

Ar2

Roberto Giovanni Conti

**Scelte di vita o di morte
Il giudice è garante della dignità umana?**

Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017

Prefazione di
Antonio Ruggeri

Postfazione di
Maria Gabriella Luccioli





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 4551463

ISBN 978-88-255-2450-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: aprile 2019

Indice

- 7 *Prefazione*
- 15 **Capitolo I**
Il ruolo del giudice visto dalla dottrina con un occhio alla giurisprudenza
- 1.1. Il ruolo del giudice visto dalla dottrina, 15 – 1.2. Cos'è e cosa fa oggi la Corte di Cassazione, 17 – 1.3. La centralità della sentenza Englaro ed il principialismo, 21 – 1.4. Agli antipodi del principialismo. Cass. s.u. n. 24823/2015, 24 – 1.5. “Andata e ritorno” al principialismo. Cass. s.u. n. 1946/2017 e il diritto alla conoscenza delle origini del figlio adottato, 26 – 1.6. Prime conclusioni sul ruolo dinamico del giudice, 29 – 1.7. Sul ruolo del giudice nazionale, 31 – 1.8. Il richiamo all'etica del giudice, 35 – 1.9. Il principio di cooperazione fra i protagonisti delle vicende biogiuridiche, giudici e fonti, 38.
- 41 **Capitolo II**
La legge n. 219/2017, figlia della sentenza Englaro
- 2.1. Premesse, 41 – 2.2. La sentenza Englaro si *universalizza* con la legge n. 219/2017, 42 – 2.3. La vulnerabilità come ragione giustificatrice della legge n. 219/2017, 45 – 2.4. Principi e diritti fondamentali nella legge n. 219/2017, 48 – 2.5. La dignità, 51 – 2.5.1. *Il giudice e la dignità. Rinvio*, 57 – 2.6. Il diritto alla vita (alla morte?) e all'autodeterminazione nella giurisprudenza della CtEDU — artt. 2 e 8 CEDU, 59 – 2.7. La salute e la professione medica, 68 – 2.8. Il bilanciamento fra salute e altri valori, 71 – 2.9. L'intervento di terzi nella relazione di cura, 73 – 2.10. L'esigenza di bilanciare come regola di base del legislatore e del giudice in tema di biodiritto, anche se in gioco ci sono il diritto alla vita e/o quello all'autodeterminazione, 75 – 2.10.1. *Lacune della legge n. 219/2017 e possibili modi di soluzione*, 81 – 2.11. La comparazione come metodo, 87.
- 93 **Capitolo III**
Il ruolo del consenso
- 3.1. Il ruolo del consenso ai trattamenti sanitari, 93 – 3.2. Il consenso informato nella legge n. 219/2017, 97 – 3.3. Interruzione delle cure in caso di prognosi infausta o di imminenza di morte. Schegge di riflessione sui casi Lambert e altri c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia a proposito del ruolo del giudice, 98 – 3.4. Consenso, autodeterminazione ed ascolto di minori e disabili. Il “prima” della legge n. 219/2017, 102 – 3.5. Il consenso informato del minore ai trattamenti sanitari secondo l'art. 3 l. n. 219/2017, 107 – 3.6. La richiesta di interruzione delle cure del minore inascoltato ed il silenzio della legge n. 219/2017, 109 – 3.7. Atti di cura ed amministrazione di sostegno, 117 –

3.8. Consenso informato e disabilità, 119 – 3.9. A proposito dell'ordinanza del Tribunale di Pavia sulla rappresentanza esclusiva in ambito sanitario dell'ads, 122 – 3.10. Il caso Cappato e Corte cost. n. 207/2018, 123 – 3.11. Le DAT e il ruolo del giudice, 129.

137 **Capitolo IV**
Il giudice, la vita e la morte

4.1. La centralità del ruolo del giudice dopo la l. n. 219/2017, 137 – 4.2. L'esigenza di formazione dei soggetti coinvolti — medici, giudici, notai, personale sanitario, servizi sociali — come cavallo di Troia della legge n. 219/2017, 146.

