

Interruzione delle cure
salvavita in paziente non
in grado di esprimere la
propria volontà:

il *Conseil constitutionnel* conferma il suo
self-restraint in materia di bioetica*

Conseil constitutionnel, décision n° 2017-632 QPC (2 giugno 2017)

Davide Paris**

SOMMARIO: 1. L'interruzione delle cure salvavita in Francia e in Italia; – 2. Il controllo di convenzionalità della disciplina francese: l'*affaire Lambert* (cenni); – 3. La legge francese di fronte al *Conseil constitutionnel*: una pronuncia timida e laconica; – 4. Il *self-restraint* del giudice costituzionale francese in materia di bioetica.

ABSTRACT:

L'articolo commenta la decisione del *Conseil Constitutionnel* del marzo 2017 riguardante l'interruzione di un trattamento salvavita nei confronti di un paziente che non è in grado di esprimere la propria volontà. In primo luogo, esso illustra le disposizioni rilevanti del Codice della sanità pubblica francese, sottolineando analogie e differenze con la legge italiana recentemente approvata sul consenso informato. Quindi inquadra la decisione nella giurisprudenza del *Conseil d'État* e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, discutendone il contenuto e l'approccio. Infine, sostiene che questa decisione conferma il *self-restraint* che il *Conseil Constitutionnel* ha mostrato finora quando si tratta di giudicare sulle questioni bioetiche e ne esamina le ragioni.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, paris@mpil.de

This paper comments on the 2017 decision of the French Conseil constitutionnel concerning the interruption of a life-saving treatment when the patient cannot express his or her wishes. It first describes the relevant provisions of the French Public Health Code, stressing similarities and differences with the recently passed Italian law on informed consent. It then situates the decision in the context of previous judgments of the Conseil d'État and of the European Court of Human Rights on the same issue, and discusses its content and approach. Finally, it claims that this decision confirms the self-restraint that the Conseil constitutionnel has shown so far when it comes to judge on bioethical questions, and discusses the reasons thereof.

1. L'interruzione delle cure salvavita in Italia e in Francia

Le questioni concernenti il fine vita sono state oggetto di specifica disciplina legislativa in Francia ben prima che in Italia. Se infatti nel nostro ordinamento la prima disciplina organica di rango primario è stata definitivamente approvata dalle Camere nel dicembre 2017¹, l'ordinamento francese si è dotato di una simile legislazione già con la *loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, cd. *loi Leonetti*². Le due leggi, oltre a condividere lo stesso vocabolario,³ risultano improntate alla medesima impostazione di fondo: garantire il diritto del paziente di rifiutare qualsiasi trattamento, compresi quelli indispensabili per la sua sopravvivenza, senza però consentire alcuna condotta volta a provocarne o accelerarne la morte.

Rispettare questa distinzione fra rifiuto delle cure ed eutanasia è certamente più facile nel caso in cui il paziente sia in grado di esprimere personalmente la propria volontà. In questo caso, il compito essenziale della legge consiste nel disciplinare le modalità secondo cui il rifiuto delle cure salvavita deve essere manifestato, garantendo che esso sia espressione di una scelta consapevole formatasi nell'ambito di un'adeguata relazione di cura con il medico⁴. Assai più complicato è rispettare l'essenziale discriminazione fra rifiuto delle cure ed eutanasia quando il paziente non sia in grado di esprimere personalmente il proprio attuale consenso o dissenso a un trattamento sanitario. Entrambe le leggi ricorrono in questo caso al medesimo strumento, quello della dichiarazione anticipata della volontà del soggetto "in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi", che prende il nome di *directives anticipées* nella legge francese e di "disposizioni anticipate di trattamento" in quella italiana⁵. Ci si trova in questo caso ancora nell'ambito di un'ipotesi di rispetto di una volontà espressa del soggetto interessato, pur se sussiste il delicatissimo problema di valutare la congruità e

¹ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

² Precedentemente v. *Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs* e *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*.

