

Lucio Lanfranchi

**DIRITTO ALLA VITA, ALLA LIBERTÀ, ALLA RICERCA DELLA FELICITÀ,
GIUSTA TUTELA GIURISDIZIONALE E CLAUSOLE DI ETERNITÀ*
DELLO STATO COSTITUZIONALE***

1. I diritti fondamentali, concretanti l'eguale dignità di ogni uomo, "inteso come persona, come suo stesso prossimo, come membro delle generazioni future", sono il "punto di Archimede" alla base di tutte le catene di legittimazione. Sono la "premessa antropologico-culturale" della "democrazia costituzionale", da intendere – molto semplicemente, come si è già visto questa mattina e come stiamo ulteriormente per vedere – come "conseguenza organizzativa" della prima (così Peter Häberle, nella sua *Summa* "Lo Stato costituzionale").

Tra questi diritti fondamentali, il primo, fundamentalissimo, è "il diritto inalienabile alla vita, alla libertà, alla ricerca della felicità" della *Dichiarazione* americana del 1776. È il diritto alla "esistenza libera e dignitosa" dell'art. 36 della nostra splendida Costituzione. Diritto alla libertà ed alla dignità "riconosciuto", non "creato" dallo Stato o dalle normative sovranazionali. Libertà e dignità, che - nell'ineliminabile solidarismo intersoggettivo garantito dalla pari dignità sociale di tutti i cittadini, imposta dall'eguaglianza formale e sostanziale dell'art. 3 della nostra Costituzione - tendono a quella, che i padri fondatori americani hanno chiamato la "ricerca della felicità" e che noi - oggi, ben più sommessamente, tanto più in riferimento al sacro tema per il quale siamo riuniti - potremmo definire come la "libera e dignitosa ricerca della minore infelicità possibile".

Questa "libertà", questa "dignità", questa "ricerca" avvengono con il riconoscimento (e con la tutela, in caso di violazione) dei mille diritti soggettivi concretanti l'ordinamento vivente (italiano e - almeno tendenzialmente - cosmopolita), in virtù dei quali la triade finora indicata *in apicibus* si sviluppa più articolatamente nella concreta esperienza economica, politica, sociale, civile, etica, religiosa, giuridica. L'"esistenza libera e dignitosa" dell'art. 36 Cost. è - innanzi tutto - il "diritto alla libertà" *tout court* dell'art. 13 Cost. (se si vuole, precisato, tra l'altro, quale "diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione" dell'art. 10 della Carta di Nizza), - e poi il "diritto al rispetto della persona umana" dell'art. 32 Cost. (se si vuole, precisato, tra l'altro, quale "diritto al rispetto dell'integrità fisica e psichica della persona" degli artt. 1 e 3 della Carta di Nizza), - e poi - ancora ad esempio, tra i tanti diritti, che compongono questo primo firmamento concretante il "principio personalistico" - i "diritti della famiglia" degli artt. da 29 a 31 Cost. (se si vuole, precisabili, tra l'altro, quale "diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare" dell'art. 7 Carta di Nizza; o quale "diritto" - come ha detto Augusto Cerri - "ad uno spazio di quiete silenziosa, dove fiorisce la libertà di coscienza ed il pieno sviluppo della persona"; "spazio" - prosegue il caro Collega - "o sfera di immunità, assolutamente non comprimibili dalla disciplina legislativa e dal potere pubblico"; "diritto assolutamente non comprimibile", perché - come ha detto Peter Häberle - "l'uomo non vive solo di democrazia e vuole anche essere lasciato in pace").

2. Già a questo punto si comprende meglio perché la prima fondamentale costellazione di diritti finora richiamata si specifica ulteriormente anche in quella serie di diritti fundamentalissimi più direttamente evocati dalla drammatica vicenda oggi in esame ed intensamente approfonditi sia questa mattina, sia nel vasto dibattito civile altrove derivato e tuttora in corso.

La "premessa antropologico-culturale dell'eguale dignità di ogni uomo" ed il "principio personalistico" si risolvono oggi - infatti - anche nell'essenziale "diritto alla salute" dell'art. 32, 1° comma, Cost., - espresso anche dal "diritto alla libertà di autodeterminazione terapeutica", - sfociante anche nel "diritto di interrompere le terapie" e nel divieto di ogni "accanimento

* *Relazione svolta al Convegno sul tema Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione: profili giuridici del caso Englaro, tenutosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II l'11 febbraio 2011.*

terapeutico". "Diritto di interrompere" e "divieto di proseguire" previsti inequivocabilmente dagli artt. 13 e 32 Cost., a loro volta indiscutibilmente non contraddetti dal sistema ordinario quanto meno in presenza di chi è capace di intendere e di volere.

