineato, infatti, che dopo la mozione approvata il 10/2/2009, è ripresa la discussione in x11 Commissione permanente Igiene e Sanità del Senato della Repubblica sul testo unificato del relatore Calabrò.

Avvertito che si tratta di una bozza ancora suscettibile di emendamenti<sup>71</sup>, tanto in Commissione, quanto in Aula (oltre che, va da sé, eventualmente da parte dell’altro ramo del Parlamento), merita osservare che i principî ispiratori di fondo che animano il testo in esame appaiono caratterizzarsi per una notevole lontananza dal quadro ricostruttivo delineatosi a séguito della pronuncia di legittimità intervenuta nel “caso Englaro” (e non solo).

Da questo punto di vista, il “ddl Calabrò” suscita dubbi in merito alla sua piena compatibilità con il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari, di inviolabilità del corpo, di promozione del “progetto di vita” della persona stessa (e dunque di rispetto e valorizzazione della sua “*personalità esistenziale*”), di ricerca di un *quadro compositivo dei valori e dei diritti in gioco*, alla luce della salvaguardia del fondamentale binomio “*dignità–identità*”, così strettamente collegato al *principio personalista* sul quale (tra gli altri) la Repubblica si fonda.

La dignità della persona umana riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, garantita dalla legge in attuazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., viene, nel testo, “scissa” e “separata” dall’identità personale (per nulla menzionata) e collegata alla (“sola”) “*salvaguardia*” dell’uomo, rispetto all’interesse della società e della scienza (primato, questo, senz’altro apprezzabile e, comunque, fissato dall’art. 2 Conv. Ov.), lasciando del tutto in ombra gli altri profili legati al “rispetto” e alla “*promozione*”, a tutto tondo, della *persona*.

La “*bozza Calabrò*” appare ispirata da una certa “diffidenza” verso la valorizzazione dell’*autonomia* del paziente e verso la *promozione* dalla sua *personalità* nelle scelte mediche, tanto attuali, quanto anticipate. Non si nega l’alleanza terapeutica, alla quale, anzi, si tributa un ruolo “prioritario” e, nelle fasi finali della vita, anche un “peculiare valore”, ma la si astringe entro uno schema in larga parte predeterminato, proprio nei suoi capisaldi più delicati, da scelte valoriali e operazionali “forti” compiute, a monte, dal Legislatore.

<sup>70</sup> Senza, però, arrivare sino al punto di considerare soltanto l’accanimento terapeutico obiettivo, vale a dire la cessazione della capacità stessa di metabolizzare quanto assunto per via artificiale.

<sup>71</sup> Di grande interesse il commento, “a prima lettura”, steso da Guido Alpa, *Il disegno di legge sul testamento biologico: note lessicali*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2009.

Non si tratta, a ben vedere, (sol)tanto della qualificazione del “diritto alla vita” come inviolabile (da parte di terzi) e indisponibile (da parte dello stesso soggetto), ai sensi dell’art. 1, — che tale petizione di principio potrebbe essere interpretata semplicemente in senso rafforzativo del mancato riconoscimento di un “diritto a morire” e dell’affermazione del correlato divieto di praticare l’eutanasia<sup>72</sup> (da intendersi, diversamente da quanto sembra fare il “*ddl Calabrò*”, esclusivamente nello specifico senso della somministrazione di sostanze *ex se* in grado di procurare immediatamente e direttamente il decesso, per fini pietosi)<sup>73</sup> — quanto piuttosto dei *limiti* che la legge impone all’esercizio del diritto alla rinuncia ai trattamenti sanitari, anche di carattere salva-vita o di sostegno vitale, il quale comporta il sacrificio non già del *diritto alla vita*, ma del *bene della vita*.

