

IL CASO ENGLARO: I PROFILI COSTITUZIONALI

di Carolina Anecchiarico ed Elena Griglio¹

SOMMARIO: 1. Premessa: il caso Englaro alla luce dei principi costituzionali - 2. Il fatto - 3. La decisione della Corte di Cassazione n. 21748 del 16 ottobre 2007 - 4. Le ulteriori decisioni dei giudici - 5. Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato sollevato dalle due Camere - 6. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 334 dell'8.10.2008 - 7. Il tentato ricorso alla decretazione d'urgenza da parte del Consiglio dei Ministri - 8. Il dibattito parlamentare sulle dichiarazioni anticipate di trattamento - 9. Note conclusive.

1. Premessa: Il caso Englaro alla luce dei principi costituzionali

Sul problema della disciplina della "interruzione volontaria della vita", o "eutanasia", ovvero su quello che nelle aule parlamentari è stato definito il "testamento biologico", che, peraltro, richiede un bilanciamento difficilissimo tra valori fondamentali presenti nella nostra Costituzione, da tempo si discute sull'opportunità di un adeguato intervento legislativo; infatti numerose vicende della vita quotidiana hanno spesso portato singole persone (si pensi anche al caso Welby), famiglie e comunità scientifiche a dovere assumere decisioni drammatiche². Al centro di una di queste vicende drammatiche si colloca il caso tragico, che tutti noi abbiamo vissuto attraverso i giornali e la televisione, di Eluana Englaro (in seguito E.E).

Al tempo stesso, come è stato sottolineato in dottrina, si tratta di un "grande caso costituzionale", che induce a riflettere sui principi fondamentali del costituzionalismo: la garanzia dei diritti, la separazione dei poteri, il rapporto tra il diritto e la legge, tra il diritto e la morale³.

In questa sede sarà posto l'accento soprattutto sui primi due aspetti del problema (garanzia dei diritti e separazione dei poteri) che costituiscono il cuore del costituzionalismo moderno e, pertanto, dovrebbero essere al centro dell'interesse degli studenti del primo anno di corso.

Intorno al caso Englaro si è svolto il più antico esempio di lotta tra diritti individuali di libertà e invasività dei pubblici poteri⁴.

Il diritto di rifiutare un trattamento indesiderato per il mantenimento in vita è riconducibile, - come sottolineato dalle decisioni giudiziarie che analizzeremo subito dopo - sia agli articoli 2 e 3 della Costituzione su cui si fondano la inviolabilità della dignità umana e il principio di eguaglianza, sia all'articolo 32 della Costituzione sul diritto alla tutela della salute e all'articolo 13 sulla libertà personale. Il secondo comma dell'art. 32 Cost., in particolare, stabilisce che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. In altri termini, i trattamenti

¹ Il presente contributo è frutto di una elaborazione congiunta; ad ogni modo, i paragrafi dal n. 1 al n. 5 sono stati curati da Carolina Anecchiarico, mentre i paragrafi dal n. 6 al n. 9 sono stati predisposti da Elena Griglio.

² Si ricorda che nel corso della XV legislatura c'era stato, su questi temi, soprattutto presso la 12a Commissione del Senato, un ampio dibattito parlamentare, ed anche i successivi sviluppi nel confronto tra le parti politiche avevano condotto a significative convergenze sulla portata di un possibile intervento legislativo.

³ Così T.GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, Relazione al Seminario di ASTRID su *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, 5 marzo 2009.

⁴ *Idem*

sanitari sono di regola volontari e presuppongono il consenso libero ed informato del destinatario dell'intervento. L'articolo 13 Cost., invece, nel garantire la libertà personale dell'individuo, configura una "libertà negativa", volta ad estromettere i poteri pubblici dalla sfera privata dell'individuo, che si estende nel caso di specie anche alla tutela della libertà morale del singolo. Il che non significa - come è stato osservato - privare completamente i pubblici poteri di un ruolo nella garanzia dei diritti: è, infatti, proprio attraverso la riserva di legge che il potere politico può limitare, nell'ambito di un sistema costituzionale rigido, gli stessi diritti costituzionali⁵, come il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost, ma solo nelle ipotesi consentite e dentro i limiti previsti dalla Costituzione.

Con riferimento al caso in esame, in assenza di un intervento legislativo da parte del Parlamento, sono intervenuti dapprima i giudici, poi la Corte costituzionale e, infine, l'esecutivo con l'adozione di atti abbastanza specifici, alterando così il rapporto tra i poteri, con gravi ripercussioni sulla sfera di alcuni diritti costituzionalmente garantiti.