Riterrei – in altri termini - indiscutibile, in via costituzionale ed ordinaria, sia che questa interrompibilità delle terapie e questo divieto dell'accanimento terapeutico siano essenziale espressione di quel già ricordato "rispetto della persona umana", che "la legge non può in alcun caso violare" (art. 32, 2° co., Cost.), perché questo "rispetto" è un diritto "riconosciuto" dall'art. 2 Cost. e non una "entità esterna all'uomo, che possa imporsi, in questa sua oggettivata, ipostatizzata autonomia anche contro e a dispetto della volontà dell'uomo" stesso (magari in nome di pretese egemonie confessionali o di "un obbligo del medico per un irrinunciabile dovere di solidarietà sociale"), sia che questa doppia manifestazione del "rispetto" in questione si risolva nel "diritto di morire" della persona capace d'intendere e di volere: il diritto - come è stato correttamente osservato - "a lasciare che la vita e la malattia segua il suo corso <<naturale>> fino alla morte, senza interventi <<artificiali>> dannosi, inutili, sproporzionati, intollerabili per il malato". Diritto, in nessun modo contraddetto dal divieto dell'eutanasia e dagli artt. 575, 579, 580 del codice penale.

3. Almeno ad una prima approssimazione, meno indiscutibili appaiono – invece – i risultati finora proposti per l'ammalato capace d'intendere e di volere, se finalmente passiamo all'esame dell'altissima vicenda oggi in esame.

Le sue caratteristiche più che particolari rendono – infatti – variamente problematiche le soluzioni di diritto sostanziali prospettate o prospettabili, comprese quelle conclusivamente offerte – si badi – da quello che possiamo chiamare il combinato disposto organicamente coordinato in modo armonico dalla sentenza con rinvio della Cassazione n. 21748 del 2007, - dal decreto, in sede di rinvio, della Corte d'Appello di Milano, 9 luglio 2008, - dalle sentenze delle Sezioni unite n. 27145 del 2008, a seguito del ricorso proposto dal pubblico ministero contro il decreto appena richiamato, - dalla ordinanza della Corte costituzionale n. 334 del 2008 sul conflitto di attribuzione sollevato dal Senato e dalla Camera dei deputati nei confronti del decreto e della sentenza della Cassazione sopra indicati, - dalla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo 22 dicembre 2008, su ricorso presentato da persone fisiche ed associazioni.

A parte l'unica certezza indiscutibile risultante dalla grave vicenda in esame, quella sulla totale incapacità d'intendere e di volere, bastino i seguenti interrogativi, pur lacunosi, ma di fondo: era, sarebbe vita? era, sarebbe malattia? era, sarebbe terapia? E poi, come è già stato ben più approfondito questa mattina, la "cura" dell'incapace da parte del tutore può esprimersi anche nel "dissenso informato", fonte di una etero-determinazione produttiva della fine dell'esistenza o addirittura della fine di qualcosa di ancor più misterioso della vita e della morte? A quali "condizioni" può essere dato questo "dissenso"? Il "*best interest*" a favore di questo "dissenso" nel doloroso caso in esame prevale sicuramente sul "principio di precauzione" ed in relazione al "rischio residuale"? Il "dissenso", nella specie, può sussistere anche in assenza della rintracciabilità in proposito di una "volontà presunta"? Nella specie, eravamo, saremmo davvero in presenza – come è stato anche a parer mio correttamente osservato – di un "trattamento terapeutico... oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo e quindi anche di qualunque ammalato incapace"?

Sempre ad una prima approssimazione, si comprende – ripeto – l'estrema problematicità di queste specificazioni rispetto a quelle che sono o che dovrebbero essere le ormai acquisite certezze in ordine ai capisaldi di partenza riguardanti il "principio personalistico". Ed il vasto dibattito finora avvenuto in proposito altrove e qui proseguito egregiamente anche questa mattina, conferma questa problematicità.

Così come il prosieguo di questo pomeridiano dibattito, nella sua prima parte confermerà presumibilmente divergenze anche in ordine ai delicati profili - prevalentemente di diritto ancora sostanziale e connessi alla problematicità delle specificazioni sopra richiamate – riassumibili nel tema delle "decisioni senza legge" e della "individuazione della regola di giudizio tra lacune

dell'ordinamento e principi sovraordinati". In via generale e tanto più in riferimento alla intensa vicenda oggi in esame, si può – infatti – ragionevolmente riproporre l'eterna questione della stessa plausibilità d'ipotizzare, se non le “decisioni senza legge” (almeno se si intende quest'ultima in senso stretto, come stiamo per ricordare), almeno le “lacune dell'ordinamento”.

Non diversamente per la seconda parte di questo dibattito pomeridiano, riguardante le “leggi sulla decisione”, dove parimenti emergeranno presumibilmente divergenze – comunque sussistenti fuori di queste mura – sul secondo dei “dieci comandamenti”, che per il già ricordato Peter Häberle e per Giuseppe Dossetti (in sostituzione dei “comandamenti di Dio”, quando questi ultimi “fanno cilecca”) complessivamente concretano lo Stato costituzionale e la Democrazia, intesa come “conseguenza organizzativa” del primo e indiscusso comandamento della “uguale dignità di ogni uomo”: il secondo comandamento della “separazione dei poteri”, con particolare riferimento alla giurisdizione espressa dal “giusto processo” ed alla autonomia ed indipendenza della magistratura, che lo realizza. Anche in proposito è plausibile – infatti, sempre ad una prima approssimazione – domandarsi ancora: quale separazione? quale autonomia? quale “giusto processo”?