³ Si pensi, in particolare, al concetto di "*obstination déraisonnable*", che la *loi Leonetti* assurge a criterio giustificativo della interruzione delle cure, e che trova ora corrispondenza all'art. 2 della legge 219.

⁴ Cfr. art. L. 1111-4 *Code de la santé publique* (CSP), e art. 1, c. 5, l. 219/2017.

⁵ Cfr. art. 4, l. 219/2017 e art. L. 1111-11 CSP.

attualità di una manifestazione di volontà resa in termini generali, senza la possibilità di valutare concretamente la situazione in cui poi il soggetto si sarebbe venuto a trovare. A questo scopo, sia il legislatore francese che quello italiano, nello stabilire il carattere vincolante delle direttive/disposizioni anticipate nei confronti del medico, prevedono tuttavia che esse possano essere disattese in presenza di determinati presupposti e valorizzano il ruolo della persona di fiducia nella valutazione della sussistenza di tali presupposti⁶.

Le cose si complicano ulteriormente, tuttavia, quando, sempre nel caso di soggetto non più in grado di esprimere la propria volontà, manchino tali direttive/disposizioni anticipate. In questo caso non si tratta di *rispettare* una volontà già espressa dal soggetto valutandone l'attualità e la congruenza rispetto alla situazione data, bensì di *ricostruire* una volontà che il soggetto non ha espresso nelle forme stabilite dalla legge e che non è ora più in grado di esprimere. In questo caso è assai più elevato il rischio di scivolare dal piano del *rispetto di una volontà inconoscibile* a quello della *imposizione di una volontà altrui* a un soggetto che si trova in una situazione di estrema vulnerabilità. Sul punto, il legislatore è chiamato a disciplinare essenzialmente due nodi problematici. In primo luogo, si tratta di stabilire chi sia legittimato a decidere l'eventuale interruzione della cura, vale a dire *quale soggetto, o quali soggetti*, siano chiamati a esprimere la volontà, allora inespressa e ora inesprimibile, del malato. In secondo luogo, occorre stabilire quale *grado di certezza* sia richiesto, nella ricostruzione della volontà del paziente, per consentire il rifiuto o la rinuncia a un trattamento. Su questi punti, la disciplina italiana e quella francese si distanziano significativamente. La nuova legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento non disciplina specificamente questa fattispecie. Essa si limita a stabilire, all'art. 3, c. 3, che "il consenso informato della persona interdetta [...] è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità". Contro il rischio di una possibile scelta del tutore contraria all'interesse del malato non in grado di esprimere la propria volontà, l'art. 3, c. 5 prevede che "nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta [...], in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, [...] rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria".

La nuova disciplina legislativa sembra dunque confermare i principi stabiliti dalla Corte di cassazione nel noto caso Englaro, secondo cui, nel caso di paziente in stato vegetativo permanente, l'interruzione di un trattamento salvavita è consentita in presenza del duplice presupposto della assoluta irreversibilità della perdita della coscienza e della corrispondenza, "in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti", di questa scelta alla volontà del

⁶ Cfr. art. L. 1111-11 CSP, commi 3 e 4; e art. 4, c. 5, l. 219/2017.

