

Torquato G. Tasso*

La sottile linea di confine dell'interpretazione creativa tra fisiologia e patologia del sistema. A proposito del caso Englano.

ABSTRACT

This article intends to understand whether it is possible to identify and, if so, with which hermeneutic tools, a line of demarcation, a boundary within which the phenomenon of normative production, not directly attributable to the parliamentary sphere but to the creative initiative of the judge, can be considered physiological to the system and outside of which, instead, it must be considered pathological. We are faced with the eternal problem of the comparison between the natural propensity of jurisprudence to interpret the changed social needs, in the name of an evolutionary interpretation, and the position, constitutionally more traditional and rigid, which claims the central and exclusive role of Parliament, as the representative body of the community, in normative and social regulation.

KEYWORDS

Interpretation, Jurisdiction, Powers of the State, Interpretative Methods, Rules and Principles.

INDICE

1. L'oggetto della presente indagine. L'interpretazione creativa tra fisiologia e patologia del sistema. Una questione bioetica. 2. Il caso Englano. Presentazione. 3. I conflitti di natura costituzionale destati dal caso. 4. L'eterna questione ermeneutica sulla creatività dell'interprete. L'intrinseca politicità della decisione del giudice. 5. La critica alla giustizia politicizzata. La prospettiva costituzionalmente orientata. 6. Un caso di scuola. Il caso Englano. 7. Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione civile 16.10.2007 n. 21748. 8. Gli hard cases. Il ruolo centrale della motivazione. 9. Il caso Englano. Analisi della motivazione della Cassazione. I dubbi ermeneutici. 9.1 La valenza giuridica delle dichiarazioni anticipate di volontà. 9.2 Il consenso informato e la sua rilevanza nel caso. 9.3 Il ruolo del tutore e la cura dell'incapace. Reale estensione del concetto. 9.4 La costante ambiguità terminologica della Cassazione. 9.5 La contraddittoria idea di discriminazione. 9.6 L'aporetico rischio di una discriminazione a contrario. 9.7 Il richiamo (forzato) ai leading cases del diritto internazionale. 10. Conclusioni.

1. L'oggetto della presente indagine. L'interpretazione creativa tra fisiologia e patologia del sistema. Una questione bioetica.

Il *focus* della presente indagine è quello di comprendere se sia possibile individuare e, nel caso, con quali strumenti ermeneutici, una *linea di demarcazione*, di confine entro il quale il fenomeno di produzione normativa, non direttamente riconducibile all'ambito parlamentare ma all'iniziativa creativa del giudice, possa considerarsi fisiologico al sistema e al di fuori del quale, invece, debba ritenersi patologico. Siamo di fronte all'eterno problema del confronto (per non dire conflitto) tra la naturale propensione della giurisprudenza a farsi interprete delle mutate esigenze sociali, in nome di una interpretazione evolutiva, e la posizione, costituzionalmente più tradizionale e rigida, che rivendica il ruolo centrale ed esclusivo del Parlamento, quale organo di rappresentanza della comunità, nella regolamentazione normativa e sociale.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

Prima di iniziare l'analisi, vanno svolte alcune considerazioni preliminari. È fuor di dubbio che la Costituzione repubblicana ha previsto un esteso catalogo di diritti inviolabili e immutabili, di diritti fondamentali del cittadino e, più in generale, dell'uomo¹ che richiedono immediata tutela laddove questa non sia garantita da una pronta e puntuale legislazione ordinaria. Parallelamente, le numerose e repentine evoluzioni della società e in particolare quelle scientifiche rendono evidente lo iato tra la previsione costituzionale e la sua applicazione garantita ad opera del legislatore, evidenziando i problemi che tale mancanza di previsione e tutela determinano. È stata conseguenza inevitabile che la tradizionale visione della esclusiva statualità del diritto abbia iniziato a cedere per dar sempre maggior spazio all'opera dei giudici che, conseguentemente, sono stati onerati del difficile compito di ricucitura tra la sempre maggiore richiesta di tutela dei diritti fondamentali, espressa dal corpo sociale, e la farraginosa procedura legislativa.

L'opera del giudice risulta sempre più difficoltosa se teniamo conto del fatto che il diritto, come è stato autorevolmente sostenuto², non coincide più con la sola legge dello Stato. L'interprete si trova a dover affrontare un compito sempre più complesso di reperimento del riferimento legislativo che consenta di dare soluzione al caso concreto, dovendo ricorrere ad una lista delle possibili fonti normative più ampio di quello tradizionale.

Il nostro intento in tal sede non è solo quello di svolgere la ricerca di quella che abbiamo definito *linea di demarcazione* con un approccio teorico e astratto ma di individuare, parallelamente alla teorizzazione, un percorso esemplificativo che consenta di applicare a un caso concreto gli assunti elaborati in sede di preliminare valutazione teoretica. Proprio alla luce di quanto siamo venuti ad illustrare, volevamo soffermarci, in una prospettiva squisitamente ermeneutica, su una questione di bioetica, che maggiormente viene alimentata dal difficile rapporto tra la normativa parlamentare, la cui evoluzione è molto lenta soprattutto in questo ambito e, per converso, la dinamica attività interpretativa delle corti di giustizia³.

Proprio nell'ambito bioetico, in particolare in relazione alla tematica del fine vita, risulta più evidente e spesso discusso il confronto tra le diverse visioni del diritto e del ruolo dell'interprete, circostanza che ci consentirà di provare concretamente le soluzioni prospettate⁴. Proprio per questo ci richiameremo al caso Englaro, un caso per certi versi lontano nel tempo il quale, ai nostri fini, proprio per questa sua lontananza temporale, ci consentirà una indagine applicativa il più obiettiva possibile.

2. Il caso Englaro. Presentazione.

La vicenda di Eluana Englaro inizia il 18 gennaio 1992, quando, a seguito di un grave incidente stradale, la giovane subisce un trauma cranio-encefalico che la porta in coma profondo e, successivamente, in uno stato vegetativo permanente. In questa condizione, Eluana viene alimentata e idratata artificialmente tramite un sondino naso-gastrico. Il padre, Beppino Englaro, nominato tutore

* Ricercatore universitario a tempo indeterminato presso l'Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto della Scuola di Giurisprudenza, e-mail torquato.tasso@unipd.it

¹ In riferimento alla *complessa dimensione sistemica* entro la quale i principi costituzionali espressi dalla legge fondamentale acquistano pieno significato si veda Morelli, Ventura 2015.

² Inevitabile il riferimento a Zaccaria 2012: 29 e ss. che evidenzia efficacemente la trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto ove si richiama ai "rapporti di sovrapposizione e di reciproco condizionamento tra norme e giudici nazionali e internazionali, meglio vorrei dire sulla contaminazione sempre più profonda e pervasiva che si è venuta a creare tra diritto interno e diritto internazionale, anche e soprattutto a causa dei processi di globalizzazione del diritto e dell'economia".

³ Numerosi i contributi di materia di interpretazione e del particolare rapporto tra la bioetica e le regole del diritto. Ci sia consentito richiamare tra queste Rodotà 2018 [2007], Becchi 2022 e Mancini, Ossicini 1999.

⁴ Sulle questioni bioetiche sul fine vita sollevate dal caso Englaro si veda tra gli altri i contributi di Vallini 2008: 59 ss.; Donini 2007: 902 ss.; Viganò 2008: 1594 ss.; Di Giovine 2009: 9 ss. e Risicato 2008: 25 ss.

legale, avvia un lungo iter giudiziario per ottenere l'interruzione delle terapie di sostegno vitale, sostenendo che tale trattamento era inconciliabile con le convinzioni e il modo di vivere della figlia⁵.

Dopo numerosi ricorsi, nel 2008 la Corte d'Appello di Milano autorizza l'interruzione delle cure, applicando un principio di diritto stabilito dalla Corte di cassazione nel 2007. La Cassazione afferma che l'interruzione del trattamento è possibile quando lo stato vegetativo è clinicamente irreversibile e non esiste alcuna prospettiva di recupero della coscienza ma, soprattutto, quando la richiesta del tutore rispecchia chiaramente, attraverso prove convincenti, la volontà del paziente, basata sulle sue precedenti dichiarazioni, convinzioni e visione della dignità della vita. In assenza di uno di questi presupposti, il diritto alla vita prevale in modo assoluto, indipendentemente dalla qualità della vita percepita o dal grado di autonomia del paziente. Principio certamente innovativo⁶.

3. I conflitti di natura costituzionale destati dal caso.

Il principio espresso dalla Suprema Corte è certamente dirompente e diviene il prisma attraverso il quale prendono vita una serie di questioni giuridiche ad esso sottese e da questo sollevate. Questioni relative al principio di separazione dei poteri dello Stato e delle rispettive funzioni e alla difficoltà di tracciare una linea di confine tra i vari poteri e, in particolare, tra il potere legislativo e il potere giudiziario, in una prospettiva squisitamente politica. Problema questo che apre la discussione ad ulteriori questioni, quali il concetto di riserva di legge e del primato del parlamento comparandole con una fisiologica 'creatività' dell'interpretazione giurisdizionale⁷.