4. In riferimento alla prima serie di punti mobili finora ricordati, riguardanti i diritti fondamentali della persona coinvolti dalla dolente vicenda in esame, il tempo che scorre, se non la mia incompetenza di fondo, impone che io mi limiti a dire che accolgo integralmente e senza sostanziali riserve le conclusioni e le ragioni giuridiche, etiche, religiose, civili in proposito offerte dai dispositivi e dalle motivazioni della sentenza di cassazione con rinvio n. 21748 del 2007, - del decreto, su rinvio, della Corte d'Appello di Milano, 9 luglio 2008, (nonostante il giudicato interno già formatosi sull' “irreversibilità”, non concentratosi solo sulla prova della “volontà presunta”), - del decreto 16 dicembre 2006 della stessa Corte milanese (impugnato *ex art.* 111 Cost., dopo aver respinto nel merito la richiesta di autorizzazione, ma solo per carenza di prova riguardante la “volontà presunta”). Conclusioni e ragioni, fortissimamente radicate innanzi tutto sugli artt. 2 e 3 Cost. e culminate nel diritto dell'incapace di vedere attuata dall'istituzionale rappresentante legale la sua precedente volontà nel caso del successivo venir meno irreversibile di questa volontà stessa. Ragioni e conclusioni, in notevole parte accolte anche questa mattina e pienamente fatte proprie da gran parte della dottrina finora intervenuta in materia, per la quale dottrina richiamo qui solo l'ammirevole sintesi di Proto Pisani e di Caponi.

In relazione alle altre due serie di punti mobili, rinviati alle problematiche delle “decisioni senza legge” e delle “leggi sulla decisione”, in attesa di ascoltare quanto diranno i Colleghi, che parleranno dopo di me, e per tentare fin d'ora di approdare a punti meno mobili su queste problematiche e sulle stesse già richiamate soluzioni anche per me preferibili sui fondamentali diritti soggettivi oggi in discussione, proseguo molto rapidamente il discorso dall'angolo di visuale della garanzia costituzionale della separazione dei poteri e della funzione giurisdizionale.

Funzione giurisdizionale “riconosciuta” – innanzi tutto – dagli artt. 2, 24, 102 Cost., - funzione affidata a giudici ordinari autonomi ed indipendenti dal potere esecutivo dagli artt. 25, 101-113 Cost., - funzione non predicabile – secondo la penetrante opinione di Luigi Montesano, che accolgo integralmente – come “potere dello Stato-apparato”, ma come “puro concretarsi dell'ordinamento nella sua universalità”, espresso dal suo atto finale (la sentenza passata in giudicato) inteso come “giudizio di valore”, attraverso il quale si accerta una “volontà” contenuta nell'ordinamento e lo si fa vivere organicamente.

Giurisdizione sui diritti lesi, da intendersi – in secondo luogo – come potere dell'ordinamento espresso da una cognizione contenziosa decisoria posta in essere da un giudice, che è bensì formalmente “soggetto...alla legge”, ma che, in realtà, è sostanzialmente “soggetto soltanto” al diritto: al “diritto” realizzato dall'ordinamento vivente dei “casi concreti” presenti, passati, futuri, per l'appunto “in cerca” – come i personaggi di Pirandello – del loro “valore” giuridico, civile, etico, religioso.

Come hanno ricordato – anche in relazione al dolente caso oggi in esame ed al limitrofo precedente caso Welby altrettanto dolente – Pizzorusso, Zagrebelsky, Rodotà, Proto Pisani, Caponi, Romboli,

Santosuosso e tanti altri intervenuti in materia, soprattutto in riferimento agli inviolabili diritti della persona, ad incominciare dall'essenzialissimo diritto ad una morte (oltre che ad una "esistenza") "libera e dignitosa", si manifesta così in tutto il suo grandioso primato – non solo rispetto al potere esecutivo, ma anche rispetto allo stesso potere legislativo – l'insindacabile funzione creativa dell'interpretazione giurisprudenziale idonea alla cosa giudicata sostanziale. "Funzione creativa", perché – come, ripeto, è stato acutamente osservato ad esempio da Pizzorusso e Zagrebelsky e richiamato anche in relazione alla nostra vicenda - "il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come <<parti>> del diritto, non come <<tutto il diritto>>", essendo i giudici "i garanti della complessità strutturale del diritto dello Stato costituzionale", cioè della "necessaria, mite coesistenza di legge, diritto e giustizia".

E questo, tanto più in presenza della sempre più accentuata impossibilità legislativa di disciplinare con regolazione analitica e giusta, in generale ogni innovazione prodotta dalla scienza e dalla innovazione, - in particolare le sempre diversamente uniche, delicatissime e difficilmente commensurabili vicende come quella oggi in esame. Per le quali deve valere – al massimo – una responsabile, cautissima legislazione "per principi" e solo quando questi "principi" non sono già individuabili, nel sistema ordinario e costituzionale, ad opera della ineliminabile intensa mediazione giudiziale sostanzialmente creativa appena richiamata, giustamente qualificata anche come "forza della ragione fonte culturale del diritto".