paziente medesimo, “tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti”. Diversamente, la richiesta di interruzione delle cure avanzata dal tutore non può essere accolta, “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”⁷. Il riferimento, nel citato art. 3, c. 3 della legge italiana, alla “tutela della salute psicofisica e alla vita della persona, nel pieno rispetto della sua dignità” altro non sembra che una formula adatta a legittimare i principi espressi dalla Cassazione, principi peraltro evidentemente ben noti al legislatore, il quale, qualora avesse voluto distaccarsene, avrebbe potuto (e dovuto) farlo in maniera inequivocabile⁸. La legge offre quindi ora uno strumento che rende più semplice la prova della volontà del soggetto non più in grado di autodeterminarsi, le DAT, ma non si discosta dai principi tracciati dalla Cassazione. Diversa è la situazione in Francia. Quando il medico prende in considerazione l’ipotesi di interrompere un trattamento che ritiene configurare un’ipotesi di ostinazione irragionevole nei confronti di un paziente incapace di esprimere la propria volontà, egli è tenuto a convocare una procedura collegiale. La legge si limita a stabilire che tale procedura collegiale è finalizzata a verificare la sussistenza di un’effettiva situazione di ostinazione irragionevole, mentre la sua disciplina è essenzialmente dettata dalla fonte regolamentare⁹. Quest’ultima attualmente prevede che la procedura collegiale iniziata dal medico che ha in cura il paziente consista in una concertazione con i medici dell’equipe, qualora esista, e nel parere motivato di un altro medico non gerarchicamente subordinato al medico procedente. La persona di fiducia del paziente o i suoi familiari non partecipano alla procedura collegiale. Il medico è tuttavia tenuto a raccogliere il parere del tutore quando si tratti di “*un majeur protégé*”, nonché, quando manchino le direttive anticipate, la testimonianza della persona di fiducia, o, in assenza, dei familiari¹⁰. La disciplina francese si discosta quindi da quella italiana sotto diversi profili.

In primo luogo, è al medico, e non al tutore della persona interdetta, che è affidata la scelta circa il proseguimento o l’interruzione del trattamento. La legge prevede sì una procedura collegiale finalizzata a evitare che il medico prenda la scelta in solitudine; ma non v’è dubbio alcuno che la scelta spetti, al termine della procedura, al medico solamente¹¹. Semplificando – e tenendo presente che nella realtà è verosimile (e auspicabile) che spesso si giunga a una

⁷ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁸ In generale l’intera legge sembra in gran parte finalizzata a “conferma[re] e precisa[re] quanto già consolidato a livello di diritto vigente”: cfr. C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *www.rivistailmulino.it*, 21 aprile 2017.

⁹ Art. L1110-5-2, c. 3 CSP. La fonte regolamentare è in realtà il codice di deontologia medica, come si dirà in conclusione di questo paragrafo.

¹⁰ Art. R4127-37-2 CSP.

¹¹ Alla luce dei lavori parlamentari, la *ratio* di una tale scelta è da ricondurre alla volontà di individuare con precisione un solo responsabile della scelta (per evitare le difficoltà che possono prodursi in caso di disaccordo fra i familiari), e di sollevare i familiari da una decisione così impegnativa e dolorosa (!): cfr. il *Commentaire* alla sentenza qui annotata, disponibile in *www.conseil-constitutionnel.fr*.

scelta condivisa fra il medico, la persona di fiducia e i familiari del paziente – il rapporto tra profilo medico e profilo “morale” o “volontaristico” della scelta sembra opposto nei due ordinamenti. In Francia è il medico a decidere, sentito il parere delle persone più adatte a rappresentare la volontà del malato; in Italia sono queste ultime a decidere, a seguito di dovuta informazione da parte del medico sui profili sanitari della scelta.

In secondo luogo, la disciplina nei due ordinamenti si distingue per il rilievo dato alla volontà del paziente e per il grado di certezza che deve essere raggiunto nella sua ricostruzione per poter consentire l'interruzione di un trattamento salvavita. Nell'ordinamento italiano vale il criterio stabilito dalla Cassazione, per cui, come accennato, è necessario che la richiesta di interruzione di un trattamento corrisponda alla volontà presunta del malato “in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti”. Non è possibile quindi interrompere un trattamento salvavita quando non sia raggiunta in maniera chiara, univoca e convincente la prova della corrispondenza di tale interruzione alla volontà presunta del soggetto incapace di autodeterminarsi. Assai meno chiaro è il ruolo della volontà del malato nell'ordinamento francese, in cui la legge si limita a stabilire che il medico ha, in questi casi, l'obbligo di informarsi sulla volontà del paziente, attraverso le direttive anticipate, oppure, in mancanza, consultando la persona di fiducia, o, se assente, i familiari, ascoltati nel corso della procedura collegiale¹². L'interruzione delle cure, tuttavia, non è, come in Italia, subordinata al raggiungimento di un certo grado di certezza in ordine alla volontà presunta del paziente. È verosimile che nella prassi il medico, che, come si è detto, è l'unico legittimato a decidere sull'interruzione delle cure, non decida in favore dell'interruzione se non quando emerga in maniera evidente che ciò corrisponde alla presunta volontà del paziente. Ciò tuttavia non viene esplicitato dalla legge, che, nella sua scarna definizione della procedura collegiale, pone certamente l'accento sul profilo medico della scelta e non su quello “volontaristico”.