149 *Postfazione*

Prefazione

ANTONIO RUGGERI*

Ancora una testimonianza, quella offertaci da R. Conti con il saggio monografico che ora si presenta, della spiccata sensibilità dell'a. per alcune tra le più spinose e inquietanti questioni di biodiritto alle quali è assai arduo e impegnativo dare risposte complessivamente appaganti, che non lascino pur sempre il tarlo del dubbio, sollecitando non di rado il loro ripensamento o, come che sia, l'adattamento a casi della vita continuamente cangianti.

Come già in passate occasioni di ricerca, l'a. riguarda al tema oggetto di studio dalla peculiare, illuminante prospettiva della giurisprudenza, anzi delle giurisprudenze, prestando una speciale attenzione al c.d. "dialogo" tra le Corti — com'è in uso chiamarlo, sia pure con la non rimossa ambiguità ma anche l'innegabile efficacia che è propria delle metafore —, un dialogo aperto a tutto campo, coinvolgendo i giudici comuni, il tribunale costituzionale, le Corti europee.

Questa opzione ha, senza dubbio, una giustificazione oggettiva che sarebbe persino banale dover qui rammentare, indiscutibile essendo il centrale rilievo che il diritto di matrice giurisprudenziale riveste nella pratica giuridica, ma possiede anche una giustificazione soggettiva, a motivo dell'appartenenza dell'a. all'ordine giudiziario e della lunga esperienza maturata quale operatore del diritto che si è trovato (e si trova) molte volte chiamato a misurarsi coi temi che predilige studiare.

Francamente, non saprei dire se il Conti-giudice sia maggiormente debitore ovvero creditore nei riguardi del Conti-studioso; so, però, per certo che tutti noi molto gli dobbiamo per gli innumerevoli spunti di riflessione — e lo scritto di oggi ce ne dà tangibile conferma — che a getto continuo ci offre, nei quali le qualità espresse nell'una e nell'altra veste si mescolano e confondono con quelle dell'uomo, componendosi in un'unità significativa degna di ogni apprezzamento.

Il vero è che C. parla, sì, del tema che di volta in volta tratta ma parla anche (e soprattutto) di... se stesso; e, pur parlandone in termini impersonali, attraverso i riferimenti fatti al giudice come figura istituzionale, non riesce a celare ciò che egli ha assai di frequente provato (e prova) ogni qual volta si è trovato a doversi misurare con problemi di enorme portata, gravosissimi,

* Già Prof. Ord. di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina.

che hanno obbligato (e obbligano) a percorsi lunghi e sofferti prima di pervenire ad una soluzione che — come dicevo — è pur sempre giudicata bisognosa di ulteriori verifiche e, se del caso, ripensamenti.

Il giudicante può, certo, fare richiamo a pronunzie di questa o quella Corte e, anzi, deve farlo a tutte assieme: una folla di altri giudici è, così, chiamata in campo a dargli sostegno e conforto, ma poi — come lo stesso C. confessa — chi è chiamato a somministrare giustizia è, al tirar delle somme, sempre solo con se stesso, denudato davanti al più severo e implacabile dei giudici, la propria coscienza.

Nell'affrontare le questioni di biodiritto, l'operatore può (e deve) attingere a tutte le risorse di cui dispone; proprio per ciò, però, la scelta della soluzione più adeguata al caso si dimostra complessa e problematica, incerta e sofferta allo stesso tempo. E lo è, per il fatto che le questioni stesse si pongono al crocevia di etica, scienza e diritto, e richiedono dunque un plurimo e congiunto orientamento verso i punti di riferimento suddetti. È su questo terreno, arato e reso fecondo attraverso apporti di vario segno e connotazione, che si misura, a conti fatti, l'adeguatezza delle risposte date a domande di giustizia viepiù esigenti e impegnative e la loro rispondenza al complessivo e peculiare modo di essere di ciascun caso, nonché ai valori dallo stesso evocati in campo. Valori che, nella presente congiuntura segnata da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, non possono più dirsi esclusivi di un solo ordinamento o di una sola Carta costituzionale bensì comuni — perlomeno tendenzialmente — a più ordinamenti o sistemi di norme e a più Carte, e segnatamente alla CEDU ed alla Carta dell'Unione, su cui qui pure come in passato C. giustamente fissa pensoso lo sguardo. Non è, dunque, per mero accidente che, nello scritto che qui si presenta come già in altri anche di respiro monografico dell'a., l'attenzione in modo fermo si appunti allo stesso tempo su tutte le Carte suddette e, perciò, in buona sostanza sulle relative giurisprudenze, per il cui tramite il diritto vigente si converte in vivente e vivificante e illuminante l'esperienza, in alcune tra le sue più rilevanti vicende che trovano quotidiano svolgimento nelle aule dei tribunali.