Ed è bene anche ricordare – come ha fatto di recente ad esempio Romboli in relazione al ricordato incredibile conflitto tra poteri sollevato per la nostra vicenda - che la piena legittimità costituzionale di questa funzione giurisdizionale "creativa" è stata accentuata – vorrei accennare a quel che sicuramente verrà ben più articolatamente detto dopo di me – dal notevole ampliamento dei doveri riguardanti l'interpretazione costituzionalizzante dei giudici ordinari via via posto in essere dal Palazzo della Consulta, autorizzando il ricorso a determinate tecniche decisorie più moderne (giudizio per valori, controllo di ragionevolezza delle leggi, ecc.), - imponendo al giudice di scegliere tra le varie possibili interpretazioni, senza sollevare il dubbio di costituzionalità per risolvere i dubbi in proposito, - consentendo interpretazioni poco conciliabili con la lettera della legge, in virtù di decisioni interpretative di rigetto emanate anche quando il giudice *a quo* aveva escluso la interpretazione in contrasto con la lettera della legge, - o con le quali interpretative di rigetto la Corte invita il giudice all'integrazione in via analogica, - ecc. A proposito – viene da dire – del "radicale sovvertimento della divisione dei poteri" risibilmente lamentato con il conflitto di attribuzioni e solarmente respinto anche in rito dalla Corte costituzionale.

L'indubbio primato di questa giurisprudenza costituzionalizzante, - l'indubbio primato del "prisma" di Enrico Allorio, - è confermato – d'altra parte – dalla sua ineliminabile necessità, per il divieto del *non liquet*, - dalla sua insindacabilità *ex post*, perché non attaccabile neppure dallo *ius superveniens*, - soprattutto, dall'essere la funzione giurisdizionale ed il "giusto processo" – che, come stiamo per vedere, struttura questa funzione – la più importante delle "clausole di eternità" (richiamando la splendida formula häberliana) previste dalla nostra Costituzione "rigida".

Se è vero – infatti – che per la vita dei diritti "riconosciuti" egualmente a tutti dagli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione è determinante la tutela giurisdizionale *in apicibus* indicata dall'art. 24 Cost. e più dettagliatamente strutturata dagli artt. 101-113 Cost. (prima e dopo la novellazione dell'art. 111), è altrettanto indubbio che questa funzione e questa struttura sono la vivente realtà del "principio personalistico", - sono il primo essenziale profilo della "forma repubblicana" dell'art. 139 Cost., - sono il primo dei "limiti" e delle "forme", che la "sovranità popolare" ed il principio maggioritario incontrano a norma dell'art. 1, 2° comma, Cost., - sono – si badi - il primo dei "valori supremi" sottratti alla stessa revisione costituzionale dell'art. 138 Cost.

La sentenza 29 dicembre 1988, n. 1146, della Corte costituzionale (tra le molte intervenute sul fondamentale punto) sancisce – invero – che "La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale, neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale,

quali la forma repubblicana (art. 139), quanto i principi, che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione. (...) Non si può pertanto negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale”.

Muraglia, questa edificata dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale, che rinvia direttamente all'art. XVI della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, secondo il quale “*Toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni les séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”.

Baluardo, questa immodificabilità peggiorativa delle nostre “clausole di eternità”, che “la tirannia della maggioranza” di Tocqueville e di Calamandrei – oggi, dopo il “crogiuolo ardente e universale” della seconda guerra mondiale e dell'Olocausto – può ormai demolire solo con un colpo di Stato non più legittimabile nei convalidanti termini “decisionisti” schmittiani.

5. Questa intangibile garanzia costituzionale riguardante la primaria, necessaria, insindacabile funzione giurisdizionale a tutela dei diritti, si specifica nella parimenti primaria, necessaria, insindacabile struttura del processo “giusto” per l'attuazione di questa funzione e per la sua approdabilità al ricordato “giudizio di valore”, espresso dalla stabilità della cosa giudicata formale e sostanziale.

In armonia con quanto è previsto nella maggior parte, se non nella totalità, degli ordinamenti quanto meno occidentali, la dottrina italiana di gran lunga dominante da molto tempo è concorde nell'individuare il “giusto processo” in questione - innanzi tutto descritto dal vecchio e nuovo art. 111 Cost. ed, in secondo luogo, confermato analiticamente dal vecchio e nuovo sistema normativo ordinario – nella cognizione piena ed esauriente disciplinata dal secondo libro del codice di procedura civile, concretata da un doppio grado di cognizione ordinaria di merito (riducibile ad uno) e dal successivo giudizio in Cassazione. “Giusto processo”, sostituibile da cognizioni variamente cameral-sommarie solo quando la sempre possibile loro “trasformabilità” nella cognizione ordinaria non avviene per libera volontà delle parti interessate.

Su tutto ciò non mi soffermo, se non per ricordare che, quanto meno da Chiovenda in poi, la massima parte dei nostri Maestri ha sempre vigorosamente escluso che la primaria funzione in esame potesse essere sottratta ad una completa preregolazione legislativa delle “forme” e dei “termini” del procedere ed affidata ad un potere discrezionale del giudice in proposito.

E' inutile che io oggi insista più di un minimo sulle profonde ragioni di giustizia di questa esclusione.

Ricordo così solo che la rigorosa negazione di Chiovenda, nei primi anni del secolo passato, dell'attitudine a “*transire in vim iudicati*” di ogni procedura inidonea ad essere, prima o poi, “restituita alle sue forme ordinarie”, è mantenuta ferma dalla sua Scuola, che - ad esempio con Calamandrei, fin dal 1938, in “Abolizione del processo civile” - insiste sull'essenzialità della rigida disciplina di forme e termini “pazientemente elaborata nei secoli per garantire ai privati la certezza dei diritti e la difesa della loro libertà”.

