

Recensione a *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*, di Roberto Giovanni Conti, Aracne, 2019*

Ernesto Lupo

1. Una delle tematiche di maggiore impegno degli odierni studi giuridici è quella del rapporto tra legge e giudice, una volta posta in dubbio, da un numero di studiosi progressivamente crescenti, la natura esclusivamente cognitiva della giurisprudenza ed affermata la distinzione tra disposizione (contenente l'enunciato normativo) e norma che ne trae l'interprete (la quale, quindi, è il risultato dell'attività interpretativa, e non preesiste alla stessa). È sufficiente, a tal fine, considerare l'ampia attenzione che le riviste giuridiche dedicano all'argomento: mi limito a citare il numero monografico di *Questione Giustizia* (n.4 del 2016) dedicato a *Il giudice e la legge*, con una discussione sulla creatività o meno della giurisprudenza e con un esame del detto rapporto “nelle varie branche dell'ordinamento”, ed il dibattito su *Giudici e legislatori*, svoltosi tra i componenti del comitato direttivo della rivista *Diritto pubblico* (n.2 del 2016). Chiara è l'implicazione che questa tematica ha sul ruolo del giudice, quale interprete del diritto la cui attività produce effetti diretti ed autoritativi sugli assetti della società e sulle vite degli esseri umani.

Uno studioso molto attento alle modifiche che il ruolo del giudice sta subendo per effetto dei mutamenti del rapporto tra legislazione e giurisprudenza è Roberto Giovanni Conti, consigliere della Corte di cassazione e autore di più monografie, le quali, pure trattando istituti diversi, sono legate dal filo rosso della ricerca sul ruolo del giudice nelle diverse funzioni a lui attribuite dall'ordinamento, nonché dei mutamenti che esso sta avendo per effetto delle Carte dei diritti fondamentali e delle pronunzie delle Corti

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto richiesto dalla redazione.

sovrnazionali ed internazionali preposte alla loro interpretazione (in particolare, la Corte di Strasburgo).

Questo indirizzo di ricerca non poteva non portare Conti ad interessarsi degli argomenti del biodiritto, ove il progresso della scienza medica e della tecnologia pone di continuo nuove questioni giuridiche (con forti implicazioni etiche) sulle quali il legislatore nazionale spesso tarda ad intervenire, mentre il giudice (comune e costituzionale) è chiamato immediatamente a risolvere casi specifici in cui si invocano diritti fondamentali e si chiede la tutela di interessi concreti ed attuali.

L'Autore si era cimentato con i molteplici aspetti di questa materia nel denso volume *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, 2 ed., Aracne, Roma, 2015. Oggi riprende, con un'agile pubblicazione, un particolare tema di biodiritto: quello del fine vita. Dopo la precedente monografia sono intervenute, sugli aspetti giuridici del tema, due rilevanti novità: la legge 22 dicembre 2017, n.219 (“norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”), entrata in vigore il 31 gennaio 2018, e l'ordinanza C. Cost., 16 novembre 2018, n.207, sulla questione di costituzionalità dell'art.580 c.p., limitatamente al reato di aiuto al suicidio (caso Cappato), ordinanza che, pur essendo di rinvio della decisione alla udienza del 24 settembre 2019, prospetta l'esistenza di un limitato *vulnus* costituzionale nella vigente disciplina del reato.

La ricerca di Conti ha per oggetto principale i contenuti della legge n.219/2017, menzionata già nel sottotitolo del volume, ma tiene conto anche dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella citata ordinanza n.207/2018, oggetto del § 3.10 e considerata in molti punti del saggio; segno del massimo aggiornamento dell'opera, che si nota anche nella citazione della più recente giurisprudenza.

L'angolo visuale secondo cui l'Autore esamina la nuova legge è sempre quello delle funzioni che essa, in modo esplicito o implicito, attribuisce al giudice. In tal senso è chiaro già il titolo della pubblicazione; se ne trae poi conferma dall'indice, perché il primo e l'ultimo dei quattro capitoli in cui essa è strutturata sono espressamente dedicati al giudice ed al suo ruolo. Ma esaminiamo in dettaglio il contenuto del saggio.