2. Il fatto

Il 18 gennaio 1992 si verificò un incidente stradale a seguito del quale fu diagnosticato ad E.E. che vi era rimasta coinvolta e che allora era appena ventunenne, un gravissimo trauma cranio-encefalico, da cui derivò prima una condizione di coma profondo, e poi, progressivamente, un persistente stato vegetativo, con perdita di ogni facoltà psichica superiore, quindi di ogni funzione percettiva e cognitiva e della capacità di avere contatti con l'ambiente esterno.

Dopo circa quattro anni dall'incidente, E.E. – essendo stata accertata la mancanza di qualunque modificazione del suo stato – fu dichiarata interdetta per assoluta incapacità con sentenza del Tribunale di Lecco in data 19 dicembre 1996. Fu nominato tutore il padre, B.E..

Dopo altri tre anni circa, in mancanza di una disciplina specifica cominciò una lunga vicenda giudiziaria, snodatasi in alcuni principali procedimenti, in cui il tutore, deducendo l'impossibilità, per E.E. di riprendere coscienza, nonché l'inguaribilità/irreversibilità della sua patologia e l'inconciliabilità di tale stato e del trattamento di sostegno forzato che le consentiva artificialmente di sopravvivere (alimentazione/idratazione con sondino naso-gastrico) con le sue precedenti convinzioni sulla vita e sulla dignità individuale, e più in generale con la sua personalità, ha ripetutamente chiesto, nell'interesse e, in vece della rappresentata, l'emanazione di un provvedimento che disponesse l'interruzione della terapia di sostegno vitale.

3. La sentenza della Corte di Cassazione, I sezione civile, n. 21748 del 16 ottobre 2007

Dopo che il Tribunale di Lecco, in tre procedimenti aveva rigettato l'istanza del tutore B.E., perché ritenuta incompatibile con l'articolo 2 della Costituzione, interpretato come norma implicante una tutela assoluta ed inderogabile del diritto alla vita, e dopo che le suddette decisioni avevano trovato sostanziale conferma in quelle della Corte di appello di Milano e nella stessa Corte di Cassazione (ord. n. 8291 del 2005) che aveva ritenuto "inconfigurabile", in mancanza di

⁵ *Idem*

specifiche disposizioni, un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai diritti c.d. personalissimi, compreso quello alla rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza, il tutore B. E. proponeva nuovamente ricorso formulando la questione in termini diversi. Infatti la Suprema Corte si doveva pronunciare non più, come in un primo momento, sulla surrogabilità del volere dell'incapace da parte del tutore, ma sulla ricostruzione della volontà del primo con il supporto di quest'ultimo che non si sostituisce al rappresentato, ma ne fa "sentire la voce".

Così la Corte di Cassazione con la storica sentenza di rinvio, n. 21748 del 16 ottobre 2007, in sintesi, ha stabilito che:

- in situazioni in cui sono in gioco il diritto alla salute o il diritto alla vita, o più in generale assume rilevanza critica il rapporto tra medico e paziente, il fondamento di ogni soluzione giuridica passa attraverso il riconoscimento di una regola basata su norme di rango costituzionale (in particolare gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione) che mette al primo posto la libertà di autodeterminazione terapeutica;

- pertanto, la prestazione del consenso informato del malato, che comporta non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità o modalità di erogazione del trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla in tutte le fasi della vita, costituisce, di norma, fattore di legittimazione e fondamento del trattamento sanitario;

- il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica non può essere negato neppure a coloro che sono incapaci di intendere e di volere a causa del loro stato di salute, con la conseguenza che nel caso in cui non sia possibile risalire a volontà anticipate del malato, il legale rappresentante (tutore o amministratore di sostegno) è autorizzato ad esprimere la scelta circa le cure che quest'ultimo vorrebbe ricevere o rifiutare, compresa l'interruzione dei trattamenti che tengono artificialmente in vita il rappresentato;

- tuttavia, non solo, il potere-dovere del rappresentante è limitato dal fatto che, essendo la salute un diritto personalissimo, le diverse valutazioni extragiuridiche, della vita e della morte devono sempre essere riferibili al soggetto malato, pure se incapace; ma anche, la scelta del rappresentante deve sempre essere vincolata, nella concretezza del caso, al rispetto del migliore interesse ("*best interest*") del rappresentato.

Inoltre, la Cassazione ha stabilito che, nel caso in cui un malato giaccia da moltissimi anni in uno stato vegetativo permanente, il giudice può autorizzare l'interruzione del presidio sanitario che lo mantiene in vita, su richiesta del tutore, nel contraddittorio con il curatore, qualora ricorrano due condizioni:

- a) la irreversibilità del quadro clinico, connessa all'impossibilità di un recupero della coscienza;
- b) la ricostruzione, sulla base di elementi certi ed inequivocabili, della presunta volontà del paziente.