Non a caso, la pubblicazione del (certo innovativo) principio enunciato dalla Cassazione venne a risvegliare, nel nostro Paese, il confronto dialettico che si era già ben delineato da tempo. Da un lato coloro che, preoccupati dall'innovazione giurisprudenziale, gridavano allo scandalo, qualificando l'intervento della Cassazione in un delicato ambito, quale quello del fine vita, come una autentica aberrazione giuridica, in quanto lesiva del fondamentale principio della separazione dei poteri.

A questi si contrapponevano coloro che invece accoglievano il principio di diritto enucleato dalla Suprema Corte come un necessario riconoscimento del reale sentire della comunità, segno tangibile di un inarrestabile progresso della civiltà giuridica.

Confronto che, nell'immediatezza della pronuncia della Cassazione, si inasprì ed ebbe importanti ricadute istituzionali, che sfociarono nella decisione del Parlamento di promuovere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato innanzi alla Corte costituzionale⁸.

Il Parlamento, infatti, riconosceva la lacunosità dell'ordinamento giuridico italiano in materia di fine vita e dava atto che non era data, se non indirettamente attraverso la previsione penalistica punitiva, un'organica disciplina delle diverse ipotesi di *eutanasia*. Date queste premesse, l'organo parlamentare sosteneva, però, che la Suprema Corte avesse superato i limiti della funzione che le

⁵ Il caso ha avuto un'eco che ha determinato una particolare attenzione anche sotto il profilo giuridico e scientifico sotto diverse prospettive. Per un'analisi filosofica e bioetica del caso, con un *focus* sul dibattito tra vitalismo e autonomia del paziente Mori 2009. Neri 2011 affronta il tema dell'eutanasia in generale, con un approfondimento sul caso Englano e le sue implicazioni etiche e giuridiche in Italia. Per un'analisi giuridica del caso, che esplora le implicazioni legali delle decisioni sul fine vita in Italia si veda Santosuosso 2010. Per una analisi del caso al punto di vista bioetico, con particolare attenzione al principio di autodeterminazione e al ruolo delle istituzioni si veda Viafora 2009 e Baldini 2009 che si sofferma anche ad esaminare la sentenza della Corte di cassazione e il quadro normativo italiano sul fine vita. Per una prospettiva medico scientifica relativa agli aspetti clinici e le implicazioni etiche dello stato vegetativo permanente, con riferimento al caso Englano vedi Defanti 2009.

⁶ *Un'ineguagliabile battaglia personale per risolvere un "grande caso costituzionale"*: così è stata definita da Groppi, 2009. Sul punto nella amplissima bibliografia si ricorda Morelli 2009: 159-173, Bucalo 2009: 37 ss. e Caponi, Proto Pisani, 2009.

⁷ Numerosi i contributi anche sotto il profilo costituzionale ed è delicato rapporto tra i poteri. Solo a titolo esemplificativo si indicano, oltre allo storico Kelsen 1982 i decisamente più recenti contributi dei costituzionalisti quali Pastore 2016, Rodotà 1966, Pizzorno 1998, Ferrarese 2002 e Cappelletti 1994.

⁸ Sul punto si veda Romboli 2009.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

venivano riservati dall'ordinamento, finendo per svolgere in realtà un'attività legislativa, diretta a colmare la citata lacuna. E questo ancor più perché la Corte aveva enunciato un principio di diritto che si basava su presupposti che non erano deducibili dall'ordinamento vigente, anche volendo usare le più ardite tecniche ermeneutiche. Secondo la Corte ci si trovava dunque alla "creazione giurisprudenziale di un principio di diritto", ad un atto di legislazione del caso concreto, privo di un supporto interpretativo che lo potesse giustificare. Emergeva chiaramente, nel caso, un'ipotesi di conflitto fra l'esercizio della funzione giurisdizionale, che la nostra Costituzione riconosce e, al tempo stesso, vincola alla previsione degli articoli 101 e 102, e l'esercizio della funzione legislativa, che la nostra Costituzione affida e garantisce ai sensi dell'art. 70.

4. L'eterna questione ermeneutica sulla creatività dell'interprete. L'intrinseca politicità della decisione del giudice.

Il richiamo all'iniziativa parlamentare che, come noto, non portò al risultato auspicato dal Parlamento, ci serve solo per evidenziare il clima dialettico dell'epoca e come l'eterno problema del rapporto tra legislatore e magistratura appare un problema costantemente presente nelle dinamiche politiche e giuridiche.

Anche allora si giunse al classico dilemma della contrapposizione delle due visioni. Da un lato quella del ruolo del giudice quale *bouche de la loi*⁹, semplice lettore di una disposizione legislativa immutabile e, quindi, privo di alcun potere di modifica o estensione del dettato legislativo, dall'altro quella del ruolo sociale del giudice quale sempre più fondatamente e consapevolmente interprete della volontà popolare diffusa, con conseguenti ricadute di natura politica sugli assetti sociali¹⁰.

Va detto che l'evoluzione storica sembra dare progressivamente sempre maggior rilievo a questa visione del giudice quale interprete del sentimento popolare. Effettivamente, a favore di questa prospettiva, vi sono alcune considerazioni di fatto.

Innanzitutto, la circostanza che i sistemi di comunicazione e informazione tradizionale vengono sempre più soppiantati da forme più moderne, legate alle nuove tecnologie informatiche, che hanno portato ad una riduzione dei tempi per veicolare l'informazione, ormai quasi contestuale al suo accadimento e al suo accertamento; e questo si accompagna alla sempre più diffusa partecipazione al confronto di idee dei cittadini che, soprattutto attraverso i (per certi versi) problematici canali dei *social*, fanno sentire la propria voce e le proprie idee, seguendo con trepidante e pressante attenzione gli eventi di cronaca, soprattutto giudiziaria, prima riservata agli organi di informazione tradizionale da un lato e di giustizia dall'altro.

Di queste tecnologie e di questi nuovi sistemi di comunicazione, sembra però divenire attore consapevole anche la stessa magistratura che consente, spesso, la diffusione di notizie relative ai casi più spinosi della cronaca giudiziaria del nostro paese, alimentando la volontà dei cittadini di partecipare alla vita giudiziaria stessa e di sentirsi legittimati ad esprimere proprie valutazioni e giudizi sui casi di cronaca. Tutto questo determina una costante attenzione e pressione nei confronti della magistratura, destinataria di domanda di giustizia da parte della comunità.

Va però anche detto che questa esposizione mediatica e questa maggiore visibilità partecipativa della magistratura trova una origine causale di natura politica. In Italia la magistratura ha rivestito da

⁹ Superfluo ricordare che l'incipit "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur" è di Montesquieu 1748, XI, XVI.

¹⁰ Relativamente all'attività giurisprudenziale e alla sua funzione creatrice di diritto, relativamente ai suoi risvolti sul principio della separazione dei poteri Capurso 1976: 1478-1503; Zaccaria 1979: 603-648. Luhmann 1990 [1981]; Dworkin 1985: 6-36; Barak 1987; Bulygin 1994: 159-168; Ricoeur 1995: 177-188; Zaccaria 1996: 145-154; Taruffo 1999: 931-943; Zaccaria 2001: 17-42.

tempo un ruolo politico significativo. Nel corso dell'esperienza democratica, ragioni storiche¹¹ e culturali hanno portato ad una insufficiente dialettica tra maggioranza e opposizione, dovuta soprattutto ad una debolezza di quest'ultima, incapace di una vera e propria costante opera di contrasto e contrapposizione politica, diversamente da quanto avviene in altri Paesi, soprattutto di tradizione anglosassone, ove il confronto politico tra maggioranza e minoranza è uno degli elementi più vitali della dialettica politica. Dato che condizione per un buon equilibrio democratico di un sistema è il puntuale controllo di legalità dell'azione politica attraverso il dialettico controllo sull'attività del Governo e della maggioranza ad opera della minoranza, nel momento in cui manca quasi strutturalmente questa funzione è inevitabile riversare le attese di controllo su altri organi istituzionali e, in particolar modo, sulla magistratura, che ha, col tempo, soprattutto negli ultimi decenni, visto crescere questo ruolo politico e sociale.

Infine, questo nuovo ruolo della magistratura si nutre di una legittimazione e giustificazione ermeneutica, data dalla sempre più sentita esigenza di una interpretazione evolutiva della normativa positiva¹², diretta ad adeguare il significato di un testo alle evoluzioni¹³, spesso molto veloci e repentine, degli assetti sociali, economici, politici, adeguando il testo di legge al contesto esistente al momento della sua applicazione¹⁴.