Aggiungo altresì solo che - dopo la piena recezione di questa regola centrale dal parte del codice civile e di rito del 1942 risultante inequivocabilmente innanzi tutto dagli artt. 2907 c.c., 99, 163, 279, 324 c.p.c., 2909 c.c. – quel tanto d'irrazionalismo in proposito forse rintracciabile ne “Il mistero del processo” di Satta, del 1949, se viene inteso alla luce – tra l'altro - della successiva sua esaltazione del valore delle forme (rispetto al disvalore del formalismo), si risolve in realtà nel “mistero” della più intima parte creatrice del già considerato “giudizio di valore” espresso dalla sentenza passata in giudicato. Vale a dire, della “insindacabile opzione finale di libertà del giudice, tra il sentirsi nello stato di certezza morale” imposto dal divieto del *non liquet* ed il “non sentirsi” in questo stato, di Capograssi. Alla quale “opzione finale” – prosegue nel 1950 lo stesso Capograssi in “Giudizio processo scienza verità” – “il giudice arriva attraverso tutte le mediazioni della logica

direttiva, della vita che ha dovuto ricostruire, della legge che ha dovuto tradurre in termini concreti, del processo traverso le cui forme e i modi di ricerca deve passare". Ed al quale "giudicato" - autentico "centro dell'indagine intorno al processo", aveva osservato un anno prima Carnelutti in "Torniamo al giudizio" - si può giungere solo attraverso "la sequela di atti, regolata dal diritto, al fine di *mettre en oeuvre le droit*". Dato che - riprende Calamandrei sempre nel 1950 in "Processo e giustizia" - pur in "tempi di pacata legalità", l'"eterno concitato dialogo tra autorità e libertà parla anche attraverso le umili forme della procedura", contro le quali, tanto più in tempi di tutt'altro che "pacata legalità", riemergono continuamente - precisa nello stesso anno Capograssi - "pragmatismi di ogni genere aperti o nascosti, nascenti da negazioni ancor più profonde". "Forme della procedura", che Ascarelli - proprio commemorando Calamandrei a Firenze nel 1958 - in "Processo e democrazia" dichiarerà costituzionalmente necessarie come le forme della legislazione, le une e le altre realizzando lo stesso dibattito democratico, indispensabile sia nella formazione delle leggi, sia nel procedimento interpretativo, attraverso il quale "la legge si fa norma applicabile ed applicata" con una sentenza, la cui "giustizia è fondata sul tipo di cammino che l'ha prodotta": il "perno del processo", rappresentato - come dice molto bene oggi il nostro art.111 Cost. - dal "contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale".

"Giusto processo", "giustizia della sentenza", "costituzionalità delle forme processuali", che Virgilio Andrioli - pochi anni dopo, nella Prolusione genovese del 1962, ragionando sulle potenziali antinomie tra "Volontà e giudizio nel processo civile" - individuerà - nella "risoluzione del giudizio nella istruzione ordinaria", - nel "modo di essere, nelle regole di questa istruzione", - nella "reazione della inosservanza di tali regole sulla validità dei provvedimenti consecutivi", - nella "incidenza dei vari modelli di istruzione sulla autorità dei provvedimenti stessi".

6. Molta acqua è passata e passa sotto il grande ponte tra diritto e processo, a metà del secolo passato costruito da questa nostra gloriosa dottrina con le pietre dell'ordinaria cognizione decisoria. Acqua non sempre limpida e qualche volta molto torbida, a partire dalla cameralizzazione del giudizio sui diritti viceversa avallata dalle Sezioni unite n. 2593 del 1953 ed a proseguire con le molte fatiche fatte od *in fieri* per mantenere o, se si preferisce, per riportare la barra della giustizia civile nella giusta direzione e per tentare di risolvere la sua endemica crisi con i giusti rimedi prevalentemente strutturali e finanziari e non con quelli ipocriti e spesso, soprattutto dall'inizio degli anni '2000 in poi, addirittura eversivi di ogni principio costituzionale ed ordinario (rito societario, riforme concorsuali, filtro per la Cassazione, ecc.).

Ma, come ho già detto, la dottrina da molto tempo dominante mantiene la rotta corretta, senza derive. E per tutta questa dottrina - dopo l'accenno già fatto al "giudizio di valore" di Montesano ed alla "necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia" di Pizzorusso - richiamo un altro illustre allievo di Virgilio Andrioli, Andrea Proto Pisani, e quanto da lui detto ai Lincei nel 2003 sul "giusto processo" e sul venir meno del "valore di garanzia per le parti insito nella scelta come regola generale della predeterminazione da parte del legislatore delle forme e dei termini tramite i quali si esercitano il diritto di azione, il diritto di difesa e il potere giurisdizionale", ogni qual volta "ad un processo caratterizzato dalle massime garanzie per le parti, se ne sostituisce un altro dominato dall'arbitrio del giudice".