La forte, o eccessiva, valorizzazione dell'aspetto medico della decisione di interrompere le cure nell'ordinamento francese trova poi ulteriore conferma sotto altro profilo. Si è detto che la disciplina legislativa della procedura collegiale è estremamente scarna ed è pressoché interamente lasciata alla fonte regolamentare. Occorre aggiungere che tale fonte regolamentare ha carattere assai peculiare. A disciplinare la procedura collegiale è infatti il codice di deontologia medica, che in Francia assume la forma (e il valore nella gerarchia delle fonti) di un *décret en Conseil d'État*. Concretamente, il codice di deontologia medica viene approvato dal consiglio nazionale dell'ordine dei medici e quindi adottato con decreto del Primo ministro, sentito il Consiglio di Stato¹³. Al potere che la legge stessa riconosce al singolo medico nell'affidargli la piena e unica responsabilità della scelta di interrompere le cure, si aggiunge quindi quello della categoria professionale dei medici di definire la disciplina dello svolgimento della procedura collegiale.

¹² Art. L. 1111-12 CSP.

¹³ Per maggiori dettagli e riflessioni v. E. PULICE, *La deontologia come fonte del diritto. Codificazione dell'etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2017, pp. 753 ss.

2. Il controllo di convenzionalità della disciplina francese: l'affaire Lambert (cenni)

La disciplina sopra brevemente descritta è stata dettata dalla citata *loi Leonetti* del 2005 e successivamente modificata dalla *loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, cd. *loi Claeys-Leonetti*¹⁴. È solo nel 2017, tuttavia, che il *Conseil constitutionnel* ha l'occasione di pronunciarsi, "in via incidentale", sulla costituzionalità di tale disciplina con la sentenza qui commentata. Sia nel 2005 che nel 2016, le due leggi sono state infatti approvate da un'ampia maggioranza parlamentare che ha escluso la loro impugnazione di fronte al giudice costituzionale attraverso la *saisine parlementaire*¹⁵.

Prima di questo controllo di costituzionalità, di cui si dirà al paragrafo successivo, la legge era stata tuttavia controllata sotto il profilo del rispetto della CEDU, sia dal *Conseil d'État*¹⁶, sia dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, in relazione a un caso, quello di Vincent Lambert, che ha profondamente scosso l'opinione pubblica, francese e non solo¹⁷.

Quanto al *Conseil d'État*, il giudice francese ha in questa occasione offerto alcune precisazioni sulla portata della legge, valorizzando in particolare la volontà del paziente cui, come si è visto, il legislatore francese sembra aver assegnato un peso decisamente minore rispetto a quello della sua condizione clinica. Il *Conseil d'État* ha infatti precisato che il medico, nello scegliere, deve fondarsi su una serie di elementi, medici e non, il cui peso rispettivo non può essere prestabilito e dipende dalle circostanze peculiari di ciascun caso. Nel valutare gli elementi di carattere non medico, egli deve attribuire un

¹⁴ Le principali modifiche apportate alla *loi Leonetti* dalla legge n° 2016-87 consistono nell'aver esplicitato il carattere vincolante delle direttive anticipate nei confronti del medico e nell'aver esteso il ricorso alla sedazione profonda e continua, qualificandolo, in presenza di determinati presupposti, come un vero e proprio diritto del malato: per un quadro generale dell'evoluzione della normativa in esame v. L. FERMAUD, *Les droits des personnes en fin de vie*, in *AJDA*, 2016, pp. 2143 ss.