Vi è nel libro (cap. I, § 3) un passaggio, al quale è a mia opinione da assegnare cruciale rilievo, nel quale C. efficacemente argomenta l'idea secondo cui il giudice che non dovesse dare un orientamento etico ai suoi giudizi verrebbe per ciò stesso meno al dovere di fedeltà alla Repubblica e ai suoi valori. Credo che questa conclusione debba valere anche con riguardo al modo di porsi dell'operatore davanti alla scienza, verso la quale pure naturalmente la Carta costituzionale si volge, chiedendo il sussidio di cui ha un disperato bisogno, specie in occasione della trattazione delle questioni maggiormente intricate e impegnative. D'altronde, la stessa giurisprudenza costituziona-

Il ruolo del giudice visto dalla dottrina con un occhio alla giurisprudenza

SOMMARIO: 1.1. Il ruolo del giudice visto dalla dottrina, 15 – 1.2. Cos'è e cosa fa oggi la Corte di Cassazione, 17 – 1.3. La centralità della sentenza Englaro ed il principialismo, 21 – 1.4. Agli antipodi del principialismo. Cass. s.u. n. 24823/2015, 24 – 1.5. “Andata e ritorno” al principialismo. Cass. s.u. n. 1946/2017 e il diritto alla conoscenza delle origini del figlio adottato, 26 – 1.6. Prime conclusioni sul ruolo dinamico del giudice, 29 – 1.7. Sul ruolo del giudice nazionale, 31 – 1.8. Il richiamo all'etica del giudice, 35 – 1.9. Il principio di cooperazione fra i protagonisti delle vicende biogiuridiche, giudici e fonti, 38.

1.1. Il ruolo del giudice visto dalla dottrina

Una riflessione, quella che qui si intende svolgere, per giungere al “fronte” delle scelte di vita o di morte non può che muovere dalla figura istituzionale che è stata in questi anni coinvolta in pieno dalle polemiche che hanno agitato la società italiana proprio a causa di ormai famosi “casi giudiziari” che, al di sotto delle tragiche vicende umane che sono state esaminate, hanno visto passare sotto la lente dell'opinione pubblica, del mondo politico e dell'accademia, il giudice.

Non è la prima volta che chi scrive ha provato a cimentarsi in questa analisi radiografica su cosa sia oggi esercitare il mestiere del giudice.

Quando lo ha fatto, nella maggior parte dei casi, ha provato ad attingere alla propria esperienza lavorativa per poi misurarla con i temi volta per volta affrontati.

L'indagine che qui si indirizza verso ad una riflessione sulla legge n. 219/2017¹ intende, invece, partire dal ruolo del giudice visto dalla dottrina che in tempi recenti ha offerto spunti, ad avviso di chi scrive, insostituibili per individuare l'essenza della funzione giudiziaria nei tempi moderni.

Seguendo questa prospettiva, la giustizia italiana deve essere molto grata all'ultima opera dell'ingegno di Nicolò Lipari.

1. Sulla legge n. 219/2017 e sulle tematiche pure oggetto della presente indagine, v. la recente monografia di U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova 2018.

L'attenzione riservata ne *Il diritto civile tra legge e giudizio* al ruolo del giudice è continua e crescente e chiama ancor di più i giudici a prove impegnative e complesse, come le definisce lo stesso Autore.