Tale argomentazione è stata costruita dalla Corte di Cassazione *praeter legem*, mancando una specifica normativa sulla disciplina del fine vita.

La tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione trova giustificazione nel diritto all'autodeterminazione terapeutica e nel principio del consenso informato che, a loro volta, trovano fondamento nelle disposizioni costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 13 e 32, oltreché nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145 (cfr. art. 5), nella Carta dei diritti dell'Unione Europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 (art. 3), nonché, da ultimo, nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. In

questo quadro va menzionato anche il Codice di deontologia medica (16 dicembre 2006) il cui articolo 35 sancisce che “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”.

Con riferimento all’art. 2 Cost., che è la norma-fondamento, nel nostro ordinamento, del riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo, la Suprema Corte ha chiarito che il diritto alla salute o alla vita non possono considerarsi entità esterne all’uomo, ma ad esso strettamente connaturati, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Con riguardo all’art. 3 Cost., la Cassazione ha evidenziato che la prosecuzione della vita non può essere imposta a nessun malato con trattamenti artificiali, quando il malato stesso (anche in uno stato di incapacità assoluta) decida di rifiutarli, prospettando così “un’interpretazione adeguatrice” dell’articolo 3 che, evidentemente, non ha solo lo scopo di assicurare sostegno materiale agli individui più deboli o in difficoltà, come gli incapaci, ma anche quello di garantire la libera espressione della loro personalità, della loro dignità e dei loro valori. E tale diritto ben può esprimersi attraverso la mediazione del tutore-amministratore di sostegno abilitato ad esprimere la “voce” del malato incapace, altrimenti non potrebbe neppure realizzarsi il diritto all’autodeterminazione terapeutica, con una gravissima discriminazione per chi, appunto, sia diventato incapace.

Con specifico riguardo all’art. 13 Cost., la tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione accoglie l’interpretazione estensiva secondo la quale il principio della libertà personale si estende a garantire anche la libertà morale (mentre, tradizionalmente, il riferimento del secondo comma dell’art. 13 Cost. alle “altre restrizioni della libertà personale” è stato interpretato solo in riferimento alle misure restrittive della libertà personale, coerentemente al principio dell’*habeas corpus*).

In relazione all’art. 32 Cost., che tutela la salute come diritto fondamentale dell’individuo, oltretutto come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, previa riserva di legge nel rispetto della persona umana, la Corte di Cassazione, come si è osservato, ha ritenuto che il principio dell’autodeterminazione (per cui le prestazioni sanitarie sono erogate previo consenso informato del paziente) possa essere garantito anche nei confronti di quei pazienti incapaci di intendere e di volere, in riferimento ai quali spetta al tutore ricostruire le volontà anticipate *ex post*, desumendole dalle precedenti concezioni della vita e della dignità. Da questo punto di vista, l’art. 32 Cost., deve essere letto in combinato disposto con il riconoscimento dell’inviolabilità della libertà personale e della dignità di ciascun individuo, in modo da tenere distinti la salute come diritto individuale e come interesse collettivo; se, da un lato, il trattamento sanitario può essere imposto, per legge, quando sia direttamente in gioco l’interesse collettivo, dall’altro, quest’ultimo trova comunque una limitazione nel rispetto della dignità umana⁶.

In virtù di tali argomentazioni, secondo la Cassazione l’affermazione del principio di autodeterminazione fino al limite del sacrificio della vita – qualora siano rispettate le suddette condizioni – non configura né un’ipotesi di eutanasia attiva (perché il malato non sceglie di morire, ma solo di lasciar seguire alla malattia il suo corso naturale), né un’ipotesi di eutanasia omissiva in capo al medico (perché l’obbligo del medico di curare il paziente si arresta di fronte al mancato consenso del paziente).