¹⁵ La *loi Leonetti* è stata approvata dall'Assemblea nazionale il 30 novembre 2004 con 548 voti a favore e 3 astensioni. La *loi Claeys-Leonetti* è il frutto di un ampio accordo fra *Les Républicaines* e il *Parti Socialiste*. Anche in questo caso non vi erano i numeri per un ricorso di minoranza al *Conseil constitutionnel*: cfr. R. LETTERON, *La fin de vie devant le Conseil constitutionnel*, in *Liberté, Libertés chéries*, 5 luglio 2017, p. 1.

¹⁶ Nell'ordinamento francese, a partire dalle note pronunce *Jacques Vabre* (*Cour de cassation, Ch. mixte*, 24 maggio 1975) e *Nicolo* (*Conseil d'État, Ass. plén.*, 20 ottobre 1989) la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa esercitano un controllo diffuso di conformità delle leggi al diritto internazionale, e alla CEDU in particolare.

¹⁷ Vincent Lambert è un infermiere francese nato nel 1976 e vittima nel 2008 di un grave incidente stradale che lo ha ridotto in stato vegetativo permanente. Nell'aprile 2013, il medico che lo aveva in carico decise, a seguito di procedura collegiale, di interrompere la nutrizione e idratazione artificiale; la decisione veniva però annullata dal giudice amministrativo. A seguito di una seconda procedura collegiale, nuovamente il medico curante decideva di interrompere i trattamenti di sostegno vitale; anche tale decisione veniva annullata dal giudice amministrativo, ma il *Conseil d'État*, in sede di appello, confermava la legittimità della scelta del medico. I genitori, un fratello e una sorella ricorrevano alla Corte EDU, che tuttavia escludeva la violazione dell'art. 2 CEDU. Seguono diverse pronunce giurisdizionali e il cambio del medico curante (che comporta la rinnovazione della procedura collegiale). Nel momento in cui si scrive, l'ultima pronuncia giurisdizionale rilevante è una decisione della *Cour de cassation* del 13 dicembre 2017, che rigetta la richiesta dei genitori di Vincent Lambert di trasferirlo in un diverso ospedale contro la volontà della moglie, tutrice dal 2016. Elemento centrale di questo caso è il disaccordo fra i membri della (numerosa) famiglia del paziente.

rilievo particolare alla volontà che il paziente possa eventualmente aver espresso anteriormente in qualsiasi forma; qualora tale volontà rimanga inconoscibile, non è possibile ricavare da tale assenza di espressione di volontà una presunzione a favore dell'interruzione del trattamento¹⁸.

Quanto alla Corte EDU, in *Lambert v. France*¹⁹, la *Grande Chambre* non solo ha escluso la violazione del diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU, ma ha altresì affermato – andando oltre il suo ruolo di mero accertamento della violazione dei diritti convenzionali in un caso concreto – la compatibilità della legislazione francese con la Convenzione²⁰, assegnando alla *loi Leonetti* una sorta di brevetto di convenzionalità²¹. Di questa importante decisione, due punti meritano di essere sottolineati a fini della presente analisi.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo sottolinea ampiamente come la legge francese “*n'autorise ni l'euthanasie, ni le suicide assisté. Elle ne permet au médecin d'interrompre un traitement que si sa poursuite manifeste une obstination déraisonnable et selon une procédure réglementée*” (§ 124 e § 141). Conseguentemente, il caso viene deciso non secondo la prospettiva di un'eventuale diretta violazione del divieto di privare intenzionalmente della vita un individuo ex art. 2 CEDU, bensì alla luce degli obblighi positivi di protezione della vita umana che dallo stesso art. 2 CEDU derivano in capo agli Stati.