2. Il cap. I può essere considerato una introduzione alla ricerca sulla legge n.219/2017 in quanto tratta il ruolo del giudice in linea generale, alla luce dei più recenti apporti della dottrina, ma anche con “un occhio alla giurisprudenza”. L’Autore si riferisce, specificamente, agli studi di Nicolò Lipari (raccolti, in particolare, nel volume *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017) e di Paolo Grossi (di recente, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017). Questi studi danno massimo rilievo ai principi del diritto ed alla loro applicazione nel giudizio. I principi non vengono “più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema” delle Carte dei diritti fondamentali (p.18). Il processo diventa, allora, “il luogo elettivo nel quale individuare il principio capace di realizzare ed appagare al meglio i bisogni delle persone che chiedono giustizia”. Il diritto viene così “traghetta(to) dallo *jus positum* allo *jus in fieri*” (*ibidem*). Questa concezione dottrinale è da Conti riferita al giudice di legittimità e viene perciò messa a confronto con la sua attuale esperienza di magistrato della Corte di cassazione. La funzione nomofilattica affidata a questa Corte dall’ordinamento ha subito, secondo Conti, “una mutazione genetica” (p.21), soprattutto perché si è allargata alle Carte europee dei diritti. Secondo questa prospettiva, “la sentenza ‘tipo’ che rispecchia il modo di fare giustizia dei nostri tempi è rappresentata da Cass. n.21748/2007” (p.23), sul notissimo caso Englaro, perché essa è espressione paradigmatica del “principalismo”, e cioè del “reperimento” nell’ordinamento e della applicazione di principi al caso concreto. Ma a questa scelta la Cassazione – rileva Conti – non si uniforma in modo costante. “Agli antipodi del principalismo” (p.26) si colloca la sentenza delle Sez. un. civili n.24823/2015, che ha negato l’esistenza del principio generale del contraddittorio nel procedimento di accertamento tributario, limitandolo alle ipotesi in cui esso è disposto espressamente dalla legge; un “ritorno al principalismo” (p.28) è, invece, segnato dalla sentenza delle stesse Sez. un. n.1946/2017, la quale ha individuato il procedimento giudiziario da seguire per esercitare, nei casi di parto anonimo, il diritto alla conoscenza delle proprie origini, diritto affermato da C. Cost. n.278/2013, che aveva espressamente affidato tale individuazione al legislatore, rimasto invece inerte. Quest’ultima sentenza e quella Englaro (redatte dallo stesso magistrato) dimostrano la necessità di “un ruolo dinamico del giudice” (p.31) e di un suo abito “coraggioso” (p.34) nell’esercitare una funzione che può qualificarsi come “normativa” in senso proprio, “pur se con effetti circoscritti al caso, siccome produttiva di regole legislativamente mancanti” (p.36). Esplicita sul punto è l’adesione di Conti all’insegnamento di Antonio Ruggeri.

Il metodo e le conclusioni delle due sentenze della Cassazione in ultimo citate meritano, a mio avviso, piena adesione, anche per l'elevato livello culturale ed argomentativo delle motivazioni che le sorreggono. Possibili e corrette appaiono, perciò, le implicazioni che Conti ne trae sul piano più ampio della interpretazione giudiziale e del ruolo che oggi il giudice comune può essere chiamato a svolgere. Dubito, però, che alle riflessioni dettate su tale ruolo da quelle due decisioni possa essere attribuito un ambito di applicazione generalizzata e temo che non sempre siano rispettati i presupposti che lo rendono correttamente esercitabile. Le due pronunzie della Cassazione, come osserva Conti, “affronta(no) casi difficili” e “colma(no) lacune del diritto” (p.32), che pertanto è stato “rinvenuto” dai giudici e “creato” dalle stesse sentenze. Ma queste evenienze sono rare e non possono essere riferite alla intera esperienza giuridica. Il diritto esiste e deve operare per la collettività prima ed a prescindere dalla applicazione giudiziaria. Le regole di soluzione dei conflitti e di qualificazione dei comportamenti umani, in linea di principio e nella normale prassi sociale, devono essere note alla collettività senza bisogno di ricorrere al giudice. Ovviamente queste regole derivano anche dalla applicazione (pure giudiziale) delle disposizioni normative perché ciò che rileva è la *law in action*, e non la sola *law in the books*. Ma non ogni caso concreto, e cioè ogni conflitto, implica la creazione di una regola nuova. Non può perciò accettarsi la concezione di un diritto che è costantemente *in fieri* perché ha sempre bisogno dell'intervento del giudice. Inoltre, l'individuazione e l'applicazione di principi generali sono necessari nel riempimento delle lacune del diritto positivo. Ma il giudice comune deve essere prudente quando il principio è contraddetto da un preciso disposto legislativo che fa escludere l'esistenza di una lacuna normativa. L'interpretazione conforme (alla Costituzione, alle Carte dei diritti fondamentali, alle convenzioni internazionali) è uno strumento che non può essere utilizzato per eludere le competenze della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali. Di ciò Conti si mostra ben consapevole quando, in altra parte del volume (p.87), indica le diverse ed opposte prospettive secondo le quali può essere considerata l'interpretazione conforme da parte del giudice comune.