⁶ Sul punto L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, Relazione al Seminario di ASTRID su *Il potere, le regole, i controlli cit.*

4. Le ulteriori decisioni dei giudici: il decreto 25 giugno 2008 della Corte di Appello di Milano e la sentenza 13 novembre 2008 n. 27145 della Corte di Cassazione. La sentenza TAR Lombardia n. 214 del 22 gennaio 2009

A seguito della pronuncia della Cassazione che aveva rimesso al giudice del rinvio gli accertamenti adeguati per la ricostruzione della “presunta volontà” di Eluana, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall’istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale), la I sezione civile della Corte di Appello di Milano, con decreto del 25 giugno 2008 ha autorizzato l’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale di E.E. Nel motivare la decisione, la Corte di Appello ha infatti ritenuto soddisfatte le principali condizioni richieste dalla Cassazione:

a) quanto all’irreversibilità di coscienza, essa è stata motivata sulla base di una relazione del gruppo di esperti istituito nel 2000 dal Ministero della sanità, secondo la quale la diagnosi di stato vegetativo permanente per definizione implica l’impossibilità di qualsiasi recupero della vita cognitiva; appellandosi a tale documento, la Corte ha conseguentemente ritenuto non necessario procedere ad un accertamento;

b) in merito alla ricostruzione della volontà, mancando prove certe riguardo alla volontà della malata, un ruolo centrale è stato attribuito alla figura del tutore, alla cui testimonianza – unita a quella di alcuni conoscenti che riferivano frasi pronunciate dalla malata - è stata riconosciuta la natura di prova chiara, univoca e convincente, secondo quanto richiesto dalla Cassazione.

La decisione della Corte di appello ha avuto un impatto molto forte sulla pubblica opinione, in quanto sembra aver portato la decisione della Corte di cassazione alle sue estreme conseguenze.

La sentenza della Corte di cassazione, infatti, come si è osservato, ha segnato – almeno a livello mediatico – un’apertura nei confronti del cd. “testamento biologico”, l’atto di disposizione con cui un soggetto, nel pieno possesso delle sue facoltà, predetermina i suoi orientamenti in merito alle terapie che gli potranno essere somministrate (in coerenza, quindi, con il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari di cui all’art. 32, comma 2 Cost.) qualora dovesse subentrare in una condizione di incapacità di intendere e volere. Se, infatti, il testamento biologico non è, ad oggi, ancora riconosciuto e disciplinato dalla legislazione vigente, la pronuncia della Corte di cassazione dell’ottobre 2007 sembra aver costituito un primo passo verso la sua affermazione, almeno in chiave giurisprudenziale.

Il decreto della Corte di appello, in realtà, sembra aver portato alle sue estreme conseguenze il ragionamento implicito nella decisione della Corte di cassazione: riconoscendo come sufficiente che il tutore si faccia portavoce della volontà che il paziente in stato vegetativo avrebbe espresso se cosciente, il decreto del 25 giugno 2008 sembra, infatti, aver reso superfluo lo stesso testamento biologico.

Contro questa decisione della Corte di Appello di Milano è stato proposto ricorso in Cassazione dal Pubblico Ministero (in materia civile), ma le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte, con la sentenza n. 27145 del 13 novembre 2008, hanno dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di legittimazione da parte del P.M. presso la Corte di merito.

La vicenda giudiziaria è stata definitivamente chiusa dal TAR Lombardia con la sentenza 22 gennaio 2009, n. 214, che ha annullato l’atto dell’amministrazione sanitaria regionale lombarda – nelle cui strutture E.E era ricoverata al momento dell’emanazione delle suddette sentenze - che

aveva tentato di impedire la realizzazione della pretesa alla sospensione del trattamento vitale al paziente in stato vegetativo permanente⁷.

Con la decisione n. 214 del 2009, il TAR, richiamando il principio di legalità, ha riconosciuto come sia doveroso per l'amministrazione del servizio sanitario assicurare il ricovero anche al paziente in stato vegetativo permanente che, su richiesta del proprio tutore, si sia visto riconoscere dal giudice tutelare il diritto a veder sospesi i trattamenti medici che lo tengono in vita. Il rifiuto di ricovero ospedaliero dovuto al fatto che il malato ha preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto all'interruzione è illegittimo in quanto si concretizza, di fatto, nella limitazione di un diritto fondamentale. Il principio del consenso informato, che presiede alla somministrazione di qualsiasi trattamento medico, contempla anche la possibilità di rifiuto di cure.

5. Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato sollevato dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica.

Nelle more dell'approvazione di una legge specifica nella materia del cosiddetto "testamento biologico"⁸, posto che il nostro è un sistema di diritto scritto e non di *common law*, i due rami del Parlamento, all'inizio di questa XVI legislatura, sulla base della propria autonomia regolamentare, a maggioranza e con un'ampia astensione dell'opposizione, hanno sollevato conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale nei confronti della Cassazione (che aveva emanato la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748), e della Corte di appello di Milano, (che aveva adottato il successivo decreto in data 25 giugno 2008). In particolare, la Camera dei Deputati, su proposta dell'Ufficio di Presidenza, ha deliberato, dopo un ampio dibattito⁹, per l'elevazione del conflitto di attribuzione, affermando che i giudici, nel riconoscere il diritto alla rinuncia alle cure al paziente in stato vegetativo permanente, avevano leso la sfera di poteri costituzionalmente attribuiti agli organi del potere legislativo, travalicando i limiti della funzione ad essi affidati dall'ordinamento, esercitando in concreto attribuzioni proprie del potere legislativo in una materia priva di disciplina legislativa, "e comunque interferendo con le prerogative delle Camere, ponendo a fondamento delle loro decisioni presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria".