In secondo luogo, la Corte si mostra piuttosto deferente sui due punti più controversi della legge francese, la titolarità della scelta in capo al medico e il rilievo della volontà del paziente. Sul primo, la Corte ritiene che, in assenza di consenso europeo, la scelta ricada all'interno del margine di apprezzamento degli Stati: “*La Cour relève l'absence de consensus en la matière [...] et considère que l'organisation du processus décisionnel, y compris la désignation de la personne qui prend la décision finale d'arrêt des traitements et les modalités de la prise de décision, s'inscrivent dans la marge d'appréciation de l'État*” (§ 168). Quanto al secondo, la Corte si appoggia essenzialmente sulla decisione del *Conseil d'État*. Rilevando in via generale che “*le patient, même hors d'état d'exprimer sa volonté, est celui dont le consentement doit rester au centre du processus décisionnel, qui en est le sujet et acteur principal*” (§ 178), la Corte non si spinge a definire quanto certa deve essere la ricostruzione della volontà del paziente per poter interrompere il trattamento. Essa si limita piuttosto a rilevare la completezza dell'indagine svolta dal *Conseil d'État*, sottolineando che vi è stato da parte del giudice francese un serio tentativo di ricostruire la volontà di Vincent Lambert e sostanzialmente accettando la decisione del *Conseil d'État* di ritenere

¹⁸ *Conseil d'État*, 24 giugno 2014, n° 375081, 375090, 375091, *Mme Lambert et autres*, § 17.

¹⁹ Corte EDU, GC, 5 giugno 2015, *Lambert et autres c. France* (46043/14).

²⁰ V., in particolare, i paragrafi 150 ss. della decisione *Lambert*, e soprattutto § 160 (“*La Cour conclut dès lors que l'État a mis en place un cadre réglementaire propre à assurer la protection de la vie des patients*”) e § 181 (“*la Cour a considéré conformes aux exigences de cet article le cadre législatif prévu par le droit interne, tel qu'interprété par le Conseil d'État, ainsi que le processus décisionnel, mené en l'espèce d'une façon méticuleuse*”).

²¹ COSÌ F. SUDRE, *La fin de vie devant la Cour EDH: un brevet de conventionnalité délivré à la loi Leonetti*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 6 luglio 2015, n° 27.

sufficientemente precise le testimonianze raccolte per stabilire quale sarebbe stata la volontà di Lambert in ordine al proseguimento o meno del trattamento.

Su questi punti si esercita la dura critica dell'opinione dissenziente firmata da cinque giudici²². Essi si dicono pronti ad accettare che un trattamento di sostegno vitale possa essere interrotto in presenza di una chiara volontà del soggetto interessato, ma rilevano l'assenza di una simile volontà nel caso di specie. Le critiche non sono però riferite all'applicazione della legge nel caso specifico, bensì vanno a colpire direttamente la disciplina legislativa stessa. Dalla lettura dell'opinione dissenziente, in particolare del suo § 5, si ricavano infatti almeno due critiche fondamentali alla legge in relazione al rispetto del diritto alla vita *ex art. 2 CEDU*. In primo luogo, essa non stabilisce, a tutela della persona incapace di autodeterminarsi, uno standard sufficientemente elevato di certezza nella ricostruzione della volontà del paziente, ai fini dell'interruzione del trattamento. Secondo i giudici dissenzienti, infatti, *“pour des questions d'une telle gravité, il ne faut rien moins qu'une certitude absolue”*. Al contrario, *“une interprétation a posteriori de ce que les personnes concernées peuvent avoir dit ou ne pas avoir dit des années auparavant (alors qu'elles étaient en parfaite santé) dans le cadre de conversations informelles expose clairement le système à de graves abus”*.

In secondo luogo, sempre secondo i giudici dissenzienti, la legge francese non attribuisce valore decisivo alla volontà del paziente nella scelta di proseguire o meno il trattamento. Tale volontà deve sì essere presa in considerazione, ma non è decisiva, basandosi la decisione del medico essenzialmente su una valutazione di carattere sanitario.