Detto questo in linea generale, occorre subito aggiungere che, nella materia del fine vita, le perplessità del legislatore nel dettare una disciplina generale producono in abbondanza lacune normative, con la conseguente insorgenza in giurisprudenza di casi nuovi e difficili e la correlata necessità di elaborare regole mediante l'applicazione dei principi ed il bilanciamento di diritti fondamentali. Quindi il discorso che Conti conduce nel cap. I, di cui si sono prospettati qui i limiti di applicazione (se riferito al diritto *tout court*), è pienamente appropriato all'oggetto della ricerca che egli svolge nel suo

saggio. Le particolari difficoltà che il giudice incontra in questa materia rendono molto opportuno il contenuto del paragrafo conclusivo del cap. I (p.40), in cui l'Autore si sofferma sul “principio di cooperazione tra le fonti e fra gli interpreti”, e cioè sulla “leale collaborazione” a cui deve ispirarsi il “rapporto fra giudice di merito, giudice di legittimità e giudice costituzionale”, nonché “fra giudice nazionale e sovranazionale”. Al riguardo è significativo (perché concerne la materia del fine vita) che la C. Cost., nella citata ordinanza n.207/2018 sull'aiuto al suicidio, ha ricordato che la “interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione” (§ 2 del *Considerato in diritto*). La Corte ha così ritenuto inammissibile l'eccezione della Avvocatura dello Stato che prospettava la soluzione del caso concreto (Cappato) attraverso una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art.580 c.p.. E l'inammissibilità di siffatta interpretazione conforme è condivisa anche da Conti, che dà rilievo, a tal fine, alla natura penale della norma oggetto di interpretazione (p.128).

I cap. II e III prendono in esame la legge n.219/2017, valutata dall'Autore “uno strumento normativo nel complesso assai commendevole” (p.84). Egli la considera “figlia della sentenza Englaro” (questo è il titolo del cap. II), i cui principi, pur essendo stati elaborati per un caso singolo, “si universalizzano” per effetto della recente legge (p.44). Anche la C. Cost., nella citata ordinanza n.207/2018 (§ 8), ha ritenuto che la disciplina di detta legge “recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta la giurisprudenza ordinaria” nei casi Welby ed Englaro. La vulnerabilità delle persone costituisce la ragione giustificatrice della nuova legge (p.47); l'esigenza di una loro protezione unifica i due istituti accomunati nel titolo della legge: il consenso informato al trattamento sanitario, in cui la debolezza del paziente è attuale, e le disposizioni anticipate di trattamento da parte della persona che preveda una eventuale sua futura incapacità di autodeterminarsi.

Nel cap. II Conti approfondisce i principi e diritti fondamentali richiamati nella parte iniziale del primo comma dell'art.1 della legge, che ha come rubrica “consenso informato”; il richiamo viene, però, correttamente riferito all'intero contenuto della legge, al di là della sua collocazione. Per chiarezza del discorso è utile riportare il breve disposto normativo a cui qui ci si riferisce: “La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona”. L'Autore considera, innanzitutto, la dignità, che non è soltanto uno dei diritti da tutelare, ma

“costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”, come si afferma nella *Spiegazione* relativa all’art.1 della Carta dell’Unione. Si approfondisce la nozione, nei suoi due “volti, quello soggettivo e quello oggettivo” (p.55), e se ne sottolinea la massima importanza, rilevabile anche dal testo della ordinanza n.207/2018 (che la menziona cinque volte). La legge n.219/2017 usa il termine in quattro disposizioni: oltre al trascritto art.1, la rubrica dell’art.2 (dignità nella fase finale della vita), l’art.3, commi 2 e 3 (pieno rispetto della dignità del minore e della persona interdetta). Ma, ciò nonostante, Conti non può fare a meno di segnalare la difficoltà di dare concretizzazione al valore della dignità, avvertendo che in nome di essa potrebbero darsi “risultati interpretativi e soluzioni concrete anche tra loro antitetici” (p.57). Per il diritto alla vita ed alla autodeterminazione l’Autore riferisce la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli art. 2 e 8 della Cedu. Da essa risulta che il diritto alla vita, garantito dall’art.2, non può comportare il diritto a morire; in ordine al diritto all’autodeterminazione, tutelato dall’art.8, non si individua “una linea precisa nella giurisprudenza” (p.69) perché la Corte europea, come ha osservato anche l’ordinanza della Corte cost. (§ 7), riconosce agli Stati “un ampio margine di apprezzamento” nel limitare detto diritto attraverso l’incriminazione dell’aiuto al suicidio, giustificata, a norma del secondo comma dello stesso art.8, come ingerenza necessaria “per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”, e cioè delle persone deboli e vulnerabili. Infine il diritto alla salute: qui è richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale sulla necessità che il legislatore rispetti le acquisizioni della scienza medica (sentenza n.274/2014, sul caso Stamina) nonché sul bilanciamento della salute con altri valori (sentenza n.5/2018, sulle vaccinazioni obbligatorie).

La compresenza, nella tutela della salute, di valori fondamentali rende opportuna la scelta della legge n.219/2017 (art.1, comma 2, parte finale) di includere nella relazione di cura anche soggetti estranei al paziente (p.75). Con uno sguardo complessivo ai principi e diritti indicati nella parte sopra trascritta dell’art.1 (§ 2.10), Conti afferma che il bilanciamento tra di essi costituisce “la regola di base del legislatore e del giudice”, fermo “il supervalore della dignità umana”; il che, mentre fa “fugare l’idea che l’autodeterminazione sia assolutamente incomprimibile”, induce a ritenere preferibili regole legislative elastiche, idonee a realizzare una “giustizia *per principia*” attraverso decisioni adeguate alle “singole, multiformi situazioni che possono presentarsi”. Questa elasticità si ritrova nella legge n.219/2017, che “non amputa l’opera dell’interprete e del giudice”. Rimangono, peraltro, lacune legislative, per la cui soluzione l’Autore indica “possibili modi”, tra i quali include “il ricorso al metodo comparativo” (§ 2.11), ritenuto non solo legittimo, ma doveroso per le Corti supreme (secondo il modello della citata

sentenza della Cassazione sul caso Englaro). La comparazione – osserva correttamente Conti – è stata utilizzata anche dalla Corte costituzionale nella ordinanza n.207/2018 (nel § 11).

Il particolare rilievo che nella materia in discorso ha il bilanciamento dei diritti e dei valori rende ragione dell’approfondimento che l’Autore dedica ai principi enunciati all’inizio della legge n.219/2017. Al riguardo va, incidentalmente, sottolineata l’inclusione, tra di essi, dei primi tre articoli della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, di cui la legge impone il “rispetto” in tutti i casi. Questa previsione va chiaramente al di là dell’ambito di applicazione della stessa Carta, che, secondo l’art.51, è limitata ai settori in cui trova attuazione il diritto dell’Unione. Per quanto questa previsione possa essere ampliata, ad essa non appare conforme la norma interna. Le conseguenze di questa difformità non assumono rilevanza giuridica per quanto attiene alla dignità umana ed al diritto alla vita (art.1-2 della Carta), che trovano uguale tutela nella Costituzione italiana. Può, invece, configurarsi qualche problema in relazione al complesso disposto dell’art.3 della Carta, che tutela il diritto alla integrità della persona. Si pensi, per esempio, al “divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro” (comma 2, lett.c) in relazione ai casi di maternità surrogata. Ma il problema fuoriesce dal tema qui considerato.

Riprendendo l’argomento del bilanciamento, è indubbio che esso va effettuato anche dal giudice comune quando egli non trova nella legge una disciplina completa. Va, però, data preferenza, sul piano della politica del diritto, al bilanciamento compiuto dal legislatore rispetto a quello rimesso al giudice, anche costituzionale. Un chiaro insegnamento in tal senso viene proprio dalla Corte costituzionale che, con la citata ordinanza n.207/2018, di fronte a questioni in cui si ha “l’incrocio di valori di primario rilievo” (in tema di fine vita), ha rimesso al Parlamento di definire un “compiuto bilanciamento”, il quale “presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere” (§ 11, parte finale). L’ordinanza citata ha suscitato un’ampia discussione ed ha incontrato reazioni diverse (v., di recente, i numerosi interventi pubblicati dalla rivista *Politeia (notizie da)*, n.133, 2019: *Fase finale della vita, tra libertà ed esigenze di protezione. Quali punti fermi?*, p.71-182). Non può però contestarsi che, ferma la scelta del giudice costituzionale (di escludere dalla punibilità dell’aiuto al suicidio il caso del malato terminale che versa in condizioni di sofferenza tali da incidere sulla propria dignità), vi sia la necessità di una regolazione della materia almeno attraverso i punti indicati dalla stessa Corte (modalità della verifica medica dei presupposti dell’aiuto legittimo, eventuale riserva al servizio sanitario nazionale della effettuazione di tale aiuto, possibilità di obiezione di coscienza del sanitario). La disciplina