"Arbitrio del giudice", intrinsecamente presente in ogni potere giurisdizionale fondamentale discrezionale, d'altra parte sempre rifiutato anche dalla Corte costituzionale, quando ha sancito la ricordata inattaccabilità con qualsiasi maggioranza parlamentare della "clausole di eternità" della Costituzione, ad incominciare dall'insopprimibile ed insindacabile primato della giurisdizione decisoria sopra descritta, - quando - proprio in riferimento alla delicatissima vicenda oggi qui in esame - sempre la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 334 del 2008 ha dichiarato giustamente addirittura inammissibile la ricordata *vindicatio potestatis* avanzata dal Parlamento con arrogante e prepotente incoltura (per non dire altro, nei correnti *mala tempora*), - quando soprattutto - per quel che in quest'ultima parte del mio intervento mi preme soprattutto rilevare - con le sue sentenze la Corte ha sistematicamente offerto interpretazioni desommarizzanti nei confronti delle sottoposte

vicende giudiziali ragionevolmente decisorie, ma apparentemente non articolate nelle “forme” e nei “termini” della cognizione ordinaria (si pensi, per fare un solo esempio, alle sentenze n. 543 e n. 573 del 1989 sull’appello “deciso in camera di consiglio” nel divorzio ed all’introduzione di svariati istituti tipici dell’appello ordinario ivi tranquillamente compiuta: appello incidentale, specificità dei motivi, pienezza della prova, compresa qualsiasi prova costituenda, ecc.).

“Interpretazioni desommarizzanti” - poste in essere dalla Consulta per evitare ogni “arbitrio del giudice” dotato di vasti poteri discrezionali - ormai postulate anche dalle Sezioni unite della Cassazione, le quali, prima con le ricordate sentenze sui procedimenti in camera di consiglio dell’art. 737 ss. c.p.c. come “contenitori neutri”, poi - invertendo più radicalmente la ricordata opposta rotta presa nel 1953 - con la sentenza 19 ottobre 2004, n. 20957, giungono gradevolmente a stabilire che “come è stato osservato da autorevole dottrina, [...] ed il rilievo risulta ancor più convincente dopo la riforma dell’art. 111 Cost. in tema di giusto processo, la tutela dei diritti e degli *status* si realizza solo attraverso processi a cognizione piena, destinati a concludersi con sentenze ovvero con provvedimenti aventi attitudine al giudicato formale e sostanziale, non già con procedimenti in cui le modalità del contraddittorio siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice”.

7. Si può così ritornare alla nostra dolente, ma altamente edificante vicenda, convinti o, almeno, convinto che quanto finora detto sia un tentativo di risposta ragionevole ai principali quesiti posti da essa: quali i diritti fondamentali coinvolti? quale il loro rapporto *quoad existentiam* con la funzione giurisdizionale? quale la giusta struttura di questa funzione?

I diritti sono quelli individuati, nella specie, dalle Corti d’Appello e dalla Suprema Corte intervenute e dal giudicato formatosi in proposito. L’individuazione offerta da questo giudicato è . in ultima analisi - la loro fonte costituzionalmente necessaria ed insindacabile *de iure condito e condendo*. Il processo “giusto” per questa individuazione è quello e solo quello che si è risolto, o poteva comunque risolversi, nella “istruzione ordinaria” predeterminata dalla legge processuale, come quella sostanziale interpretata da un giudice autonomo ed imparziale. Nessuna *vindicatio potestatis* (in senso lato) può essere in proposito avanzata dal potere esecutivo con atti del tipo di quelli con volgare arroganza inutilmente tentati con il rifiuto di assistenza opposto dalla Regione lombarda o con l’Atto di Indirizzo parimenti orientato del Ministro del Lavoro. Nessuna *vindicatio potestatis* (in senso stretto) può essere in proposito avanzata dal potere legislativo con un *ius superveniens* come quello con altra volgare arroganza inutilmente tentato, prima con un decreto legge, non firmato dal Presidente della Repubblica, poi con il disegno di legge del Governo n. 1369, vanamente presentato al Senato il 6 febbraio 2009. O con altre illegittime iniziative legislative analogamente prevaricatrici, che, sulla vicenda oggi in esame o ad altri scopi, continuano e continueranno ad essere tentate finchè durano gli sciagurati costumi correnti. Ad incominciare dalla vergognosa “giornata nazionale degli stati vegetativi” o dalla vergognosa versione del “testamento biologico” proposta dall’attuale maggioranza parlamentare.

Un legittimo *ius superveniens* potrà intervenire solo per *species* sostanzialmente diverse e solo se l’attitudine di una nuova legge in materia a divenire diritto non è impedita dalle regole costituzionali riguardanti il principio personalistico in senso lato e dalla loro intangibilità anche per la via dell’art. 138 Cost. Intangibilità, della quale rimane fonte insindacabile la giurisprudenza della Corte costituzionale. Corte, a sua volta intangibile - anche nella sua struttura, per la non “politicizzabilità” peggiorativa della sua forma di composizione - quale penultima essenziale garanzia costituzionale, prima dell’ultima garanzia suprema, concretata dall’ancor più intangibile “diritto soggettivo di resistenza” contro i colpi di Stato. Diritto, che Giuseppe Dossetti voleva introdurre esplicitamente nella Costituzione, ma che è comunque deducibile anche dall’art. 51, 1° comma, Cost.