Analogamente il Senato, a conclusione di una procedura d'esame della materia svolta dalla 1a Commissione permanente, ai sensi dell'art. 50, comma 1, del Regolamento, ha sollevato il conflitto di attribuzione nei confronti della Corte di Cassazione, espressione del potere giudiziario, sostenendo che quest'ultimo si era materialmente sostituito al potere legislativo, al quale solo spetta la funzione nomogenetica a fronte di quella nomofilattica, attribuita al primo; e ciò in aperto contrasto con il principio di separazione dei poteri, espresso anche nella teoria della costituzione scritta, alla garanzia del quale il giudizio per conflitto di attribuzioni è preordinato¹⁰. Quindi anche

⁷ Si tratta della delibera che il Direttore generale della direzione sanità della giunta regionale della Lombardia ha adottato il 3 settembre 2008 affermando l'impossibilità del servizio sanitario lombardo di dare soddisfazione alla pretesa di sospensione del trattamento di idratazione e nutrizione artificiale, adducendo che "il provvedimento giurisdizionale di cui si chiede l'esecuzione non contiene un obbligo formale a carico di soggetti o enti individuati". In realtà, ulteriori ostacoli all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale sono venuti dall'amministrazione statale con un atto di indirizzo del ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali rivolto alle regioni e alle province autonome, in cui si invitava le strutture sanitarie a non accogliere malati in stato vegetativo (è chiaro il riferimento al caso di E.) per concretizzare la sospensione delle cure, definendo l'interruzione della nutrizione e idratazione artificiale come una forma di discriminazione fondata sulla inabilità del paziente.

⁸ Cfr., *infra*, sul disegno di legge "Calabrò", di unificazione dei disegni di legge A.S./XVI, n. 10 e connessi.

⁹ Cfr., Camera dei Deputati, XVI legislatura – Aula – Resoconto stenografico, seduta n. 46 del 31 luglio 2008

¹⁰ Cfr., Senato della Repubblica, XVI legislatura – Aula – Resoconto stenografico, seduta n. 55 del 1° agosto 2008.

il Senato ha ritenuto che la sentenza della Corte di Cassazione si configurasse come atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell'ordinamento normativo vigente, adottato per via giudiziaria dal giudice di legittimità al quale compete, invece, la verifica della corretta applicazione del diritto vigente da parte dei giudici di merito. Da questo punto di vista la Corte costituzionale, nell'ambito del giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, avrebbe dovuto definire i confini della discrezionalità ermeneutica del giudice, indicando – con particolare riferimento al caso Englaro – il limite oltre il quale tale potere finisca per ledere l'esercizio della funzione legislativa che, come noto, spetta collettivamente alle due Camere ai sensi dell'articolo 70 della Costituzione; distinguendo, in ultima analisi, il potere (esclusivamente parlamentare) di creazione *leges* da quello (esclusivamente giudiziario) di enucleazione degli *iura*.

6. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 334 dell'8.10.2008

La Corte costituzionale ha risolto il conflitto sollevato dalle Camere giudicandolo inammissibile, con ordinanza n. 334/2008, per assenza del requisito oggettivo. La Corte ha, infatti, richiamato la propria giurisprudenza in ordine ai limiti entro i quali è consentito sollevare conflitto di attribuzione nei confronti dell'operato di un giudice, senza trasformare il ricorso alla Corte in un "atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici". In altri termini, con l'ordinanza in oggetto la Consulta ha inteso ribadire l'esigenza che il conflitto di attribuzione sia utilizzato come rimedio per quelle situazioni di contrasto tra poteri che diversamente non riuscirebbero a trovare soluzione, evitando che esso si trasformi in un generico strumento per giudicare sul merito dell'operato di un altro potere.