legislativa è ritenuta dalla Corte necessaria per “scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale”. L’intervento del legislatore – come osserva la stessa Corte – consente al giudice (costituzionale e, per la sua parte, comune) di assolvere al suo “compito naturale”, che è quello di verificare il rispetto, da parte delle scelte legislative, “dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone” (§ 10, parte finale). Può aggiungersi, conformemente al pensiero di Conti, che la disciplina legislativa è opportuno che lasci una sfera non ristretta di discrezionalità applicativa, che la renda idonea a risolvere i tanti casi singolari che possono presentarsi attraverso un bilanciamento in concreto di diritti fondamentali eventualmente confliggenti.

Nel cap. III si prendono in esame i principali contenuti della legge. Il consenso ai trattamenti sanitari, già previsto in alcune leggi sanitarie, è posto al centro della legge n.219/2017 come “massima proiezione del diritto fondamentale all’autodeterminazione” (p.95). Esso è richiesto non solo per l’inizio, ma anche per la prosecuzione della cura e si colloca, come atto libero ed informato, nell’ambito della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico ove si incontrano l’autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico (art.1, comma 2, della legge). I due valori trovano un bilanciamento nella stessa legge, bene espresso dalla norma fondamentale contenuta nel comma 6 dell’art.1, che è opportuno trascrivere nella sua interezza: “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali”. Il rifiuto del trattamento, disciplinato dal precedente comma 5, costituisce “l’altra faccia del consenso” (p.100). Il medico, dal canto suo, ha il dovere di interrompere le cure in caso di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, secondo il disposto dell’art.2, comma 2, che pone il divieto di ostinazione irragionevole delle cure (c.d. accanimento terapeutico, espressione in realtà contraddittoria perché il concetto di accanimento esclude che esso abbia un effetto di terapia). Su quest’ultima norma si sofferma l’Autore, indicando (nel § 3.3) alcuni casi verificatisi in Francia e nel Regno Unito (ha interessato, di recente, la stampa italiana il caso francese Lambert, in cui la decisione del medico di interruzione delle cure ha incontrato l’opposizione della madre del malato, non concorde, a sua volta, con la moglie). La Corte di Strasburgo (Grande Camera, 5 febbraio 2015, proprio sul detto caso) non ha ravvisato la violazione della Cedu perché la legge francese (dell’aprile

2005) ha procedimentalizzato la decisione dei sanitari, consentendone anche la verifica in sede giudiziale (ed infatti la decisione dei sanitari è stata confermata dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione francese). La legge italiana, invece, non ha previsto alcun controllo sull'operato del medico previsto dall'art.2, comma 2, neanche qualora esso incontri l'opposizione dei familiari o dello stesso paziente (ipotesi, in verità, improbabile, in relazione alle sue condizioni di salute). Questa disciplina – rileva Conti – “si pone in antitesi con la protezione dei beni in gioco e con la giurisprudenza della Corte Edu” (p.102), onde può ammettersi (eventualmente attraverso una pronuncia della Corte costituzionale) un ricorso al giudice tutelare, analogamente a quello che la stessa legge, come si dirà tra poco, prevede nell'art.3, comma 5.