Il proponente Legislatore, infatti, agli artt. 2, 3 e 8, vieta la non attivazione o la disattivazione di trattamenti sanitari “ordinari e proporzionati” alla “salvaguardia della vita” (senza ulteriori specificazioni), dai quali (“in scienza e coscienza”) si possa fondatamente attendere, per il paziente, un “beneficio” (inteso evidentemente nel senso della tutela della “vita” stessa, in qualunque condizione clinica, sino al sopraggiungere della morte legale). Il medico, perciò, può “astenersi” (ma non, evidentemente, anche risolversi per l’interruzione) — e, in buona sostanza, quasi esclusivamente in caso di morte prevista come “imminente” — solamente da trattamenti sanitari “straordinari”, “non proporzionati”, non “efficaci” o non tecnicamente adeguati rispetto agli obiettivi di cura “e/o” di “sostegno vitale” del paziente, senza che quest’ultimo, però, abbia voce alcuna in capitolo. Ne consegue che, com’è stato osservato, di fronte a scelte fondamentali aventi ad oggetto trattamenti sanitari e riguardanti la vita che, in relazione alle disponibilità tecnologiche mediche per un verso, e al decorso naturale delle cose per l’altro, si vuole continuare a vivere, non possono essere fatti valere « i valori fatti propri dalla persona interessata, la sua visione di dignità o il senso che dava alla propria vita »<sup>74</sup>, dovendosi, invece, ricorrere soltanto a valutazioni di carattere “obiettivo”, “eterodeterminate” dal Legislatore e dal medico.

Il ddl, inoltre, anche al di fuori dei casi di terapie di sostegno vitale o salva-vita, riconosce una partecipazione del paziente soltanto all’“*identificazione*” delle cure mediche più appropriate, e non anche alla loro “*condivisione*”, espressione di piena autonomia (*ex art. 1, comma 5*). Lo stesso istituto del consenso informato risulta, perciò, piuttosto limitato — com’è stato acutamente osservato<sup>75</sup> —, nella formulazione dell’art. 4, ai soli casi di “attivazione” del trattamento sanitario, mentre nulla rimane di chiaramente regolato in merito all’interruzione del trattamento stesso su richiesta del malato, una volta che questi vi abbia consentito. È vero che il consenso può essere sempre revocato, anche parzialmente, a’ termini del comma 5, ma resta il dubbio che una tale disposizione possa essere interpretata nel senso di riconoscere come legittimo un dissenso o una richiesta di sospensione di una terapia già in atto, in modo particolare nei casi più delicati e drammatici, poiché questo si scontrerebbe con l’obbligo del medico, previsto dal ddl, di continuare a sostenere le funzioni vitali di base.

<sup>72</sup> Pacificamente accolto nel nostro ordinamento vigente ai sensi degli articoli 575, 589 e 580 cod. pen. e rispetto al quale, tuttavia, l’art. 2, comma 1 introduce fattispecie penalmente rilevanti (“il suicidio assistito”, l’“eutanasia attiva”, “omissiva”, “esplicita”, “surrettizia”) attraverso un’anomala forma di interpretazione “autentica” delle norme richiamate del Codice penale sulla quale ci sarebbe da interrogarsi.

<sup>73</sup> L’affermazione della “indisponibilità” del “diritto alla vita” può anche essere letta nel senso del divieto di atti negoziali che abbiano ad oggetto la disponibilità di codesto diritto.

<sup>74</sup> Alessandra Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, cit.

<sup>75</sup> Sempre da Alessandra Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, cit.

Per quanto concerne la disciplina del “*ddl Calabrò*” specificamente applicabile ai soggetti *incapaci*, essa s’impenna su alcune disposizioni inserite all’interno della regolazione del consenso, da una parte, e sull’introduzione dell’istituto delle “dichiarazioni anticipate di trattamento”, dall’altra.

Senza potersi qui soffermare troppo nel dettaglio, merita di essere rilevato che la “bozza” pare introdurre un sistema “a doppio binario”: l’uno che si applica ove non siano state redatte “DAT”, l’altro, invece, che viene in rilievo nel caso in cui il paziente le abbia formulate.