8. Fermo tutto ciò, a questo punto si comprende quale è l’ovvia disarmonia emergente - peraltro di nuovo solo ad una prima approssimazione - dalla vicenda giudiziale conclusa dal decreto della

Corte d'Appello di Milano, 9 luglio 2008, e dalla sentenza delle Sezioni unite, 13 novembre 2008, n. 27145 (sull'inammissibilità dell'impugnazione del pubblico ministero). Mi riferisco all'utilizzazione in funzione decisoria, nella specie, del procedimento in camera di consiglio previsto dall'art. 737 ss. c.p.c.

La chiave di volta di tutto il discorso finora svolto – la risolubilità della costituzionale tutela giurisdizionale idonea al giudicato nella “istruzione ordinaria regolata dalla legge” – appare infatti nella specie a prima vista inesistente, con conseguente frantumazione della catena argomentativa derivatane da chi sta parlando. Sempre ad una prima approssimazione, sembra, in altri termini, chiaro che, trattandosi di una vicenda avente ad oggetto gli apicali diritti di una persona e non la mera gestione dei suoi interessi, la via da seguire è, sarebbe stata, la contenziosa via decisoria ordinaria e non la pseudo-giurisdizione di stampo volontario, evocata dall'art. 732 c.p.c. e caratterizzata anche dalla revocabilità e modificabilità prevista dall'art. 742 c.p.c.

Ma ad una più penetrante approssimazione, la chiave di volta appena richiamata riappare nitidamente sol che si ricordino più da vicino le articolate argomentazioni concretanti l'irrinunciabile via maestra verso il giudicato. Argomentazioni offerte anche a proposito del più corretto modo d'intendere la stessa ricordata tesi avanzata a suo tempo dalla sentenza delle Sezioni unite n. 2170 del 1996 sul procedimento in camera di consiglio quale “contenitore neutro” adattabile anche alla giurisdizione decisoria sui diritti.

Mi riferisco, in particolare, alla piena plausibilità d'integrare, in funzione decisoria, il silenzio esegetico sulla trattazione-istruzione nei procedimenti laconicamente descritti solo nella loro fase introduttiva e finale (ad esempio, per dirla con Andrioli, la “assai magra cosa” della sola previsione del “reclamo con ricorso alla corte d'appello, che pronuncia...in camera di consiglio” dell'art. 739 c.p.c.) per l'appunto con la pienezza del contraddittorio ordinario. Non posso qui ovviamente dire altro in proposito, - rinvio a quanto ho altrove scritto in proposito in pieno accordo con Augusto Cerino Canova ed a quanto ha successivamente convalidato Antonio Carratta, - preciso solo sia che la recente previsione della ricorribilità in Cassazione anche contro i “provvedimenti diversi dalle sentenze”, contenuta nel nuovo 4° comma dell'art. 360 c.p.c., conferma *ad abundantiam* l'integrabilità appena ricordata, sia che analoga conferma – per altro verso – viene dall'inammissibilità dell'impugnazione del pubblico ministero (fragilmente fondata sul mancato riesame della “irreversibilità”), inammissibilità sancita dalle ricordate Sezioni unite n. 27145 del 2008, sulla base dell'esclusione derivante dall'art. 72, 3° co., c.p.c., pur considerato alla luce dell'intervento necessario dell'art. 70, 1° co., n. 3, c.p.c., e sulla base della non applicabilità dell'impugnabilità viceversa prevista dall'art. 740 c.p.c. in sede di giurisdizione volontaria. Laddove, cioè, l'interesse pubblico alla base del potere di reclamo del pubblico ministero per la gestione di interessi, non è escluso dalla correlazione tra giudicato e impugnabilità delle sentenze sui diritti fondamentali della persona, affidata esclusivamente ai privati (od ai loro rappresentanti). *Unicuique suum*, mi verrebbe da dire all'amico Tommaseo, che ha criticato l'inammissibilità in questione, affermando peraltro, alquanto contraddittoriamente, che tale inammissibilità trova “argomento e sicuro fondamento nei giudizi contenziosi”.

Un problema che piuttosto rimane aperto è quello di quale sia la lesione del diritto, l'illecito civile, che si dovrebbe rintracciare anche alla base di partenza della vicenda decisoria in esame. Ma è problema - riguardante in generale anche le decisorie azioni e sentenze costitutive (non necessarie e necessarie), quanto meno se vengono rapportate ai diritti potestativi (per definizione non violabili) – che non posso e che è comunque abbastanza inutile ora affrontare.

9. Mi avvio così alla conclusione, osservando che, se il “giusto processo” sui diritti e sugli *status* è la andrioliana “risoluzione del giudizio nell'istruzione ordinaria”, ebbene quanto è avvenuto in particolare nel nostro caso in sede di rinvio, sulla scia della motivazione e del principio di diritto fissati dalla Suprema Corte, è un esempio preclaro del massimo che questa “risoluzione” può offrire, a fianco di un esaustivo giudizio sul diritto, proprio in uno dei casi più complessi e delicati di ricerca della giustizia, che la giurisdizione può incontrare (ed ha incontrato, mi sia consentito

dire, a seguito di una generosa, civile richiesta di chiarezza anche giuridica, anche pubblica, avanzata da un privato, la cui drammatica situazione avrebbe potuto trovare altre facili soluzioni, molto meno generose, molto meno civili).