5. La critica alla *giustizia politicizzata*. La prospettiva *costituzionalmente* orientata.

Coloro che si oppongono a questa visione si richiamano, invece, ai fondamenti costituzionali dell'attività giurisdizionale e al delicato equilibrio che i nostri costituenti hanno realizzato, garantendo la divisione tra il potere legislativo e quello giurisdizionale e sostengono che questa sempre più evidente deriva sarebbe fondata su un fraintendimento, secondo alcuni non involontario, del significato dell'art. 101 della nostra Costituzione o, quanto, meno da una lettura parziale dello stesso.

Riecheggia, a tal proposito, l'ammonizione di Francesco Gentile¹⁵, secondo il quale la *supplenza legislativa* della magistratura trova la sua motivazione fondamentale “*nella inadeguatezza delle norme vigenti a ordinare la tumultuosa e variegata realtà sociale*”, ma troverebbe, a detta di questa, nella Costituzione la propria legittimazione.

“*I giudici alternativi, infatti, mediante la loro interpretazione, costringono le leggi positive ad evolversi, nel senso di quelle che si ritengono le nuove esigenze della collettività popolare, in virtù del disposto costituzionale per il quale la loro giurisdizione sarebbe funzione diretta del popolo sovrano*”

ai sensi dell'art. 101¹⁶.

¹¹ Pizzorno 1998: 69. Questi evidenzia che dopo una lunga stagione del c.d. “consociativismo imperfetto” si impone lentamente una stagione di “governo” con la conseguenza che l'opposizione stenta e di fatto non riesce ad assumere un'autentica posizione di opposizione politica dando lo spunto ha un forte attivismo giudiziario che garantisce il controllo di legalità per potere politico.

¹² Non ci spingeremmo però a parlare anche di possibile interpretazione evolutiva del diritto in una forma abrogativa. L'abrogazione è un istituto ben preciso che come ci suggerisce Hobbes (*Leviathan*, cap. XXVI) spetta a coloro che hanno il potere di emanare la legge.

¹³ Nella medesima prospettiva già illustrata di Zaccaria si veda Berti 2003: 461 e ss. e Pastore 2003: 12 e ss.

¹⁴ In alcuni ordinamenti l'interpretazione evolutiva è stata prevista dallo stesso legislatore. Nel codice civile spagnolo, vi è l'art. 3, comma primo, del Titolo Preliminare che recita “le norme saranno interpretate secondo il senso proprio delle loro parole, in relazione col contesto, gli antecedenti storici e legislativi e la realtà sociale del tempo in cui devono essere applicate, tenendo conto fondamentalmente del loro spirito e della loro finalità”.

¹⁵ Gentile 1984: 211 e ss.

¹⁶ Anche tra i Costituzionalisti c'è chi è giunto a parlare di politicizzazione dell'attività giurisprudenziale cfr. Guarnieri, Pederzoli 1997 e Basso 1958: 37.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

Secondo questa prospettiva i giudici, quando intervengono in un settore nel quale, per totale assenza di disposizioni o per contraddittorietà delle stesse, scegliendo un'opzione interpretativa che inevitabilmente avrà una significativa eco politica, dovrebbero operare individuando un limite al proprio potere creativo, desumibile dallo stesso sistema democratico, che prevede che chi esercita il potere politico debba risponderne ai consociati, unici titolari di quel potere. In questo modo, l'avvertimento gentiliano andrà letto nel senso che la soggezione del "giudice alla legge" deve intendersi certo come subordinazione al sistema di diritto oggettivo di origine statale, ma anche come subordinazione ai principi, anch'essi di diritto, che disegnano il sistema costituzionale e che conducono il giudice ad esprimere la volontà popolare non direttamente quale interprete della *vox populi*, ma attraverso la lettura coerente, benché evolutiva, delle disposizioni del legislatore.

A sostegno di questa posizione, si ritiene che l'assenza di una disciplina chiara e completa di una determinata fattispecie, ancor più quando riguardi diritti fondamentali o di rilievo costituzionale, può essere interpretata come la rappresentazione della reale gerarchia dei valori esistenti in quel determinato momento storico in una società. Il semplice dato di fatto che una comunità non si sia data (o non abbia ritenuto di darsi) una determinata regolamentazione, può indicare che la sensibilità dei consociati sull'argomento, benché vivacemente dibattuto, non ha ancora raggiunto quel grado di maturità necessario a dar vita a quella regolamentazione. Il giudice, scegliendo la via interpretativa meno innovativa, quella più prossima al significato testuale e letterale della disposizione che l'ordinamento giuridico in quel momento storico esprime, diverrebbe interprete autentico dei valori che la comunità ha, quanto meno fino a quel momento, espresso. In questo modo lascerebbe al legislatore il compito, per certi versi ingratto ma certamente complesso, di monitorare i mutamenti e le evoluzioni della gerarchia dei valori propri della comunità e di trasporli in una legge. E se il legislatore non si dimostrasse in grado di fare questo, ossia di recepire le indicazioni provenienti dalla sensibilità sociale, sarà politicamente responsabile e, conseguentemente, sanzionato alle successive elezioni politiche, sanzione che, invece, il giudice non incontra.

In sintesi, gli effetti politici che ogni pronuncia giurisdizionale, che sia connotata da *creatività*, comporta, ci devono indurre ad una riflessione sul problema della compatibilità tra il principio (anch'esso costituzionale) dell'indipendenza ed autonomia del giudice, garantito dall'art. 101 della Costituzione, e la sua responsabilità democratica, di fedele interprete della volontà popolare che, in quel precipitato normativo, si è espressa.

6. Un caso di scuola. Il caso Englano.

Le considerazioni appena svolte hanno trovato un *occasio* di discussione storicamente molto accesa e importante proprio nel caso Englano. Il caso viene richiamato in tal sede, quindi, non certo per aggiungere commenti al merito della decisione e del principio enucleato dalla Cassazione, ma come un caso di scuola¹⁷, partendo dal quale si può cercare di dare una risposta in prospettiva ermeneutica ai quesiti che la discussione di cui si è detto ha trovato e continua a trovare ogni qualvolta le due fazioni, dei sostenitori di una interpretazione evolutiva e dei sostenitori di una interpretazione costituzionalmente orientata e, aggiungeremo, vincolata si trovano a confrontarsi.

Il caso Englano, quindi, pacificamente costituisce uno di quegli *hard cases*, uno di quei casi controversi che vengono dalle opposte visioni letti in maniera radicalmente diversa, da un lato come fisiologica dall'altro come patologica espressione di ipertrofia del potere giudiziario, connessa con il declino della dialettica democratica all'interno del Parlamento e con la sempre più marcata contiguità delle istituzioni giudiziarie al cittadino.

Il caso Englano è inoltre un perfetto caso di scuola poiché la controversia di cui si dibatte viene a coinvolgere quei diritti umani e fondamentali che la nostra Costituzione ha pacificamente sancito ma

¹⁷ Lo considera un caso di scuola anche Salazar 2009: 1.

la cui attuazione, in assenza di ulteriori interventi normativi ad opera della legislazione ordinaria, può e deve avversi attraverso l'opera attenta dell'interprete: il diritto alla vita, presupposto fondamentale della Costituzione stessa, il diritto alla salute e il conseguente diritto all'autodeterminazione terapeutica, che quotidianamente devono trovare attuazione nella comunità.

Proprio il fatto che il caso Englaro sia un caso lontano nel tempo e su cui si è scritto molto (per non dire tutto) ci consente di approcciarci allo stesso con la dovuta e necessaria distanza ed imparzialità che ogni metodo ermeneutico necessita e richiede.

E il caso Englaro costituisce ancor oggi, in realtà, un caso di scuola attuale perché, benché sia intervenuta nel frattempo la normativa a regolamentare le disposizioni anticipate di trattamento, queste non sono applicabili ai casi in cui, come era per Eluana, tale dichiarazione non era stata espressa.

7. Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione civile 16.10.2007 n. 21748.

Partiamo, quindi, dal principio di diritto enunciato:

“Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa” (Cass. civ., Sez. I, 16/10/2007, n. 21748).

Principio, come detto, assolutamente innovativo che veniva ad accogliere istanze sociali molto vive all'epoca e in parte anche attualmente ma che, per molti, appariva e appare lontano (per non dire estraneo) al dettato legislativo.

8. Gli *hard cases*. Il ruolo centrale della motivazione.

L'interprete, nel momento in cui si trova a dare una regolamentazione a una complessa fattispecie concreta (c.d *hard cases*) attraverso il prisma di una disposizione legislativa, deve innanzitutto scegliere il metodo o i metodi che siano maggiormente adeguati all'operazione che sta per effettuare di regolamentazione del caso concreto.