In linea con tale orientamento, la Corte ha escluso che i provvedimenti giurisdizionali impugnati dalle Camere potessero essere sanzionati in quanto implicanti l'esercizio di funzioni di produzione normativa. Nulla vieta al Parlamento di adottare, in qualsiasi momento, una specifica normativa che regoli la materia, in funzione del perseguimento di un adeguato bilanciamento tra i fondamentali beni costituzionali coinvolti. Il legislatore, infatti, è sempre libero di decidere se, quando e come intervenire a disciplinare una determinata materia, nonché se adottare una disciplina estremamente dettagliata che limiti i margini di discrezionalità operativa della legge (vincolando così lo stesso operato dei giudici) ovvero se adottare una regolazione "a maglie larghe" che lasci ampi spazi di intervento all'interpretazione. In questi termini, si può ritenere che la scelta (di per sé sempre consapevole) del legislatore di non intervenire in un dato settore corrisponda implicitamente alla volontà di rimettere all'interpretazione dei giudici la regolazione del caso concreto.

Con queste argomentazioni, la Corte ha sancito che, fintanto che il Parlamento non interverrà ad approvare una disciplina della materia, spetterà al giudice, a fronte della lacuna legislativa, ricercare nel complesso sistema normativo l'interpretazione maggiormente idonea ad assicurare la protezione di tutti i beni costituzionali coinvolti.

L'ord. n. 334/2008 in esame si pone – come già osservato – in linea di continuità con la pregressa giurisprudenza costituzionale sui possibili rimedi per ovviare alle lacune legislative. Nella giurisprudenza più recente (in particolare, sentt. n. 11 e 347/1998), infatti, la Corte ha più volte auspicato un'applicazione diretta dei principi costituzionali, affermando che "spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente a Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina".

In caso di lacuna normativa, quindi, il giudice deve procedere direttamente all'applicazione dei principi costituzionali, non solo a seguito di una loro interpretazione, ma anche attraverso un bilanciamento tra gli stessi.

7. Il tentato ricorso alla decretazione d'urgenza da parte del Consiglio dei Ministri

Il 6 febbraio u.s. il Consiglio dei Ministri, al fine di evitare che venisse data attuazione al decreto della Corte d'appello di Milano, ha adottato un decreto legge il cui contenuto, racchiuso in un unico articolo, recitava quanto segue:

“In attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi”.

Il provvedimento intendeva introdurre una norma generale ed astratta che qualificava espressamente l'alimentazione e l'idratazione artificiali come “forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze” che, ponendosi al di fuori della categoria dei trattamenti sanitari ex art. 32 della Costituzione (anche se sul punto, come si vedrà, non vi è ancora un orientamento univoco nel dibattito politico), non possono essere rifiutate dai soggetti interessati, né sospese da chi assiste pazienti in condizioni di incoscienza.

Il contenuto del decreto legge, pur formulato in termini generali ed astratti, presentava come suo principale destinatario proprio il caso di Eluana Englaro, ponendosi come obiettivo quello di impedire l'avvio della procedura di graduale sospensione della terapie vitali. Proprio in riferimento al caso Englaro sono, infatti, stati giustificati i presupposti di necessità e urgenza, che l'art. 77 della Costituzione affida alla valutazione del Governo ai fini del ricorso alla decretazione d'urgenza.

Il decreto legge adottato dal Consiglio dei Ministri il 5 febbraio 2009, tuttavia, non è mai entrato in vigore. Il Presidente della Repubblica (che già in una precedente lettera inoltrata al presidente del Consiglio dei Ministri aveva invitato l'esecutivo a non approvare il decreto, ipotizzando l'impossibilità di firmare il decreto), richiamando analoghi precedenti, ha, infatti, negato l'emanazione del decreto legge, che conseguentemente è rimasto inefficace e quindi non è entrato in vigore.

Le motivazioni che hanno indotto il Presidente della Repubblica a non firmare il decreto, contenute in una lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, fanno perno in primo luogo sull'assenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost: il Capo dello Stato ha, infatti, ritenuto inappropriato il ricorso al decreto legge rispetto all'adozione, con legge ordinaria del Parlamento, di una disciplina organica della materia, negando che l'impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso possa configurarsi come condizione straordinaria di necessità ed urgenza ai sensi dell'art. 77 della Costituzione.

In nome del fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato, il Presidente della Repubblica ha pertanto ritenuto che non si possa disattendere la soluzione che proprio per il "caso Eluana" è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente. Il riferimento, evidentemente, è al decreto della Corte d'appello di Milano che ha dato applicazione al principio di diritto fissato da una sentenza della Corte di cassazione e che, al pari di questa, non è stato ritenuto invasivo da parte della Corte costituzionale della sfera di competenza del potere legislativo.

In subordine, il Capo dello Stato ha espresso gravi perplessità nei confronti dell'adozione di una disciplina dichiaratamente provvisoria ed a tempo indeterminato che regoli le modalità di tutela di diritti della persona costituzionalmente garantiti dal combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione.