Nel primo caso, infatti, opera in generale l’art. 4, commi 6, 7 e 8: il consenso all’intervento viene prestato dal tutore in caso di interdizione ai sensi dell’art. 414 cod. civ., o ai sensi dell’art. 349, comma 3 cod. civ., in caso di inabilitazione a norma dell’art. 415 cod. civ.; oppure ancora dall’amministratore di sostegno<sup>76</sup> nei casi in cui questa sia stata attivata e ove nel decreto di nomina sia stata contemplata l’assistenza in ordine alle situazioni di carattere sanitario.

Il Legislatore sembra, perciò, prendere atto che già *oggi*, sia pure attraverso una (invero, piuttosto piccola) estensione della disciplina codicistica vigente, è possibile assicurare un meccanismo decisorio in campo sanitario nei confronti di pazienti non in grado di intendere e di volere basato anche su scelte personali formulate in previsione dell’incapacità<sup>77</sup>, ciò che dimostra — a ben vedere — l’indiscutibile opportunità, ma non la vera e propria necessità, della previsione dello specifico strumento delle “DAT” (che pure lo stesso proponente Legislatore introduce)<sup>78</sup>.

Il secondo “binario” prospettato dal testo unificato contempla per un verso, l’introduzione della “DAT”<sup>79</sup> e, per altro verso, l’istituto del “fiduciario” per la salute<sup>80</sup>.

Merita subito segnalare in proposito l’attribuzione di un valore solamente “*orientativo*” e non già vincolante alle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Va da sé che, proprio in quanto “progetto di vita” — atto di anticipazione di scelte che dovranno essere prese in un tempo futuro e in condizioni di incapacità — il testamento biologico può anche essere considerato *non avente un’efficacia* vincolante, ma questo *non già in linea di principio*, bensì (solo) all’esito dell’*interpretazione specifica* che di esso si dà, una volta compiuto tutto il delicato e complesso processo di ricostruzione della volontà anticipata (che, per forza di cose, riguarda solo situazioni cliniche e terapie “possibili”) rispetto alle circostanze effettivamente verificatisi. Nel *ddl unificato*, invece, è *in radice* escluso qualsiasi effetto cogente alla “DAT”, anche qualora essa risulti pienamente rispondente, in tutti i suoi minuziosi aspetti (e nel suo spiccato formalismo procedurale, richiesto dal proponente Legislatore), alle scelte terapeutiche che debbono esser prese nelle condizioni di fatto date. Lo stesso medico, infatti, è tenuto sempre e solo a

<sup>76</sup> Sul quale si v. in particolare Emanuele Calò, *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>77</sup> Quali che siano le istruzioni che, con atto pubblico, il soggetto può formulare in previsione della propria incapacità sopravvenuta all’interno del regime dell’amministrazione di sostegno, il “*ddl Calabrò*” esclude comunque che l’amministratore possa seguirle, se riguardano trattamenti sanitari in pregiudizio della vita dell’incapace stesso.

<sup>78</sup> Cfr. Trib. Modena, decr., 5/11/2008 e Trib. Modena, decr., 13/5/2008, e, in parte, anche Trib. Siena, decr., 18/6/2007 e Trib. Roma, decr., 20/12/2005.

<sup>79</sup> Redatta in forma scritta, con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere e dopo una puntuale informazione medico clinica, formulata in modo chiaro, libero e consapevole, manoscritta o dattiloscritta, ma sottoscritta sempre con firma autografa, sempre revocabile, anche parzialmente, e avente validità di tre anni, spirato il quale essa perde ogni efficacia, salvo rinnovo (a quel punto anche “a tempo indefinito”...).

<sup>80</sup> Maggiorenne, capace di intendere e di volere, che appone al propria firma autografa al testo contenente le dichiarazioni anticipate.