Ho già detto che accolgo sostanzialmente i risultati in fatto ed in diritto della vicenda giudiziaria in esame, azzardandomi solo a precisare - certamente con il giudice di rinvio, forse con la stessa Cassazione - che sarei orientato a ravvisare il *best interest* nel caso di specie anche in assenza della "volontà presunta", considerando la prosecuzione senza alcun limite temporale del trattamento c.d. "terapeutico", in presenza dell'accertata irreversibilità della situazione, come un trattamento "oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo e quindi di qualunque malato incapace".

Ma il punto non è quello dell'indiscutibilità assoluta o meno di questi risultati, perché tutto nella delicatissima materia in esame può, al limite, essere discusso. Il punto è che il giudicato chiude un accertamento giurisdizionale, indispensabile e bisognoso di stabilità, non protraibile all'infinito. E che la "giustizia" dell'autorità e dell'efficacia di questo accertamento è garantita - richiamando ancora Ascarelli - dal "cammino seguito" per ottenere questi risultati stessi.

Il giudizio sul diritto costituzionale ed ordinario - coinvolgente intensamente anche l'etica pubblica laica e religiosa - è stato svolto dalla Cassazione e dal giudice di rinvio (oltre che, sia pure più indirettamente, dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo) con una vastità e serietà argomentativa, allargata anche al diritto comparato, difficilmente contestabile. Può valere in proposito anche solo l'esempio della scrupolosa indagine - compiuta *ad abundantiam* dal giudice di rinvio - sulla costituzionalità del principio di diritto fissato dalla Cassazione.

Per altro verso, l'accuratissimo riesame delle molteplici preesistenti prove acquisite (documentazioni e relazioni mediche, dichiarazioni testimoniali, ecc.), esteso anche a profili già coperti dai giudicati interni intervenuti per mancata impugnazione, - il completamento di questo riapprofondimento probatorio con una esaustiva audizione del tutore e con le ampie indagini compiute dalla curatrice speciale, - il contraddittorio con la stessa curatrice speciale (di opinione sempre convergente con quella del tutore) e con il pubblico ministero (parimenti convergente sul punto fondamentale delle risultanze testimoniali), - il complessivo logico apprezzamento di fatto di tutte le prove acquisite (insindacabile purchè congruamente motivato), ritenute dal giudice di rinvio "attendibili, univoche, efficaci, conferenti, definitivamente ritenute in buona parte già tali con l'accertamento già espresso nel decreto 16 luglio 2006", - tutto ciò, si è svolto nel massimo rispetto delle necessità istruttorie imposte dal delicatissimo processo in esame ed inquadrabili nella cognizione piena prevista dal secondo libro del codice di rito. "Massimo rispetto", è bene aggiungere, nutrito anche dalla più che tangibile "partecipata personale sofferenza" dei giudici, oltre che delle parti, che hanno onorato questo processo stesso.

La complessiva vicenda giudiziale ha coinvolto, con risultati armonicamente omologhi, tutte le massime istanze giurisdizionali nazionali e sovranazionali evocabili in materia: il giudice di rinvio, la Cassazione, le sue Sezioni unite, la Corte costituzionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo (quest'ultima, ripeto, soffermatasi anche sui profili di merito della vicenda). In definitiva, se l'azione integralmente ordinaria anche in riferimento alla fase iniziale ed alla fase di decisione del giudizio di merito rimane e rimarrà preferibile, nulla del "dovuto processo" ai diritti supremi coinvolti dalla vicenda in esame è, nella specie, comunque mancato.

Posso, in altri termini, concludere osservando che è difficile, forse impossibile, incontrare un complessivo *iter* giudiziale più degno del "puro concretarsi dell'ordinamento nella sua universalità", più degno dell'alto "giudizio di valore", che l'hanno concluso.

Questa mia conclusione estremamente positiva non si risolve - ovviamente - in una predicazione in termini di certezza, verità, giustizia assolute. E' appena il caso di aggiungere che la vicenda giudiziale esaminata ci pone di fronte solo ad uno dei tanti tentativi compiuti dal piccolo uomo per avvicinarsi a questi vertici. Ma tentativi fatti in modo così serio e responsabile sono probabilmente il massimo, che la libertà dei figli di Dio, credenti e non credenti, può ottenere nella vita civile. Sono il frutto - come è stato ben detto in un altro contesto da Ezio Mauro - di "una religione civile

che predica una democrazia di alto stile". E sono, per questo, fortemente stimati e protetti dall'ordinamento. Anche ed innanzi tutto di fronte alle urla scomposte di molti.

Mi permetto di dedicare il mio intervento ad Eluana, a suo padre, a tutti coloro che si sono trovati, si trovano e - Dio non voglia - si troveranno nella stessa incommensurabile situazione. E lo faccio ricordando le ultime due righe di "Al sorgere delle stelle" di Elie Wiesel, citate da Giuseppe Dossetti alla fine della sua "Introduzione" a "Le querce di Montesole" di Luciano Gherardi:

"Il silenzio, più della parola, rimane la sostanza e il segno di ciò che è il loro universo
e, come la parola, il silenzio s'impone *e chiede di essere trasmesso*"