Con queste argomentazioni, nella richiamata lettera del Capo dello Stato si è ritenuto sussistente il potere presidenziale di rifiutare la sottoscrizione di provvedimenti di urgenza manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 della Costituzione o per altro verso manifestamente lesivi di norme e principi costituzionali. Tale potere - di per sé non espressamente previsto dalla Costituzione (che prevede un potere presidenziale di rinvio solo rispetto alla promulgazione delle leggi) ed oggetto di ampi dibattiti in seno alla dottrina - discenderebbe, in particolare, dalla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Presidente della Repubblica, come confermato da alcuni precedenti consistenti sia in formali dinieghi di emanazione di decreti legge, sia in espresse dichiarazioni di principio da parte del Capo dello Stato.

8. Il dibattito parlamentare sulle dichiarazioni anticipate di trattamento

A seguito del diniego del Presidente della Repubblica all'emanazione del decreto-legge, il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge recante contenuto identico rispetto a quello del decreto. Il disegno di legge è stato tempestivamente trasmesso al Senato della Repubblica, per l'avvio di un *iter* parlamentare che, nelle intenzioni originarie dei proponenti, doveva essere rapidissimo. Essendo nel contempo stata avviata nella clinica di Udine la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione ad Eluana Englaro, l'obiettivo era quello di giungere all'approvazione di una legge che vietava la sospensione o il rifiuto di queste forme di sostegno vitali prima che tale intervento si rendesse inutile, a causa della morte della paziente.

Il disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri lo stesso 6 febbraio (a seguito della comunicazione, da parte del Capo dello Stato, del diniego all'emanazione del decreto legge), nella mattina del 9 febbraio ha iniziato il suo iter parlamentare presso la XII Commissione Igiene e Sanità del Senato; nel pomeriggio dello stesso 9 febbraio il provvedimento è stato trasmesso all'Assemblea. Mentre l'aula stava discutendo sul testo del disegno di legge trasmesso dal Governo, i media hanno annunciato la morte di E.E..

L'avvenimento ha determinato un'immediata sospensione della seduta, ed anche della discussione sul provvedimento. L'*iter* parlamentare è, infatti, ripreso solo nelle successive settimane, con tempi molto più ampi per il dibattito e con l'intenzione di giungere all'approvazione di un testo che non si limitasse a dettare una disciplina transitoria della materia (come previsto dal disegno di legge governativo), ma che provvedesse a regolare in via esaustiva il problema.

Con questi intenti, si è avviato presso la XII Commissione del Senato un confronto politico tra i gruppi parlamentari, che ha portato all'adozione di un testo unificato - molto più ampio ed articolato del ddl governativo originario - finalizzato a regolare le cosiddette "Dichiarazioni anticipate di fine vita", una sorta di testamento biologico dal quale sono tuttavia stati esclusi gli interventi relativi alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione. In questi termini, il provvedimento ha confermato la scelta originariamente operata dal Governo di escludere dall'ambito della volontarietà e del consenso quegli interventi di alimentazione ed idratazione che

devono essere sempre garantiti ai pazienti, indipendentemente dalle relative forme di somministrazione e dalle condizioni cliniche dell'assistito.

Il testo unificato licenziato dalla XII Commissione del Senato della Repubblica è stato discusso ed approvato dall'Assemblea di questo ramo del Parlamento il 26 marzo ed è ad oggi all'esame della XII Commissione della Camera dei deputati.

9. Note conclusive

Le vicende che si sono sinteticamente ricostruite nell'ambito di ciò che i media hanno definito come "caso Englaro" rappresentano una testimonianza significativa dei complessi rapporti di potere sussistenti in un ordinamento contemporaneo a fronte di un problema che non riesce ad essere risolto dalla legislazione vigente.

Sotto il profilo costituzionale, infatti, il nodo problematico da cui nasce il caso in esame è quello relativo ai criteri di risoluzione della lacune normative esistenti, soprattutto se queste sono conseguenti alle evoluzioni della scienza medica, che pongono nuovi interrogativi e nuove questioni interpretative rispetto alla garanzia dei tradizionali diritti di libertà ed anche dei diritti sociali.

La lacuna normativa ravvisabile nel caso di specie è quella che attiene alla definizione delle regole che sovrintendono alla somministrazione, nei confronti di soggetti incapaci di intendere e volere, di terapie, come l'alimentazione e l'idratazione, che costituiscono una mera forma di sostegno vitale. La legislazione vigente, pur implicitamente vietando (nel codice penale) l'eutanasia e (nel codice di deontologia medica) l'accanimento terapeutico, non ha espressamente prefigurato una situazione come quella che ha interessato Eluana Englaro, aprendo così un margine di discrezionalità risolvibile solo alla luce dei principi costituzionali.