“prendere in considerazione” — peraltro, “attentamente” — la “volontà” espressa dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata, ma non è in nessun caso obbligato a seguirla. Curiosamente, tuttavia, il medico deve sempre motivare perché ritenga di seguire l’indicazione anticipata del malato (art. 8, comma 1), mentre sarebbe stato più logico, alla luce del principio costituzionale *ex art. 32, comma 2 Cost.*, l’opposto<sup>81</sup>.

Per quanto riguarda, poi, i limiti frapposti all’esplicazione del “progetto di vita” del paziente, gli artt. 5, 7 e 8 si premurano di ribadire il divieto di inserimento nella “DAT” di indicazioni, oltreché finalizzate all’eutanasia, anche in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica, la quale assume, in tal modo — merita rilevarlo — un vero e proprio valore *equiparato* alla legge. Il provvedimento d’iniziativa legislativa limita, in particolare, la non rifiutabilità dei trattamenti salva-vita e di sostegno vitale, dal momento che sono rinunziabili solo i trattamenti sanitari di carattere sproporzionato, futili, sperimentali, altamente invasivi o invalidanti.

Non solo: il medico dovrà valutare qualsivoglia dichiarazione anticipata resa dal paziente secondo alcuni principî posti dal Legislatore (art. 8, comma 2), che finiscono per costituire una trama, la quale “ingloba” e “perimetra” la presa in considerazione della “DAT”, anche dal punto di vista della stessa autonomia professionale del sanitario che si trova a dover compiere le specifiche valutazioni del caso clinico che ha di fronte.

Per quanto concerne l’alimentazione e la nutrizione artificiali, l’art. 5, comma 6 del “*ddl Calabrò*” stabilisce che né l’una, né l’altra possono costituire oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. L’esclusione dal contenuto della “DAT” della “NIA” implica che, rispetto a quest’ultima, il soggetto non possa esprimersi neppure in via meramente orientativa: in tal senso, il “*ddl Calabrò*” va in una direzione ancor più forte di quella seguita dalla mozione approvata dal Senato che, quanto meno, lasciava aperto il caso del “rifiuto” anticipato del dispositivo di sostegno vitale da parte del paziente divenuto incapace. Se ciò non significa che la “NIA” non possa essere mai “sospesa” da parte di chi assiste colui che non può provvedere a se stesso, come voleva, nel suo ancor più marcato rigore, il decreto-legge varato dal Governo, resta il fatto che l’art. 5, comma 6 del testo unificato, collocato in una trama normativa che vieta al medico qualsiasi atto che sia contrario al sostegno della vita e all’alleviamento della sofferenza, implica che l’alimentazione artificiale non potrà, nei fatti, essere quasi mai interrotta, salvo il caso in cui la sua prosecuzione concretizzi un’ipotesi di accanimento terapeutico, ai sensi dell’art. 2, comma 1.

Infine, desta curiosità e perplessità l’inciso di cui al comma 7 dell’articolo 5, secondo il quale la “DAT” assume “rilievo”<sup>82</sup> solo « nel momento in cui è accertato che il soggetto *in stato vegetativo* non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze e per questo motivo non può assumere decisioni che lo riguardano »<sup>83</sup>: tale formulazione, infatti, sembrerebbe circoscrivere anche quel (ridotto) valore che la proposta di legge riconosce al testamento biologico — in quanto mero atto ottativo (soltanto) da tenere in considerazione (ma non da applicare rigorosamente) — ai soli casi di “stato vegetativo”<sup>84</sup>,

<sup>81</sup> Anche se, con un evidente difetto di coordinamento, il successivo comma 4 impone l’obbligo di motivazione pure nel caso in cui il medico decida di disattendere la “DAT”, ma solo se in ragione del fatto che essa non è più corrispondente agli sviluppi delle conoscenze tecnico-scientifiche e terapeutiche.

<sup>82</sup> Formula, questa, piuttosto “a-technica”, visto che non si parla di vera e propria “efficacia”.

<sup>83</sup> Enfasi corsiva aggiunta.