Importante è, anzitutto, l'invito di Lipari a rileggere la Costituzione per coglierne fino in fondo la vena personalistica ed il patrimonio di valori con all'apice la dignità della persona — della quale a lungo tornerà a parlarsi nel prosieguo di questa indagine — unico vero pre-diritto che sovrasta e innerva tutti gli altri. Esso si coniuga, quasi naturalmente, con il tema delle fonti, del loro pluralismo, ormai pienamente espresso dagli artt. 2, 3, 10, 11 e 117 della Costituzione, della necessità che la disomogeneità astratta che può emergere nella decisione del *caso* trovi la sua "cura" nell'interpretazione affidata a chi è chiamato ad affrontare quel *caso* come avvocato o a risolverlo, come giudice. Fonti che Lipari non coglie più come sacrario da venerare intatto, quanto come realtà plastica da verificare volta per volta nell'interpretazione che si proietta nella vita e diventa vita, storia della società nel tempo e nello spazio². Questo conduce l'Autore a ricostruire il sistema attraverso un lento, ma ineluttabile passaggio dalla centralità delle fonti alla *centralità dell'interpretazione*. Che poi, a me pare, diventa realmente centralità delle interpretazioni, se si guarda alla naturale vocazione del giudice ad essere all'un tempo chiamato a rileggere i dati normativi in chiave costituzionale, convenzionale e del diritto dell'Unione Europea, egli vestendo insieme, fuori da pianificazioni gerarchiche, questi "tre cappelli" quando maneggia il *caso* posto alla sua attenzione. Un *interpretare*, un *trovare*, un *reperire*³ (come pure afferma Cass. s.u. n. 1946/2017, per cui v., *infra*), un *ricercare* (Cass. s.u. n. 22784/2012) che conduce, dunque, il giudice a trarre linfa dai principi⁴, non più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema che va individuato attraverso operazioni ermeneutiche ben lontane dall'angusto piano dell'art. 12 delle preleggi al codice civile, come puntualmente ci ricorda ancora Lipari. Dimensione che traghetta il mondo al quale apparteniamo dallo *jus positum* allo *jus in fieri* e rende il "processo" il luogo elettivo nel quale individuare il principio capace di realizzare ed appagare al meglio i bisogni delle persone che chiedono giustizia, attraverso un'attività che impone al giudice, ricorda Lipari, di coniugare la tendenziale universali-

2. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, 77 e 100.

3. Su tale espressione insiste particolarmente P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017, 115 e 127, specificamente ricordando Cass. s.u. n. 1946/2017, della quale si dirà diffusamente in seguito. V., sul volume appena ricordato, E. SCODITTI, *Scoprire o creare il diritto? A proposito di un recente libro*, in www.questionegiustizia.com.

4. Sul ruolo dell'interpretazione nell'individuazione dei principi v. T. MAZZARESE, *Interpretazione della Costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in DONATI, Sassi (eds.), *Fondamenti etici del processo*. Vol. I di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, Torino 2009, 439 ss.

tà dei diritti con la specificità delle situazioni storiche sempre mutevoli⁵. Il tutto attraverso le quotidiane operazioni di bilanciamento fra i diritti⁶, che assumono tratti e complessità sempre crescenti⁷.

Quanto intrise di realismo risultano le espressioni di Lipari quando evoca l'immagine del diritto che va progressivamente spostandosi dal momento potestativo e autoritario a quello applicativo⁸, al punto che è il principio interpretativo a determinare la vincolatività del precetto interno al concreto modo di svolgersi dell'esperienza giuridica⁹. Il fenomeno giuridico, o la *situazione normativa*¹⁰, non può, continua Lipari, mai essere definito in una individuata oggettività perché va considerato «stimolo e insieme esito, padre e ambiguamente figlio dell'attività precettiva e valutativa del soggetto».

1.2. Cos'è e cosa fa oggi la Corte di Cassazione

La riflessione non può a questo punto tralasciare un'analisi del ruolo che, in questo particolare contesto, appartiene alla Corte di Cassazione, chiamata ad una progressiva apertura verso sempre più pressanti occasioni di confronto, non sempre indolori, con altre Corti, nazionali e sovranazionali, capaci di cambiarne il volto a legge invariata, visto che essa è pur sempre tenuta ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, insieme all'unità del diritto oggettivo nazionale — così recita testualmente l'art. 65 del r.d. 30.I.1941, n. 12 sull'ordinamento giudiziario — ma anche il

5. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 115.