Secondo quanto riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, in siffatte ipotesi sono i giudici a dover intervenire, dettando la regola del caso concreto, ricostruita – in assenza di esplicita disciplina legislativa – direttamente dai principi costituzionali. Nella vicenda in esame, in particolare, è stata la Corte d'appello di Milano – in coerenza con l'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione – ad operare un bilanciamento tra i diversi valori della dignità della persona umana, della libertà personale e del diritto alla salute (con particolare riferimento alla volontarietà dei trattamenti sanitari) di cui, rispettivamente, agli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Il tentativo delle Camere di inibire – attraverso il ricorso per conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale – l'intervento dei giudici a fronte di una lacuna normativa così eticamente sensibile non ha avuto l'esito sperato. La Corte costituzionale ha, infatti, ribadito le consolidate regole sul ruolo interpretativo del giudice che, attraverso l'*analogia juris*, anche a fronte di lacune normative non risolvibili con discipline legislative analoghe, consentono di garantire la perfetta coerenza dell'ordinamento.

Quanto al potere del legislatore di colmare la lacuna, la vicenda in esame conferma l'esigenza di un uso ponderato e responsabile della decretazione d'urgenza, negando la possibilità di ricorrere allo strumento in esame per regolare problemi di ordine generale che improvvisamente siano assunti all'attenzione mediatica; tale utilizzo della decretazione d'urgenza, oltre a contraddire i requisiti dell'art. 77 Cost., rischia infatti di favorire un uso distorto delle fonti del diritto come finalizzate alla produzione di norme, formalmente espresse in termini di generalità ed astrattezza, ma sostanzialmente intese come norme-fotografia (in quanto volte a regolare un caso concreto).

Prima che il Consiglio dei Ministri ricorresse alla decretazione d'urgenza, i temi della disciplina della fine della vita, del testamento biologico e dei trattamenti di alimentazione e di idratazione

meccanica erano da tempo all'attenzione dell'opinione pubblica, delle forze politiche e del Parlamento, proprio perché resi acuti dal progresso delle tecniche mediche. Per la loro complessità, l'incidenza su diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti e la diversità di posizioni manifestatesi, il Parlamento non era mai riuscito a giungere all'approvazione di un testo condiviso. Se si considera questo contesto, è evidente che il ricorso ad uno strumento di estrema necessità ed urgenza poteva risultare poco appropriato per la definizione di una materia eticamente e politicamente molto controversa.

In tale contesto generale va inquadrato il diniego del Presidente della Repubblica all'emanazione del decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri. Non del tutto pacifico è, infatti, in dottrina, il riconoscimento di questo potere presidenziale: da un lato, l'art. 77 chiarisce che i decreti-legge sono adottati dal Governo "sotto la sua responsabilità", implicitamente alludendo ad un atto sostanzialmente governativo e formalmente presidenziale; dall'altro lato, dal punto di vista giuridico-costituzionale, la firma del Capo dello Stato rappresenta un elemento costituzionalmente necessario perché il decreto legge sia efficace. Ne deriva che un eventuale diniego del Presidente della Repubblica ad emanare un decreto legge costituisce un atto impeditivo all'entrata in vigore del decreto legge, rispetto al quale il principale rimedio attivabile consiste nel ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

Indipendentemente da questi rilievi di ordine costituzionale, nel caso di specie la sorte del disegno di legge governativo nato dalla mancata emanazione del decreto legge sembra rappresentare un'implicita conferma alle ragioni della mancata emanazione. Venuta meno l'urgenza del provvedere, il Senato della Repubblica ha, infatti, approvato un testo molto diverso (almeno nella sua articolazione, se non nello spirito che l'ha informato) da quello proposto dal governo. E' un testo che non si limita a dettare una disciplina transitoria, ma che ha come obiettivo quello di regolare in via definitiva la materia e che, in quanto tale, sembra rispondere all'effettiva intenzione del legislatore di colmare una lacuna normativa, circoscrivendo l'ambito di intervento dei giudici ed anche i margini di discrezionalità loro riconosciuti.

Che tale potere spetti al Parlamento, in quanto rappresentante della sovranità popolare, è innegabile; la corrispondenza di tale funzione all'organo legislativo non esclude, tuttavia, che, nel merito, la scelta che sarà da quest'ultimo compiuta possa essere sindacata, attraverso gli ordinari ricorsi di legittimità costituzionale, in seno alla Corte costituzionale, per valutarne la conformità proprio rispetto a quegli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione che - a legislazione vigente - hanno orientato l'operato dei giudici.