La più ampia parte del cap. III è dedicata all'esame dell'art.3 della legge (minori e disabili). L'Autore critica la disciplina relativa ai minori, per i quali si è realizzata “una quasi automatica estensione dei (e parificazione con i) meccanismi pensati per le persone affette da disabilità” (p.109). Il minore ha diritto di ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per potere esprimere la sua volontà (comma 1 dell'art.3, che si riferisce anche alla persona incapace). Di questa volontà gli esercenti la responsabilità genitoriale o il tutore devono “tenere conto” nell'esprimere o rifiutare il consenso per il minore al trattamento sanitario (comma 2, il quale prescrive che questi soggetti abbiano “come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità”). Conti ipotizza che insorga contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori sul dare o rifiutare il consenso, sul quale la legge tace, non prevedendo comunque la possibilità di controllare che, nel caso concreto, sia perseguito lo scopo imposto dall'ora trascritto comma 2. Invero, il comma 5 dello stesso art.3 prevede la possibilità del ricorso al giudice tutelare nella sola ipotesi di contrasto tra il medico che proponga cure da lui ritenute appropriate e necessarie ed il rappresentante del minore che le rifiuti. L'Autore ritiene che anche nelle ipotesi di conflitto tra minore e genitori debba ammettersi una tutela giudiziale invocabile dal minore o dagli stessi genitori che non sentano di assumersi l'intera “responsabilità di decidere in senso difforme dalla volontà manifestata dal minore” (p.117). Un giudizio diverso è dato in ordine alla disciplina relativa agli incapaci e disabili dettata sempre dall'art.3 della legge, perché essa va inserita “all'interno di procedimenti di interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno già aperti prima dell'atto terapeutico al quale si riferisce il consenso” (p.123), onde sono esercitabili i poteri di controllo *ex ante* del giudice. Questa considerazione vale anche per interpretare la posizione dell'amministratore di sostegno a cui sia stata conferita la rappresentanza esclusiva in ambito

sanitario. Il giudice tutelare del Tribunale di Pavia, con ordinanza del 24 marzo 2018, ha ravvisato un contrasto tra tale rappresentanza e la tutela dei diritti fondamentali dell'amministrato, sollevando una questione di costituzionalità della legge n.219/2017. Conti ritiene che tale tutela possa essere già ora realizzata attraverso l'esercizio dei poteri di controllo attribuiti al giudice tutelare sull'amministrazione di sostegno (p.126, che – avvertenza per il lettore - costituisce una prosecuzione del § 3.9, terminato in anticipo per errore di stampa).

Nell'ultimo paragrafo del cap. III si tratta della maggiore novità della legge costituita dalle disposizioni anticipate di trattamento (Dat). Conti la esamina sempre in rapporto al ruolo del giudice. L'istituto, disciplinato nell'art.4 della legge, “costituisce la proiezione futura del consenso informato”, che la persona esprime “a futura memoria”, per l'eventualità che ella non possa più farlo quando sarà attuale l'esigenza di un intervento medico (p.131). L'Autore critica l'esclusione dei minori, di qualunque età, dalla possibilità di redigere le Dat, incongrua rispetto alla titolarità dei diritti fondamentali ad essi riconosciuta da fonti interne ed internazionali, in relazione al discernimento da loro raggiunto. Regola centrale è contenuta nel comma 5, che obbliga il medico al rispetto delle Dat, salva la possibilità di disattendere, in tutto o in parte, in determinate ipotesi, d'accordo con la persona che il disponente ha nominato per le relazioni con il medico e le strutture sanitarie (fiduciario) o, nei casi previsti dal comma 4, con l'amministratore di sostegno. La possibilità di disattendere le Dat è prevista “qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”. Se sulla sussistenza di dette ipotesi insorge conflitto tra il medico ed il fiduciario, lo stesso comma 5 prevede la possibilità del ricorso al giudice tutelare, disponendo l'applicabilità del già citato art.3, comma 5. Conti prospetta la necessità che anche in caso di accordo tra medico e fiduciario sul disattendere le Dat debba essere consentito il controllo giudiziale, eventualmente sollecitato dai parenti del disponente o anche dal p.m. (p.138).

Oggetto principale della indagine di Conti nei cap. II e III è l'individuazione dello spazio che il giudice deve occupare nella materia disciplinata dalla legge in discorso, a tutela della dignità e dei diritti fondamentali delle persone che vi possano essere coinvolte. La legge, come abbiamo visto, prevede in modo espresso soltanto due interventi del giudice tutelare: nell'ipotesi in cui il rappresentante legale del minore o del disabile (o l'amministratore di sostegno) rifiuti per lui le cure proposte dal medico (art.3, comma 5) e nell'ipotesi di contrasto tra medico e fiduciario nominato