Venendo a mancare l'elemento del rispetto della volontà del paziente, i giudici dissenzienti non esitano a concludere, in aperto contrasto con l'opinione della maggioranza, che la legge francese consente l'eutanasia, tale dovendosi considerare il caso Lambert: *“Cette affaire est une affaire d'euthanasie qui ne veut pas dire son nom”* (§ 9).

3. La legge francese di fronte al *Conseil constitutionnel*: una pronuncia timida e laconica

L'occasione per il *Conseil constitutionnel* di pronunciarsi sulla legislazione concernente il fine vita è fornita dall'approvazione del *Décret n° 2016-1066 du 3 août 2016*, che integra la disciplina legislativa del 2016 regolando il funzionamento della procedura collegiale. Tale decreto viene infatti impugnato per eccesso di potere di fronte al *Conseil d'État* dall'Unione nazionale delle associazioni delle famiglie dei traumatizzati cranici e cerebrolesi, che promuove in questa occasione una *question prioritaire de constitutionnalité* concernente alcune disposizioni della legge del 2016, che il *Conseil d'État* trasmette al *Conseil constitutionnel*. Anche se la questione investe le disposizioni del *Code*

²² V. *Opinion en partie dissidente commune aux juges Hajiyev, Sikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Grimco*.

de la santé publique nella formulazione risultante dalla legge del 2016, essa in realtà va a toccare alcuni aspetti essenziali della disciplina riconducibili già alla *loi Leonetti* del 2005. L'asserita incostituzionalità riguarda infatti la scelta del legislatore di rinviare al decreto la disciplina della procedura collegiale, senza garantire né il carattere collegiale della decisione di interrompere le cure, né la possibilità di esercitare un ricorso sospensivo nei confronti di tale decisione.

I profili di incostituzionalità sollevati sono quindi due. Il primo, di carattere sostanziale, riguarda la scelta di attribuire la decisione sull'interruzione delle cure esclusivamente al medico. Le disposizioni contestate si porrebbero infatti in contrasto con il principio costituzionale di salvaguardia della dignità della persona umana, da cui deriva il diritto alla vita, e con la libertà personale protetta dall'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nella misura in cui non garantiscono il rispetto della volontà del paziente, in quanto, al termine della procedura collegiale, il medico rimane libero di decidere l'interruzione delle cure senza essere vincolato dai pareri raccolti durante la procedura stessa. Il secondo profilo, di carattere procedurale, riguarda l'assenza di carattere sospensivo del ricorso contro la decisione di interrompere le cure, con conseguente asserita violazione del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

Il *Conseil constitutionnel* si trova dunque a decidere una questione che mette in discussione la costituzionalità della scelta di fondo della *loi Leonetti* in un contesto molto particolare. La legge ha infatti già trovato applicazione per oltre 10 anni ed è stata oggetto di puntuali modifiche che hanno preso in considerazione le difficoltà sorte nella prassi, senza però toccare le scelte fondamentali della legge che ne risultano quindi confermate. Il *Conseil d'État* ne ha valorizzato, nei limiti concessi dall'interpretazione, gli aspetti di tutela della volontà presunta del paziente, riequilibrando in parte lo sbilanciamento iniziale a favore della decisione medica. La Corte di Strasburgo, avallando e valorizzando l'interpretazione fornita dal *Conseil d'État*, ha già concesso il suo "brevetto di convenzionalità". Tutto ciò non significa peraltro che non residui uno spazio per l'esame di costituzionalità, soprattutto in un ordinamento, come quello francese, in cui controllo di convenzionalità e controllo di costituzionalità sono, almeno in teoria, nettamente separati e riconducibili a due giurisdizioni diverse, quella ordinaria e quella costituzionale rispettivamente²³. Del resto, la questione della scelta esclusiva del medico non espressamente vincolata al raggiungimento di un determinato grado di certezza in ordine alla volontà presunta del paziente solleva interrogativi che meritano un'approfondita disamina, rispetto ai quali le decisioni del *Conseil d'État* e della Corte di Strasburgo non sembrano aver sgombrato il campo da ogni dubbio di compatibilità con il rispetto del diritto alla vita e della libertà di scelta del paziente.