<sup>84</sup> Cfr. Carlo Alberto Defanti, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino, Bollati Boringhieri, 2007.

escludendosi, quindi, il suo venire in rilievo *in ogni altra situazione* d’impossibilità, per il malato, di esprimere un qualsivoglia consenso informato.

#### 6. Hard cases make bad law: leggi “contro” e leggi “per”

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sembra difficile dubitare che la “*vicenda Englaro*” rappresenti, per molti aspetti, e soprattutto nelle sue battute finali, un caso “difficile”.

Un noto aforisma inglese suole mettere in guardia che “*hard cases make bad law*”, ma una situazione forse anche “peggiore” si ha allorché le iniziative legislative che traggono il loro impulso dal caso sembrano quasi deliberatamente essere rivolte e agitate “contro” il caso stesso.

In questa prospettiva, come hanno da ultimo avvertito, con attenta sensibilità istituzionale, i due Presidenti delle Camere, occorre “allontanare” il dibattito parlamentare dal “*caso Englaro*”, “per” far sì, innanzitutto, che si stemperino le tensioni che si sono venute accumulando e, poi, che si promuova un ampio dialogo e un più sereno confronto fra le diverse sensibilità che possono sempre emergere su questioni di tale caratura non soltanto fra i diversi schieramenti, ma anche all’interno delle stesse forze politiche, in modo tale da poter, alla fine, affrontare e risolvere — senza strumentali dilazioni per un verso, ma con tutta la temperanza e la prudenza ch’esse indubbiamente meritano per l’altro, e allo scopo di trovare il più possibile un punto di “intersezione”<sup>85</sup>, per altro verso ancora — tutte le complesse e intricate sfaccettature che impone di considerare un’organica disciplina sul fine-vita, equilibrata e soprattutto sempre, puntualmente rispettosa delle coordinate assiologiche del nostro sistema costituzionale, fondato su precisi valori di dignità-identità della persona umana e di libertà nelle scelte esistenziali che implicano l’accettazione o la rinuncia alle cure mediche (senza per questo invocare, affatto, lo “spettro” dell’eutanasia<sup>86</sup>).

Leopoldo Elia, interrogandosi su quale fosse l’estensione della «pretesa all’autodeterminazione umana per essere compatibile con la dignità della persona» e su quali dovessero essere i limiti entro cui «l’uomo ha potere su stesso, sul proprio corpo e sulla propria vita», ebbe ad osservare che, per dare risposte all’altezza di queste domande, «anche il ricorso al principio di maggioranza, che pure è fondamentale nel governo democratico, può rivelarsi insoddisfacente o per lo meno è da usare con grande cautela». Alla luce di un quadro costituzionale, articolato sui capisaldi costituiti dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., che si rivela altamente “*facoltizzante*”, Elia faceva presente che «se necessarie, però, le votazioni parlamentari in queste materie dovrebbero essere slegate dalla disciplina di voto richiesta dai capigruppo: non dimenticando che le leggi vanno fatte per i credenti e per i non credenti e che le leggi facoltizzanti (...) sono di norma le più adatte ad una società pluralista e multiculturale»<sup>87</sup>.

Si tratta di una riflessione e di un monito che appaiono quanto mai validi e preziosi, anche per il Legislatore (...parlamentare, non “governativo”...) di oggi.

<sup>85</sup> La necessità di trovare punti di equilibrio rispettosi del catalogo assiologico contenuto nel Testo costituzionale, allorché si affrontano questioni bioetiche, è in generale sottolineata da Lorenzo Chieffi, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, a cura di Lorenzo Chieffi, Torino, Paravia scriptorium, 2000, xv1 ss.

<sup>86</sup> Sulla quale, si v., nella dottrina costituzionalistica, l’ampio studio di Chiara Tripodina, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004.

<sup>87</sup> Leopoldo Elia, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Associazione dei costituzionalisti. Atti del Convegno annuale dell’Associazione dei Costituzionalisti*, tenutosi in Napoli, il 26–27 ottobre 2007.