con le Dat (o, qualora il fiduciario non vi sia, l'amministratore di sostegno) (art.4, comma 5). L'analisi attenta ed esperta di Conti ha fatto emergere l'eventualità che diversi altri tipi di contrasti emergano nell'applicazione della nuova legge, anche ad opera di persone titolari di diritti fondamentali non sempre indicate dalle disposizioni legislative in relazione ai diversi istituti da esse previsti (si pensi, per esempio, ai familiari, considerati in modo ampio dall'art.1, comma 2, ma non menzionati per le Dat). A me sembra che la limitazione legislativa dell'intervento giudiziale a due sole ipotesi di conflitto non significhi esclusione dello stesso per tutte le altre ipotesi. Il silenzio del legislatore può essere attribuito, più che a volontà contraria alla possibilità di intervento del giudice, a insufficienza di fantasia nel prevedere tutte le eventualità che possono verificarsi. Ci troviamo, allora, in linea di principio, di fronte a lacune legislative, che possono essere colmate con la necessità di tutela dei diritti fondamentali, basati sulla dignità della persona umana, diritti insiti nelle scelte di vita e di morte, nonché con il principio scritto nel primo comma dell'art.24 Cost., opportunamente richiamato da Conti alla fine del cap. III (p.138). A proposito del diritto alla tutela giurisdizionale, è utile ricordare che C. Cost. n.238/2014 ha individuato in esso e nel principio fondamentale della dignità umana “controlimiti” idonei a rendere inapplicabile la disposizione di legge che obbliga lo Stato italiano ad osservare le decisioni della Corte internazionale di giustizia, sia pure limitatamente ad una sola pronunzia della stessa Corte. Qualora, invece, la limitazione della tutela giurisdizionale ai soli due contrasti indicati dalla legge fosse ritenuta una scelta voluta del legislatore, resterebbe la possibilità per il giudice adito di chiedere alla Corte costituzionale l'applicazione dell'art.32, secondo comma, parte finale, Cost., secondo cui, in tema di trattamenti sanitari (da effettuarsi o da non effettuarsi), “la legge non può in nessuna caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Nell'ultimo capitolo (IV) l'Autore torna al tema iniziale, il ruolo del giudice, non visto più in generale e nella materia del biodiritto, ma specificamente nella legge n.219/2017, esaminata nei precedenti due capitoli. Ed allora la ricerca si concentra sul ruolo del giudice tutelare, che, per effetto di questa legge, ha subito “un'autentica rivoluzione copernicana”, essendo egli divenuto una figura centrale “nell'ambito della protezione della persona, sia essa disabile o no, all'atto in cui la stessa si trova a dover affrontare scelte terapeutiche” (p.144). “un compito tanto affascinante quanto complicato, per svolgere il quale quello stesso giudice dovrà non soltanto formarsi adeguatamente, ma anche allacciare relazioni stabili con le figure di riferimento (medici, amministratori di sostegno, tutori, notai, comitati etici, servizi sociali)” (p.145). Si tratta di un “modello di giudice”

che Conti delinea dettagliatamente nelle ultime pagine del libro, da cui traspare la sua passata esperienza di giudice tutelare e la passione che ancora oggi lo anima verso un ruolo che richiede, oggi più di ieri, molto più dell'essere un esperto di diritto. Infatti non è sufficiente la pur faticosa conoscenza approfondita delle leggi e delle giurisprudenze nazionali e sovranazionali, ma è necessario che ad essa si accompagni la capacità di comprendere gli aspetti umani ed etici del caso da giudicare. Nelle pagine del libro (p.58, nt.47, p.109, nt.40, p.116, nt.63) è più volte richiamata la figura del giudice inglese Fiona Maye, raccontata da Ian McEwan, *La ballata di Adam Henry*, Einaudi, Torino, 2014, come esempio di giudice chiamato ad affrontare casi che richiedono il complesso di dette qualità. Per questo modello di giudice è necessaria una attività formativa che si svolga attraverso percorsi comuni del giudice con tutte le figure di riferimento sopra indicate (p.149). È il suggerimento – fondamentale – con cui si chiude l'esposizione di Conti.

La monografia è arricchita da una prefazione di Antonio Ruggeri, al cui insegnamento Conti spesso fa espresso riferimento, e da una postfazione di Gabriella Luccioli, che nella sua esperienza di giudice di legittimità ha dato un apporto fondamentale al diritto giurisprudenziale su temi del biodiritto (è stata la presidente del collegio che ha emanato la sentenza 21748/2007 sul caso Englaro, già qui menzionata e punto essenziale della ricerca di Conti). Del contributo di Ruggeri mi piace riportare l'opinione sulla dignità, che non è solo il “superprincipio” già indicato, ma anche una “cerniera tra diritti fondamentali e doveri inderogabili di solidarietà”, poiché “ogni persona ha il diritto alla salvaguardia della propria dignità ma anche il dovere di essere degno e di vivere degnamente” (p.12). L'ampia postfazione di Luccioli ripercorre in modo dettagliato lo sviluppo del saggio di Conti, esprimendo sui vari punti la propria opinione di magistrato specializzato ed autorevole.