Ogni caso ha una sua peculiarità e fisiologica complessità. Ma questa peculiarità e fisiologica complessità si acuisce negli *hard cases* che, per la loro criptica natura richiedono una maggior attenzione sia metodologica che ricostruttiva, nell'applicazione del caso. I casi difficili, insoliti perché presentano una casistica molto limitata oppure imprevedibili perché non rientrano nei criteri di prevedibilità usati dal legislatore o, come nel caso del settore bioetico, perché il legislatore non poteva prevedere che determinati casi si ponessero in quanto sono sorti solo grazie alle innovazioni

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

scientifiche e tecnologiche successive, non possono essere risolti con un approccio ermeneutico di tipo tradizionale.

Non si può pensare che, in una realtà la cui complessità continua a crescere e a modificarsi, spesso in maniera imprevedibile per i diretti riflessi delle innovazioni scientifiche e tecnologiche, l'interprete sia sempre in grado di imbrigliare, attraverso le previsioni predeterminate e rigide date dalle regole giuridiche, le singole fattispecie che gli vengono di volta in volta sottoposte¹⁸.

Non si può nemmeno pensare che il Giudice (tra l'altro vincolato dal divieto di denegata giustizia)¹⁹ si possa agevolmente liberare dall'obbligo proprio adducendo la complessità della fattispecie che è chiamato a regolamentare e l'inesistenza di un adeguato sostegno normativo della propria opera.

Non si può nemmeno pensare che il Giudice possa giungere a dare una soluzione al caso difficile del tutto arbitrariamente, proprio all'ombra della difficoltà del caso e della scarsa collaborazione data dal legislatore²⁰.

Il Giudice deve affrontare i casi difficili e dare loro una risposta, con una attenzione alla ragionevolezza della sua operazione, supportata dalle regole della logica oltre che a quelle del diritto. Deve essere in grado di individuare i (seppur scarsi qualche volta) appigli normativi e ricostruire una risposta alla domanda che il caso gli prospetta.

Sul punto utile certamente saranno le indicazioni di Ronald Dworkin, per il quale la validità di una norma non dipende dalla sua forma, l'essere espressa in una disposizione ordinaria o secondaria del sistema ma dal suo contenuto. Non ci sono solamente le disposizioni a regolamentare le fattispecie, ma anche i principi che possono orientare l'applicazione delle disposizioni nell'ambito del giudizio. Si crea in tal modo una gerarchia che vede i principi prevalere sulle regole, in modo che le regole non potranno mai essere applicate in modo da contrastare e derogare ai principi. Dworkin, infatti, sinteticamente precisa che i principi non possono essere derogati dalle regole ("principles cannot be trumped by rules"). Ne deriva che, anche in base a questa lettura, un giudice *creativo* che estenda, nel momento applicativo, il dettato di una disposizione al caso, creando nuove norme, svolge una funzione per certi versi inevitabile per certi altri utile e necessaria per il funzionamento del sistema legale. Anche secondo il filosofo statunitense il giudice non gode di una illimitata discrezionalità ma dovrà ricavare le regole dai principi e dai valori che la società esprime, consentendo, in tal modo, allo *ius* di esprimersi superando i limiti propri della *lex*²¹.

Ma a questo punto ci si deve chiedere. Come è possibile verificare l'opera del giudice, comprendere se lo stesso è giunto ad una riflessione argomentativa corretta e coerente con la questione che gli è stata prospettata, nel rispetto della normativa esistente o se lo stesso

¹⁸ Il problema filosofico, da sempre presente, ha trovato un'originale rielaborazione nella Scuola del Diritto Libero. Per una attenta analisi delle tematiche trattate, si rinvia a Fassò 2006 [2001]: 188 e ss.

¹⁹ L'art. 4 del Codice Napoleone introduce, per la prima volta, il divieto di denegata giustizia, imponendo al Giudice di decidere su ogni controversia a lui sottoposta, non potendo questi sollevare la sua impossibilità dovuta alla mancanza di una norma che regola il caso. Art. 4 Code Napoleon recitava infatti "Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia".

²⁰ Riecheggiano gli avvertimenti di Gustav Radbruck, filosofo di Lubeca, che invocava la natura della cosa come forma giuridica di pensiero contro il possibile arbitrio del giudice. Secondo Radbruck, infatti, la forma giuridica del pensiero da questi elaborata, è certamente uno strumento utile per interpretare il testo legislativo, testo che inevitabilmente per sua stessa struttura è generale ed astratto e, quindi, richiede un suo quotidiano adattamento applicativo nel momento dell'interpretazione. Tale adattamento non può essere lasciato all'arbitrio di un giudice, né può, in modo altrettanto arbitrario, essere ritenuto sempre comunque aderente al dettato della volontà del legislatore. Ciò che consente l'adeguamento del rigido formale testo normativo alla realtà pulsante della quotidianità regolata dalla norma è proprio la comprensione di quell'intrinseca giuridicità che il rapporto controverso stesso viene ad esprimere e che la teoria della natura della cosa intende individuare e utilizzare come criterio interpretativo Radbruck. Cfr. Radbruck: 1941: 156.

²¹ Numerosa la bibliografia. Sinteticamente si richiamano in tal sede Dworkin 1985: 6-36; Dworkin 1982 e 1977. Sulla filosofia dell'autore statunitense utile sarà la lettura di Soper 1977: 511-542; Ratti 2006: 227-263; Sul punto vedi anche Schiavello 1995: 162.

arbitrariamente, in maniera consapevole o meno, ha dato una soluzione lontana dalla giuridicità del fatto stesso che gli viene prospettato?

Il possibile strumento di controllo ce lo fornisce la Costituzione ove, secondo il dettato dell'art. 111, tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Non è costituzionalmente possibile che la libertà del giudice in sede di applicazione al caso concreto della disposizione, anche laddove l'ordinamento sia lacunoso, gli permetta di elaborare una regola di giudizio per il caso concreto che gli viene sottoposto, che sia contrario al senso fatto proprio dalla lettera della legge e, ancor più, sostituendosi al legislatore.

Secondo i nostri Padri costituenti, il giudice non è libero creatore di diritto ma deve motivare, ossia indicare l'*iter* logico seguito, da quali fonti normative parte la sua decisione, i metodi interpretativi che ha utilizzato e l'argomentazione logica che lo porta a determinate conclusioni. Quindi, vi deve essere *sempre* una linea logica di continuità che leggi tra loro la disposizione, la norma da questa ricavata e la sentenza, e questa linea deve essere illustrata e chiarita nella motivazione, in quanto la motivazione garantisce la possibilità di controllo dell'attività del giudice stesso che, per quanto autonomo e indipendente nel suo operare, è comunque sempre e (solo) soggetto alla legge.

Sempre illuminanti, sul punto, le considerazioni di Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria che sottolineano l'importanza di una corretta interpretazione, anche in considerazione della politicità intrinseca dell'operare del giudice, specie quando affronta *hard cases*:

“la circostanza che nell'interpretazione del giudice vi sia un indubbio margine di integrazione valutativa e creativa non significa che si possa legittimare un uso arbitrario dei metodi, che non vi sia il dovere di giudicare alla luce di criteri razionali e controllabili (...)” per poi aggiungere *“tanto più motivata diviene perciò l'esigenza di sottoporre a verificabilità il metodo di lavoro dell'interprete, di sottomettere al vaglio del controllo critico la sua onestà e la sua razionalità, in modo da garantire che le decisioni giudizialmente o amministrativamente prodotte non oltrepassino, trasgredendo, i testi di legge e quindi non alterino, auto attribuendo al potere giudiziario e esecutivo poteri impropri, i risultati del gioco politico democratico”*²².

Quindi la ragionevolezza della sua argomentazione e il rispetto dell'obbligo di motivazione, con cui si ricostruisca l'*iter* logico seguito, sono i due poli che consentono di verificare se l'interprete ha svolto coerentemente e correttamente la propria opera, rimanendo nell'alveo del nostro sistema costituzionale, o se, viceversa, si è erto a creatore del diritto, ponendosi in contrasto, con le regole fondamentali del nostro sistema costituzionale che vuole sì un giudice libero ma non un giudice arbitrario, perché, in questo secondo caso, si approprierebbe di una funzione politica che non gli viene riconosciuta dalla stessa Costituzione.

9. Il caso Englano. Analisi della motivazione della Cassazione. I dubbi ermeneutici.

Venendo, quindi, alla pronuncia della Cassazione sul caso Englano, dobbiamo dare una risposta alla domanda se la decisione della Cassazione ha offerto una *adeguata e coerente* motivazione, nel rispetto dei canoni della ragionevolezza, e quindi se è rimasta all'interno del difficile compito che la Costituzione gli affida di interprete e applicatore del diritto o se ha travalicato questi limiti, esorbitando dal proprio ruolo.