6. Ivi, 96.

7. Cfr. Cass. s.u., 9 dicembre 2015, n. 24822: «La tecnica del bilanciamento avviene attraverso vari steps: a) primo step: il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); b) secondo step: a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; c) terzo step: deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; d) quarto step: se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza — o, comunque, una condotta (attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione — alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere. Non esiste una soluzione generalizzata per tutte le norme e per tutti i casi. Con la tecnica del bilanciamento la Corte costituzionale (ma lo stesso procedimento logico lo adotta la Corte Edu) costruisce una norma traendola dalla disposizione di legge. Il giudice ordinario per compiere una interpretazione costituzionalmente orientata deve procedere allo stesso modo: esaminare una singola disposizione; individuare i beni in conflitto; compiere un giudizio di bilanciamento secondo i passaggi logici sopra indicati; infine, estrarre la norma dalla disposizione. È proprio nella natura della tecnica del bilanciamento che una soluzione normativa valida per una disposizione non sia valida per un'altra: proprio perché nel giudizio di bilanciamento è ben possibile che in un caso normativo si dia preminente tutela al notificante e in altro caso normativo (cioè in riferimento ad un'altra disposizione: parliamo — inutile dirlo — di norme e non di casi pratici specifici) si dia tutela al notificato».

8. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 21.

9. N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., Ivi, 22.

10. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 93 ss.

rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni — ed a tutti gli altri compiti affidati dallo stesso art. 65 e dalla legge.

Giudice di ultima istanza chiamato dunque a curare e gestire i rapporti con il suo ordinario interlocutore, il giudice di merito appunto, ma che è sempre più assillato dal trovarsi all'interno di quel circuito di Corti nelle quali “inventa” il diritto vivente, per dirla con Paolo Grossi¹¹.

Cassazione che, proprio per l'esistenza di sistemi normativi che si affiancano a quello interno è posta addirittura in una posizione tale da potere essere bypassata o sconfessata dal giudice di merito, divenendo essa stessa “controllata” da quel giudice che, soggetto anch'egli soltanto alla legge (art. 101 Cost.), può persino ritenere in sede di rinvio ed al cospetto del principio di diritto fissato dalla Corte (art. 384 c. 2 c.p.c.), di non doversi allo stesso conformare, magari attingendo alle giurisprudenze sovranazionali che a tanto sembrerebbero abilitarlo, per disapplicare la legge contrastante con il diritto UE¹² o per rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di sollecitare un'interpretazione “contro” il principio fissato dalla Cassazione. È d'altra parte noto che non vige il principio del precedente vincolante, sicché qualunque giudice di merito può motivatamente discostarsi dall'orientamento espresso dalla Corte di legittimità, contribuendo a quel dinamismo interpretativo ed a quei mutamenti giurisprudenziali che, purché frutto di consapevole e ragionato dissenso, costituiscono sempre e comunque linfa vitale del nostro sistema¹³.

Dunque una Cassazione per certi versi vulnerabile e, per altri, vocata al dialogo¹⁴ interno — “blindato” fra singole sezioni e le Sezioni Unite

11. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari–Roma 2017, 82 e 115.

12. V. Corte Giust. 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, secondo la quale il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione. In altre parole, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice nazionale che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione, potendo all'occorrenza disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. V. altresì, Corte giust. 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*, ove si è addirittura ritenuto che il giudice del rinvio al quale sia stata rimessa dal giudice di ultima istanza la decisione sulla base di un principio di diritto confliggente con il diritto UE, non è vincolato a detto principio, ma è a sua volta legittimato a prospettare un nuovo rinvio pregiudiziale per avere l'interpretazione del diritto UE sul quale esistono sei dubbi.

13. Cfr. R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in <http://www.giurcost.org/studi/contis.pdf>.

14. V., sulla centralità del dialogo per il giudice federale americano, ma in una prospettiva che non è molto diversa da quella del giudice di ultima istanza nazionale, G. CALABRESI, *Il mestiere di*