3. L'interrogativo che concretizza il titolo della monografia riceve dalla ricerca di Conti risposta decisamente affermativa: il giudice è garante della tutela della dignità umana nelle scelte di vita e di morte. È la risposta che si ricava dal complesso contenuto della legge n.219/2017, scandagliato dall'Autore in modo approfondito ed esperto. È una risposta che non si desume da una prima e superficiale lettura della legge, che prevede in modo molto ridotto la possibilità dell'intervento giudiziario, ma che è resa obbligata dalla applicazione dei principi e dalla protezione dei diritti fondamentali elencati nelle prime righe della stessa legge. Questa funzione del giudice impone un

particolare modello di giudice, che Conti delinea in modo equilibrato, attento, sensibile e carico di umanità: un giudice umile nell'affrontare questioni di enorme difficoltà perché “si pongono al crocevia di etica, scienza e diritto” (Ruggeri, p.10), collaborativo con i tanti soggetti che possono essere coinvolti nella applicazione della legge, non burocratico ma capace di essere “empatico” (p.146) con persone malate e perciò solo vulnerabili. In tutto il saggio, al di là del cap.IV dedicato specificamente alle caratteristiche che il giudice deve avere per bene esercitare il ruolo affidatogli dalla nuova legge, Conti si impegna nel fornire ai colleghi indirizzi per scelte opportune e suggerimenti di condotta che qui, per brevità, non sono stati ripresi. La monografia, pertanto, è non soltanto un approfondimento giuridico del contenuto della nuova legge, ma anche – come osserva Gabriella Luccioli alla fine del suo contributo – “un prezioso strumento di lavoro per chi è chiamato ad affrontare tematiche così delicate e complesse”.

La materia del fine vita, come rilevato in più punti da Conti, è destinata ad essere rivista alla fine della vicenda Cappato, su cui la Corte costituzionale ha pronunciato la citata ordinanza interlocutoria n.207/2018, ma già, nella motivazione, innovativa rispetto alla legge n.219/2017. In attesa della udienza del 24 settembre 2019, a cui è stata rinviata la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale dell'art.580 c.p., può osservarsi che il giudice costituzionale è partito dalla constatazione che la detta legge rende lecita “la decisione di lasciarsi morire...presa dal malato..., con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua” (§ 8). Questo ambito di liceità (che è ben lontano dalla eutanasia) viene ora esteso dalla Corte che, nella motivazione della ordinanza, prospetta un diritto del malato, “capace di prendere decisioni libere e consapevoli”, ad evitare la lenta agonia conseguente alla rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, “fonte di sofferenze fisiche e psicologiche”. È un passo oltre la legge n.219, dettato dalle stesse scelte e dagli identici principi della detta legge (v. il periodo finale del § 9 della ordinanza), ma l'eutanasia resta distante perché la Corte ha previamente escluso il diritto di morire nei tempi e nei modi liberamente scelti dal malato. Il nuovo passo richiede, però, come ha ritenuto la Corte, una disciplina

Ernesto Lupo

Recensione a 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, Aracne, 2019

legislativa. Se questa disciplina non interverrà prima del 24 settembre 2019, non sarà facile per il giudice costituzionale introdurre nell'ordinamento una estensione della libertà di autodeterminazione già prevista dalla legge n.219, che non si presti ad abusi ed a pericoli per il diritto alla vita (per possibilità in tal senso v. A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen e processo*, 2019, p.805, spec. p.817 e s.). In ogni caso, però, la pronuncia della Corte costituzionale imporrà un rinnovato approccio di studio alla delicatissima materia trattata nel volume qui recensito. Ma questo approccio dovrà partire dalla approfondita conoscenza della legge n.219, per il cui conseguimento la monografia di Conti costituisce un mezzo utilissimo, della cui disponibilità dobbiamo essere grati allo straordinario impegno dell'Autore, ben noto a chi lo conosce personalmente; impegno come giudice e come studioso, con un cumulo di esperienze che si integrano e si arricchiscono reciprocamente, come ha condivisibilmente rilevato Antonio Ruggeri nella sua prefazione.