Per dare una risposta a questa domanda dobbiamo quindi passare in rassegna l'*iter* logico argomentativo della sentenza stessa. Il caso Englano è stato un caso spinoso e l'*iter* processuale che ha portato alla definitiva pronuncia della Cassazione prima e della Corte d'Appello di Milano poi ha avuto una rilevanza mediatica notevole, certamente avvertita dai magistrati investiti di tale complesso

²² Viola, Zaccaria 1999: 213.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

e, per certi versi, ingratto compito. Alla luce di quanto premesso, riteniamo opportuno valutare ed analizzare l'iter motivazionale seguito dalla Corte per cercare di comprendere se, e in che misura, possa dirsi coerente e logico con il sistema esistente e, quindi, condivisibile o si debba concludere che la Cassazione abbia agito al di fuori del sedime costituzionale *creando*, come molti sostengono, diritto.

Cerchiamo di svolgere alcune considerazioni valutative sulle argomentazioni della Cassazione in particolare, che diverranno chiave di lettura e, possibilmente, di risposta al quesito posto²³.

9.1 La valenza giuridica delle dichiarazioni anticipate di volontà.

Sia la Cassazione che la Corte d'Appello di Milano, chiamata ad applicare il principio di diritto, più volte precisano come il caso di Eluana sia un caso particolare perché non sussistevano espresse dichiarazioni di volontà anticipate da parte della stessa in ordine ai trattamenti sanitari a cui sottoporsi.

La Cassazione espressamente evidenzia che

“il quadro compositivo dei valori in gioco (...), si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, (...), attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza”. E poi passando a parlare di Eluana precisa che *“risulta pacificamente dagli atti di causa che nella indicata situazione si trova Eluana, la quale (...) non ha predisposto, quando era in possesso della capacità di intendere e di volere, alcuna dichiarazione anticipata di trattamento”*.

E la Corte d'Appello di rinvio, riprendendo la motivazione della Cassazione, lo ribadisce più volte.

In realtà questi assunti delle due Corti appaiono francamente discutibili in quanto all'epoca dei fatti, siamo nel corso degli anni 2007 - 2008, non esisteva alcuna regolamentazione relativamente all'istituto, già presente in molti altri diversi ordinamenti stranieri, delle dichiarazioni anticipate di trattamento che troveranno regolamentazione solo successivamente grazie all'art. 4 della Legge 219 del 22 dicembre 2017. Ne consegue che, giuridicamente, se anche tali dichiarazioni vi fossero state, non avrebbero potuto essere utilizzate dai giudici investiti della decisione sul caso perché l'istituto non era regolamentato.

Le due Corti, invece, nulla dicono sulla carenza normativa in materia e, neppur tanto implicitamente, fanno comprendere che, se ci fossero state delle dichiarazioni anticipate di trattamento, si sarebbe dovuto tenerle in debita considerazione e, ancora più estensivamente, fanno comprendere che, se fosse stato possibile attribuire alle confidenze spontanee di Eluana alle amiche la natura di dichiarazioni anticipate di trattamento, si sarebbero dovute tenere in debita considerazione in quanto espressione della volontà dell'incapace. Ma questo in assenza di una legge che regolasse l'istituto²⁴.

²³ Superfluo dire che le riflessioni tecniche sotto la prospettiva ermeneutica rimandano e si nutrono della vasta bibliografia in materia di bioetica. Si citando solo alcuni con intento ovviamente non esaustivo. Agamben 1995; D'Agostino F. 1995: 31-49; Cotta 1985; Cotta1989; Diritto, persona, mondo umano. Torino: Giappichelli; D'Agostino 1996 e Id 2019; D'Agostino, Amato Mangiameli (a cura di), 2013; Palazzani 2018; Sartea 2020: 190-232.

²⁴ Per una ricostruzione dei tentativi di legiferazione in materia di testamento biologico anche successivi si rimanda a Carusi 2016.

9.2 Il consenso informato e la sua rilevanza nel caso.

Altro punto in cui la motivazione della Cassazione appare non del tutto lineare è quando la stessa partendo, preliminarmente, da un'approfondita illustrazione dell'istituto del consenso informato giunge a delle conclusioni non logicamente collegate alle premesse stesse. La Cassazione, infatti, fa un lungo *excursus* sul consenso informato come presupposto dell'articolo 32 della nostra Costituzione che “*costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente*”. Principio “*enunciato in numerose leggi speciali (...) e ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte*”.

Nella parte iniziale della sentenza la Cassazione precisa che questo istituto ha come “*correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale*” e ribadisce che “*ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione la quale vede nella persona umana un valore etico in sé*”.

Date queste premesse, verrebbe da dire che, nel caso di Eluana, non c'era e non ci può essere consenso informato perché Eluana non era stata informata (e conseguentemente mancano tutti i presupposti per il consenso informato).

Infatti, sia che si volesse ricavare il consenso all'interruzione del trattamento sanitario dalle dichiarazioni di Eluana (cosa che comunque la Cassazione non fa in quanto la stessa precisa che il giudice *a quo*, la Corte d'Appello di Milano del precedente grado di giudizio, non aveva errato nel dire che le dichiarazioni rese in vita da Eluana - contestualizzate storicamente - non erano vere e proprie dichiarazioni di volontà ossia manifestazione della volontà di interrompere il trattamento sanitario) sia che lo si volesse ricavare dal suo stile di vita, in ogni caso non vi era stato un consenso autenticamente *informato*. Perché mancava del tutto l'informazione. E quali sono le caratteristiche del consenso e prima ancora dell'informazione preliminare al consenso la Cassazione, nella sua lunga illustrazione, ne è ben conscia, ricordando che l'informazione deve essere completa, adeguata, corretta, effettiva e che il consenso conseguente deve essere attuale, cosciente, libero oltre che revocabile e maturato definitivamente per il tramite della strategia della persuasione.

Tutto questo in Eluana pacificamente non c'era. Ma, a questo punto, dovendo riconoscere che nel caso di Eluana non vi era l'informazione e quindi non vi poteva essere il consenso informato e libero, la Cassazione avrebbe dovuto decidere diversamente. Invece con un rovesciamento logico di difficile ricostruzione afferma che “*va ricreato il dualismo tra paziente e medico*”, ossia attraverso una *fictio* (che francamente si trova difficile ritenere *iuris*) si deve ricreare il dualismo che non c'è stato. Ma questo non potrà ridare ad Eluana l'informazione che Eluana non ha mai avuto.

9.3 Il ruolo del tutore e la *cura* dell'incapace. Reale estensione del concetto.

Altro punto argomentativo su cui si sollevano inevitabilmente dei dubbi sotto il profilo della motivazione è quello logicamente successivo. La Cassazione, come detto, sostiene che “*va ricreato dualismo tra paziente e medico*” e ritiene che questo possa essere realizzato per il tramite del tutore, in quanto lo stesso, ai sensi dell'articolo 357 c.c., articolo poi espressamente richiamato anche relativamente proprio al tutore di persona maggiorenne incapace dall'art. 424 c.c., ha “*la cura della persona del minore e lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra beni*”.

Già l'assunto in sé sembra contraddirsi quanto ampiamente illustrato in numerosi passaggi della sentenza della Cassazione che pone come punto di partenza della propria argomentazione il diritto alla salute sancito dall'articolo 32 della nostra Costituzione. Il diritto in più occasioni viene, infatti, qualificato come “personalissimo”, e si sostiene che viene ad esprimere un principio “personalistico” di autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

Obiettivamente tali assunti sembrerebbero contrastare con il principio secondo il quale tale scelta (di interruzione del trattamento sanitario) possa essere fatta da un rappresentante anche se questi, fuor di dubbio, non deve agire per esprimere una propria opinione e nemmeno la propria volontà, ma “*deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e (...) deve decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace*”, ossia nel tentativo di ricostruire la volontà che l’incapace avrebbe probabilmente espresso trovandosi in quella situazione ma che non può esprimere stante la sua situazione, il suo *status*. Non è difficile comprendere come vi sia una evidente contraddittorietà tra l’assumere questa scelta come espressione del principio personalistico di autodeterminazione espresso dal diritto personalissimo alla salute e sostenere che questa scelta, espressione di questo principio, possa essere posta in essere da un rappresentante.

E questa difficoltà, si riverbera inevitabilmente sulla motivazione dell’assunto quando la Cassazione, argomentando a tal proposito, richiama un proprio orientamento maturato e consolidato da tempo, secondo il quale il concetto di *cura* della persona “*va riguardata anche sotto il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali, potendosi avere ipotesi di assoluta necessità di sostituzione della volontà del soggetto con quella della persona nominata tutore pure in assenza di patrimoni da proteggere*”.

Le perplessità sorgono però non tanto per il principio enunciato, ossia che il tutore possa e debba avere *cura* anche degli interessi *non patrimoniali* dell’incapace, ma dalla lettura del richiamo (autoreferenziale) al precedente autoritativo della stessa Cassazione. A supporto di questo, il Giudice di legittimità si richiama a una sentenza precedente (Cass. Civ. n. 5652 del 1989) nella quale, forse per la prima volta, il giudice delle leggi evidenzia come il concetto di *cura* di cui all’articolo 357 del c.c. sia un concetto ampio e ricomprenda non solo aspetti squisitamente patrimoniali ma anche strettamente personali. In questa si legge:

“*L'incapacità di provvedere ai propri interessi, (...), va riguardata anche sotto il profilo degli interessi non patrimoniali, sempre che si tratti di interessi che possano subire pregiudizio (..) (come nel caso in cui si debba ovviare ai pericoli derivanti dal rifiuto, per infermità psichica, di cure od interventi medici)*”.

A sostegno della propria tesi, quindi, la Cassazione cita un precedente che però rappresenta e riguarda un caso *diametralmente* opposto a quello di Eluana, ossia un caso nel quale il soggetto incapace *si rifiutava* di sottoporsi a un trattamento sanitario salvavita e conseguentemente al tutore fu riconosciuta la possibilità di agire per ottenere ed imporre all’incapace un trattamento sanitario *salvavita* obbligatorio, con l’effetto conseguenziale di *salvare la vita* dell’incapace stesso. Nel caso di Eluana, invece, il tutore agisce per farsi autorizzare ad interrompere il trattamento sanitario, interruzione della quale deriverà inevitabilmente la morte del soggetto sottoposto a tutela. Ossia un caso *radicalmente* opposto che risulta difficile sostenere sia estensibile analogicamente²⁵.

9.4 La costante *ambiguità* terminologica della Cassazione.

Queste difficoltà, che la Corte di Cassazione sembra trovare in questo percorso argomentativo, si riflettono anche sulla terminologia usata dalla stessa Corte che, in plurime occasioni, parlando dell’opera ricostruttiva del tutore a favore dell’incapace, ripetutamente usa il termine di “*presunta volontà*” e di “*ipotetica decisione*” non nascondendo come sia da ritenersi evidente l’impossibilità di far coincidere la volontà espressa dal tutore con la volontà dell’incapace e di far coincidere la decisione del tutore con la ipotetica decisione dell’incapace.

²⁵ Sulla questione del consenso informato e del ruolo del tutore si rimanda all’interessante analisi di Daly 2020: 757 e ss. Bugetti 2019: 106 e ss.

9.5 La contraddittoria idea di discriminazione.

La Cassazione, ancora, ribadisce più volte la necessità di garantire l'esercizio di questo diritto personalissimo anche alla persona incapace.

“Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato” deve essere garantito anche quando il soggetto è incapace *“anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”*.

In questo modo la Suprema Corte ci fa comprendere come, in caso contrario, si rischierebbe di discriminare impendendo al soggetto incapace di esercitare il proprio diritto di autodeterminazione sanitaria.

Sul punto, ritorna poi proprio la Corte d'Appello di Milano, chiamata in sede di rinvio ad applicare il principio di diritto espresso dalla Cassazione, la quale si sente in dovere di precisare che

“la Suprema Corte ha posto in evidenza che la prosecuzione della vita non può essere imposta a nessun malato, mediante trattamenti artificiali, quando il malato stesso liberamente decida di rifiutarli, nemmeno quando il malato versi in stato di assoluta incapacità, ha prospettato un'interpretazione che appare in effetti in grado di attuare, più che di contrastare, il principio di uguaglianza nei diritti di cui all'art. 3 della Costituzione”.

In estrema sintesi, se non viene riconosciuto anche alla persona incapace la possibilità di esercitare lo stesso diritto personalissimo di autodeterminazione sanitaria riconosciuto alla persona capace di intendere e di volere, si determinerebbe una discriminazione, una violazione del principio di uguaglianza.

In realtà questa affermazione è del tutto contraddittoria in quanto si può dire esistere una discriminazione (ossia un trattamento differente e diverso) quando si riconosca un diritto ad un soggetto e non si riconosca il medesimo diritto ad un soggetto che si trova nella *medesima* condizione del primo o comunque equiparabile al primo²⁶. Nel nostro caso, invece, tale discriminazione non ha motivo di esistere in quanto a ben vedere il differente trattamento tra il soggetto capace e il soggetto incapace è assolutamente giustificato proprio dalla *differenza di status* dei due soggetti, uno capace di intendere e di volere e uno incapace di intendere e di volere.

9.6 L'aporetico rischio di una discriminazione *a contrario*.

Sempre la Corte d'Appello, nel tenace intendimento di comprendere e sorreggere la portata del principio della Cassazione, precisa che con questa pronuncia il Giudice di legittimità

“non avalli comunque l'esistenza di un diritto assoluto di morire (inteso come negazione o contraddizione del diritto di vivere), ma si limiti a riconoscere l'esistenza di un diritto, di matrice costituzionale (...) a lasciare che la vita segua il suo corso "naturale" fino alla morte senza interventi "artificiali" esterni (...); senza potersi confondere tale diritto, dunque, con quello, certamente fino ad oggi non riconosciuto dal nostro ordinamento, di eutanasia”.

Come la Corte d'Appello ci conferma, fulcro della decisione della Suprema Corte è il preliminare riconoscimento di un diritto personalissimo del singolo, anche del soggetto incapace, di potersi

²⁶ Per una approfondita analisi del concetto di discriminazione si veda Consiglio 2020.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

autodeterminare in relazione al trattamento sanitario anche laddove da una sua decisione e possa derivare la morte, diritto che, nel caso dell'incapace, può (e deve) essere esercitato per il tramite del tutore.

In realtà l'affermazione del giudice appare tautologica e risulta per certi versi contraddittoria. Nel momento in cui viene riconosciuto un diritto anche al soggetto incapace nasce nell'ordinamento il parallelo obbligo di garantire l'esercizio e la tutela del relativo diritto (proprio ai sensi dell'art. 2 e art. 3 della nostra Costituzione). Ma a questo punto ci troviamo ad un bivio logico. O il soggetto incapace non ha un diritto ad autodeterminarsi in ordine al trattamento sanitario, ma allora nulla deve fare o autorizzare lo Stato, a prescindere dalla presenza di un tutore; o il soggetto incapace ha un diritto ad autodeterminarsi, ma allora questo deve essergli riconosciuto, garantito e tutelato, a prescindere dalla presenza o dall'iniziativa di un tutore.

La conseguenza di questa argomentazione è che nel momento in cui riconosco un diritto soggettivo all'autodeterminazione sanitaria ai soggetti incapaci, l'ordinamento giuridico dovrebbe garantire a tutti i soggetti incapaci l'esercizio del relativo diritto.

Se invece l'esercizio del relativo diritto viene garantito solo nel momento in cui il tutore agisca per chiedere l'autorizzazione all'interruzione del trattamento, si giungerebbe alla drammatica discriminazione tra chi è soggetto incapace ma non ha un tutore o, forse peggio, è rappresentato da un tutore che, a questo punto non rispettando il suo incarico e i doveri conseguenti, non chiede di essere autorizzato a interrompere il trattamento sanitario e il soggetto che è incapace ma che grazie al proprio tutore può esercitare il relativo diritto.

E questa sì è discriminazione perché si finirebbe per trattare in maniera diversa due soggetti che si trovano nella *medesima* condizione, facendo dipendere non dalla loro volontà ma dalla presenza di un tutore e dalla sua attività o dalla sua inerzia l'esercizio di quel diritto. Questo perché parlare dell'esistenza di un diritto ma non garantirne l'effettivo esercizio e la relativa tutela è come non riconoscere il relativo diritto.

9.7 Il richiamo (forzato) ai *leading cases* del diritto internazionale.

La Cassazione dedica una serie di richiami a precedenti giurisprudenziali di altri ordinamenti (*leading cases*), invocandoli a sostegno autoritativo della propria argomentazione. In realtà, una lettura attenta di questi richiami e dei casi invocati ci consente di comprendere che questi non sono del tutto corrispondenti al caso Englano e, anzi, sono invocati in maniera incauta in quanto, come abbiamo visto per la giurisprudenza precedente relativa al concetto di cura, riguardano situazioni diametralmente opposte.

Solo per fare alcuni esempi, la Cassazione richiama il *leading case* di Karen Quinlan ove, la Corte Suprema del New Jersey, affermò che

“i desideri di un capace non siano chiaramente espressi, colui che decide in sua vece deve adottare come linea di orientamento il personale sistema di vita del paziente: il sostituto deve considerare le dichiarazioni precedenti del paziente in merito e le sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora tutti gli aspetti della personalità del paziente familiari al sostituto, ovviamente con riguardo, in particolare, ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico, tutto ciò al fine di individuare il tipo di trattamento medico che il paziente prediligerebbe”.

Il caso in sé potrebbe sembrare sovrapponibile, in quanto Karen Quinlan si trovava in stato vegetativo permanente. Ma la differenza sostanziale tra i due casi è che i genitori di Karen avevano richiesto il distacco del solo ventilatore e *perché provocava dolore*, ma non della sonda di alimentazione, che non era dolorosa e quindi non era vista come un mezzo di accanimento terapeutico.

Inoltre, dopo il distacco del ventilatore nel maggio 1976, Karen riuscì a respirare autonomamente e continuò a vivere in uno stato vegetativo persistente fino alla sua morte avvenuta ben nove anni dopo.

La Cassazione poi richiama un altro precedente americano, il caso Nancy Cruzan, di una ragazza che si trovava in uno stato equiparabile a quello di Eluana, ma che venne comunque deciso in maniera diametralmente opposta a quella poi presa dalla cassazione stessa. La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America del 1990, a fronte delle richieste dei tutori della ragazza posta in condizione di “*stato vegetativo permanente*” di interrompere l’idratazione e l’alimentazione artificiali somministrate alla stessa, sulla base della sua presunta volontà di rifiuto ai trattamenti, ha respinto il ricorso, ritenendo che, in mancanza di una prova chiara, completa e convincente della rispondenza alla volontà effettiva del soggetto incapace, non sia ammissibile alcun giudizio sostitutivo dei tutori.

10. Conclusioni.

Il percorso ricostruttivo ci consente di trarre delle conclusioni circa il problema posto all’inizio dell’indagine, ossia di verificare se, nel caso Englaro, la motivazione della sentenza della Cassazione, che ha deciso la vicenda, fosse solida o se, invece, fosse criticabile. Ma soprattutto la nostra attenzione era rivolta a comprendere se la motivazione adotta fosse tale da poter concludere che, nel prendere quella determinata decisione, il giudice adito avesse operato all’interno della sua funzione giurisdizionale, quale interprete e applicatore della normativa a sua disposizione, ricorrendo ad una interpretazione estensiva ma ortodossa oppure avesse operato al di fuori della linea di demarcazione della propria funzione, quale autentico creatore di diritto, quale *legislatore del caso concreto*, superando i limiti che la Costituzione in particolare e l’ordinamento giuridico in generale gli impongono.

L’analisi puntuale dei passaggi della sentenza, appena ripercorsi, ci conducono ad una preliminare riflessione. Pur rimanendo in un’ottica squisitamente giuridica, si comprende che la Corte di Cassazione ha avvertito la necessità di ascoltare l’esigenza espressa dalla comunità di trovare una soluzione al problema del fine vita che il caso sollevava e che riguardava (e riguarda tuttora) un numero considerevole di persone, problema al quale l’involuto sistema legislativo non aveva ancora dato una risposta normativa. In una comunità come quella italiana, ove la matrice culturale cattolica è storicamente presente e significativa, l’*iter* per una riforma legislativa, va riconosciuto, è stato lungo e tortuoso e, probabilmente, è giunto ad un esito, tra l’altro parziale, proprio grazie all’impulso della Corte e dei vari movimenti che hanno sollevato e messo in debita luce il problema. Ad ogni modo, questo duplice aspetto, la determinazione a porsi come portavoce di una mutata e maturata esigenza e l’immobilismo legislativo sono diventati elementi catalizzatori della rilettura della Cassazione della normativa positiva, costituzionale prima e ordinaria poi, esistente. E la decisione della Cassazione di dare una soluzione al problema diffuso, stante l’inerzia del legislatore, per certi versi, è comprensibile.

L’analisi della motivazione, però, ha evidenziato molto dubbi e sollevato molte perplessità. In più di qualche passaggio la stessa, come abbiamo illustrato, è stata contraddittoria, in particolare nel concetto di discriminazione come presupposto giustificativo della ricostruzione del dualismo medico paziente, in altri casi illogica, costellata spesso da richiami a precedenti giudiziari italiani e internazionali non del tutto confacenti al caso in questione, in una sorta di *excusatio non petita* della propria decisione, che in tal modo poteva apparire forse sorretta da una legittimazione autoritativa.

Alla luce di quanto siamo venuti ad illustrare riteniamo che ci si debba richiamare alla distinzione, nell’attuale metodologia giuridica, tra una metodologia dei metodi e una metodologia dei risultati²⁷. Con la prima il giurista sceglie i risultati sulla base dei metodi, con la seconda il giurista sceglie quello che ritiene essere il migliore risultato e poi lo motiva sulla base dei metodi che ad essa conducono.

²⁷ Sul punto della partizione tra una metodologia dei metodi e una metodologia dei risultati si veda Lombardi Vallauri 1981: 79 e ss. e Viola, Zaccaria 1999: 211.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

È nostra opinione che, nel caso che ci occupa, la Corte abbia agito proprio in questo secondo modo, ossia, spinta dalle contingenti esigenze del momento storico e dalla pressione dell'opinione pubblica (o quanto meno di una parte dell'opinione pubblica), visto l'immobilismo o la lentezza dimostrata dal legislatore, abbia ravvisato l'esigenza di accogliere le istanze della comunità e di intervenire, in maniera decisamente innovativa, a colmare una evidente lacuna. Abbia quindi individuato e scelto quello che riteneva il 'migliore risultato', il più giusto, e abbia cercato di ricostruire una motivazione *ex post*, individuando dei possibili metodi interpretativi che, a suo dire, consentissero di giungere a quel risultato²⁸. Intenzione e modalità che, astrattamente, non è criticabile da un punto di vista metodologico.

Però, nel momento in cui questo tentativo di motivare *ex post* diventa particolarmente ardito, al punto da rilevare delle evidenti incongruenze e contraddizioni, dobbiamo concludere che l'opera del giurista, in questo caso, non è stata metodologicamente corretta e che si è interrotto il nesso che dovrebbe essere rigorosamente indissolubile tra la disposizione di legge e il fatto concreto e ricondurre logicamente alla soluzione prospettata. E questo alla luce dei principi della ragionevolezza e della logica.

Dobbiamo concludere che l'opera del giurista non è qualificabile come interpretazione, come *ius dicere*, ma come creazione di diritto. L'interruzione della linea logica fondata sulla ragionevolezza che discende dalla disposizione e giunge alla fattispecie, illuminandone coerentemente la lettura, ci fa comprendere che siamo di fronte non più ad un'interpretazione del diritto ma ad una creazione del diritto. Nel caso Englaro, quindi, benché non si possa non riconoscere la singolarità del momento storico e la peculiarità del contesto sociale in cui la Cassazione è venuta ad decidere, non si può non concludere che il confine, che delimita l'attività giurisdizionale dall'attività legislativa, è stato superato.

²⁸ Non nascondiamo le nostre perplessità anche in relazione all'istruttoria della procedura seguita in sede di rinvio. La Corte d'Appello di Milano ritiene di risentire il tutore (ossia colui che aveva attivato tutte e sette le procedure precedenti) ma non di risentire i testimoni. Tra l'altro risentire è un termine improprio perché i testimoni erano stati sentiti dalla precedente Sezione della Corte d'Appello nel 2006 e non dai medesimi giudici.

Non compare quasi mai, né viene sentita, in tutto l'arco del giudizio, la madre di Eluana in quanto della stessa si hanno notizie solo attraverso due dichiarazioni scritte, vergate unitamente al marito e depositate in causa. Nessun giudice però ritiene di disporre l'audizione della madre.

Venendo poi alla valutazione delle prove, gli episodi di vita di Eluana, da cui dedurre il suo stile di vita considerati significativi sono di quando era bambina (uno a 10 anni e uno a 13 anni quando il padre le vieta di uscire da sola la sera da casa). Per quel che riguarda la scuola, il fatto di aver mal sopportato il liceo privato gestito dalle suore che Eluana si era trovata a frequentare in quanto costretta dalla circostanza che non vi era una scuola pubblica nel suo comune; per quanto riguarda l'università, Eluana si iscrive a Giurisprudenza e un anno dopo cambia corso di laurea e si iscrive in una facoltà diversa. Altra prova documentale sarebbe una lettera scritta di proprio pugno di Eluana poco prima di Natale ai propri genitori nella quale li ringrazia per tutto quello che hanno fatto per lei e soprattutto per essere stati vicini, comprensivi e aperti al dialogo.

Inutile dire che poi certamente un significativo peso nella decisione della Cassazione hanno rivestito le dichiarazioni di Eluana in concomitanza con le esperienze personali relative agli amici Alessandro, Stefano e Filippo, in riferimento ai quali la stessa aveva detto che è preferibile morire che vivere in un determinato modo, tenuti in vita artificialmente. Inutile aggiungere che l'episodio più icastico è certamente quello in cui Eluana si reca in Chiesa e accende un cero per chiedere che Dio intervenga con un miracolo ma per porre fine alle sofferenze dell'amico e farlo morire (e non per farlo guarire). Tutte circostanze di fatto che, anche se pacificamente provate in corso di giudizio, sono però leggibili in due modi opposti. I primi episodi riguardano una bambina che, per la sua tenera età, può benissimo essere suggestionata da episodi, letture, ascolti di persone più adulte ma non per questo frutto di riflessioni personali. La vita scolastica e universitaria di Eluana viene letta come irrefrenabile desiderio di cambiamento e resistenza ai vincoli, ma può essere letta come immaturità e conseguente insicurezza nelle decisioni più importanti della propria vita, quanto meno formativa e lavorativa (liceo e università).

Gli episodi delle esperienze personali con gli amici, vittime di incidenti, viene letta dalla Cassazione come espressiva di una idea di vita che va vissuta, mentre la precedente Corte d'Appello di Milano, le aveva qualificate come "dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando Eluana era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora versa".

BIBLIOGRAFIA

- Agamben G. 1995, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi.
- Baldini G. 2009, Il caso Englano e il diritto alla sospensione delle cure, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2009 (3).
- Barak A. 1987, *Judicial Discretion. La discrezionalità del giudice*, I. Mattei (cur.), Milano: Giuffrè.
- Basso L. 1958, *Il principe senza scettro*, Milano: Feltrinelli.
- Becchi P. 2022, *Il principio dignità umana*, Brescia: Morcelliana.
- Berti G. 2003, Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto, *Rivista diritto privato*, 2003 (3): 461-477.
- Bucalo M.E. 2009, Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del “caso Englano” e la necessità della disciplina sul “fine vita”, in P. Falzea (cur.) 2009, *Thanatos e nomos*, Napoli: Jovene.
- Bugetti M.N. 2019, La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017, *Riv. Dir. Civ.*, 2019 (1): 106-129.
- Bulygin E. 1994, Sentenza giudiziaria e creazione diritto, in M. Bessone e R. Guastini (cur.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova: Cedam: 159-168;
- Caponi R. - Proto Pisani A. 2009, “Il caso Englano: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile”, available at: www.associazionecostituzionalisti.it.
- Cappelletti M. 1994, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna: Il Mulino.
- Capurso M. 1976, La crescita d'influenza dell'interpretazione giudiziaria sui processi di formazione del diritto: riflessi istituzionali, *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1976 (4): 1478-1503;
- Carusi R. 2016, *Tentativi di legiferazione in materia di testamento biologico*, Torino: Giappichelli.
- Consiglio E. 2020, *Che cosa è la discriminazione? un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Torino: Giappichelli.
- Cotta S. 1985, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Milano: Giuffrè.
- Cotta S. 1989, *Diritto, persona, mondo umano*, Torino: Giappichelli.
- D'Agostino F. 1995, *Il diritto come problema teologico e altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Torino: Giappichelli: 31-49
- D'Agostino F. 1996, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- D'Agostino F. 2019, *Bioetica. Questioni di confine*, Roma: Studium.
- D'Agostino F., Amato Mangiameli A. C. (cur.) 2013, *Cento e una voce di filosofia dal diritto*, Torino: Giappichelli.
- Daly E. 2020, Amministratore di sostegno e rappresentanza in ambito sanitario, *Famiglia e Diritto*, 2020 (7): 757-766.
- Defanti C. A. 2009, Il caso Englano e la medicina del fine vita, *Recenti Progressi in Medicina*, 2009 (100:2).
- Di Giovine O. 2009, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino: Giappichelli.
- Donini M. 2007, Il caso Welby e le tentazioni di uno spazio libero dal diritto, *Cass. pen.*, 2007 (3): 902-918.
- Dworkin R. 1977, *Taking Rights Seriously*, London: Harvard University Press.
- Dworkin R. 1982, *I diritti presi sul serio*, Bologna: Il Mulino.
- Dworkin R. 1985, *Questioni di principio*, Milano: Il Saggiatore.
- Eusebi L. 1995, Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali, *Rivista Italiana di medicina legale*, 1995 (17): 727-740.

LA SOTTILE LINEA DI CONFINE DELL'INTERPRETAZIONE CREATIVA TRA FISIOLOGIA E PATHOLOGIA DEL SISTEMA.

A PROPOSITO DEL CASO ENGLARO.

Eusebi L. 2002, L'eutanasia come problema giuridico, *Ragion Pratica*, 2002 (19): 99-114.

Fassò G. 2006 [2001], *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari: Laterza.

Ferrarese M.R. 2002, *Il diritto al presente: globalizzazione è tempo delle istituzioni*, Bologna: Il Mulino.

Gentile F. 1984, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano: Giuffrè.

Groppi T. 2009, "Il 'caso Englano': un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno", 13 (1), available at www.astrid.eu

Guarnieri C. Pederzoli P. 1997, *La democrazia giudiziaria*, Bologna: Il Mulino.

Kelsen H. 1982, *Il primato del parlamento*, C. Geraci (cur.), Milano: Giuffrè.

Lombardi Vallauri L. 1981, *Corso di filosofia del diritto*, Padova: Cedam.

Luhmann N. 1981, *La differenziazione del diritto*, R. De Giorgi e M. Silbernagl (cur.) 1990, Bologna: Il Mulino.

Mancini F. Ossicini A. 1999, *La bioetica*, Roma: Editori riuniti.

Montesquieu C. L. de, 2015 [1748], *De l'esprit des lois*, XI, cap. XVI.

Morelli A. 2009, Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita "nichilismo istituzionale" e concezioni della giustizia, in P. Falzea (cur.) 2009, *Thanatos e nomos*, Napoli: Jovene: 159-173.

Morelli A. Ventura L. 2015, *Principi Costituzionali*, Milano: Giuffrè.

Mori M. 2009, *Il caso Eluana Englano. La "Porta Pia" del vitalismo ippocratico ovvero il rifiuto di accettare il limite*, Torino: Claudiana.

Neri D. 2011, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Torino: Einaudi.

Palazzani L. 2018, La bioetica laica di Francesco D'Agostino in S. Amato, A. C. Amato Mangiameli, L. Palazzani (cur.) 2018, *Diritto e secolarizzazione. Studi in onore di Francesco D'Agostino*, Torino: Giappichelli: 341-352.

Pastore B. 2003, Soft law, gradi normatività, teoria delle fonti, *Lavoro e diritto*, 2003 (1): 5-13.

Pastore M. C. 2016, *La norma giuridica non del Parlamento. Riflessioni sul caso Englano*, Milano: Edu Università Cattolica.

Pizzorno A. 1998, *Il Potere dei giudici: stato democratico e controllo della virtù*, Bari: Laterza.

Radbruch G., La natura delle cose come forma giuridica di pensiero, *RIFD*, 1941 (XIX): 145-156.

Ratti G.B., Sistema giuridico e sistemazione del diritto nella teoria di Ronald Dworkin, *Ragion pratica*, 2006 (26): 227-263.

Ricoeur P. 1995, Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique, in P. Amselek (cur.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylants, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille: 177-188.

Risicato L. 2008, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino: Giappichelli.

Rodotà S. 1996, Magistratura e politica in Italia, Bruti Liberati et al. (cur.), *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica* 1996, Milano: Feltrinelli: 17-30.

Rodotà S. 2018 [2007], *La vita e le regole. Tra diritti e non diritto*, Milano: Feltrinelli.

Romboli R. 2008, L'attività creativa di diritto da parte del giudice, *Questione giustizia*, 2008 (6): 195 – 216.

Romboli R. 2009, Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englano: un caso di evidente inammissibilità, *Foro it.* 2009 (I): 49-55.

Salazar C. 2009, "Riflessioni sul "caso Englano", available at www.forumcostituzionale.it/0101_salazar

Santosuoso A. 2010, *Il diritto alla salute e le scelte di fine vita. Il caso Englano e oltre*, Milano: Il Sole 24 Ore.

Sarrea C. 2020, Cinquant'anni di Bioetica. Il sapere normativo della civiltà tecnologica ed i suoi dilemmi, *Jus Online*, 2020 (5): 190-232.

- Schiavello A. 1995, Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1995, IV, LXXII: 159-184.
- Soper P. 1977, Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute, *Michigan Law Review*, 1977 (75): 511-542.
- Taruffo M. 1999, Il giudice e la “Rule of Law”, *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1999 (3): 931-943.
- Vallini A. 2008, Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza nota a sentenza Trib. Roma, 23 luglio 2007, *Dir. pen. proc.*, 2008 (1): 59-62.
- Viganò F. 2008, Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008 (4): 1594-1631.
- Viola F. – Zaccaria G. 1999, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari.
- Zaccaria G. 1979, L'obiettività del giudice tra esegezi normativa e politica del diritto, *Rivista diritto civile*, 1979: 603-648.
- Zaccaria G. 1996, *Questioni di interpretazione*, Padova: Cedam.
- Zaccaria G. 2001, Limiti e libertà dell'interpretazione, *Ragion pratica*, 2001 (17): 17-42.
- Zaccaria G. 2012, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari: Laterza.