²³ Cfr. *supra*, nota 16, e O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris 2007, pp. 315 ss.

Tale approfondita disamina non si ritrova però nella decisione del *Conseil constitutionnel*, che adotta una decisione laconica e deferente che non intende rimettere in discussione quanto deciso dal legislatore e quanto già affermato dal *Conseil d'État*²⁴.

Per quanto riguarda la questione sostanziale, relativa al potere decisionale del medico e alla funzione della procedura collegiale, il giudice costituzionale francese si limita a ricordare quattro aspetti della disciplina contestata, che sarebbero sufficienti a escludere l'asserita violazione della dignità umana e della libertà personale.

In primo luogo, il giudice delle leggi ricorda che il medico deve interrogarsi sulla volontà presunta del paziente, ricorrendo alle direttive anticipate o, in mancanza, consultare la persona di fiducia, o, in sua assenza, i familiari. Nel far questo, tuttavia, il *Conseil constitutionnel* si tiene ben lontano dai nodi problematici che invece dovevano essere affrontati, cioè il grado di certezza che deve essere raggiunto e il carattere vincolante della volontà del paziente. In secondo luogo, viene richiamata la dottrina del *Conseil d'État*, secondo cui quando la volontà rimane incerta non è possibile dedurre alcuna presunzione in favore dell'interruzione dei trattamenti. In terzo luogo, si ricorda che la decisione del medico non può essere presa se non al termine di una procedura collegiale, volta a verificare “*le respect des conditions légales et médicales d'arrêt des soins*”. Infine, la decisione del medico “*et son appréciation de la volonté du patient*” possono essere sottoposte a controllo giurisdizionale.

Quanto alla questione procedurale, il *Conseil* ricorda che in assenza di disposizioni specifiche il ricorso nei confronti della decisione di interrompere le cure si esercita secondo le disposizioni di diritto comune, ciò che l'ordinamento francese già aveva appreso dal caso *Lambert*. Il contributo del giudice costituzionale si traduce nell'introduzione di una riserva dal duplice contenuto. Perché la disciplina sia conforme al diritto a un ricorso effettivo è necessario, da una parte che la decisione sia notificata alle persone presso le quali il medico si è informato della volontà del paziente in modo tale da consentire loro un ricorso in tempo utile; dall'altra, che tale ricorso sia esaminato dalla giurisdizione competente il più rapidamente possibile ai fini dell'eventuale sospensione della decisione contestata. Il giudice costituzionale francese colma così due lacune della legge, anche se la portata realmente innovativa della riserva sembra assai ridotta, trattandosi piuttosto di una formalizzazione di quanto già avviene nella prassi²⁵.

²⁴ Il *self restraint* del *Conseil constitutionnel* è stato unanimemente sottolineato, per lo più in termini fortemente critici dalla dottrina francese: v. B. MATHIEU, *Les garanties constitutionnelles relatives à la fin de vie sont exclusivement procédurales*, in *La semaine juridique – éd. gen.*, 2017, p. 1367; X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux. Les sophistes face à la mort de Socrate*, in *AJDA*, 2017, pp. 1908 ss.; G. NICOLAS, *La constitutionnalisation des conditions d'une fin de vie digne*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 2017, p. 944; M. LAMARCHE, *Fin de vie: un «brevet de constitutionnalité» pour la loi Claeys-Leonetti ?*, in *Droit de la famille*, 2017, n° 7-8, 47. Drastico, già dal titolo, il giudizio di D. VIGNEAU, *Le Conseil constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté: une décision pour presque rien!*, in *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, luglio 2017, n° 283.

²⁵ Cfr. X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel*, cit., 1910, che afferma che «*le juge constitutionnel n'impose ici rien qui n'existe déjà*» e ritiene che il ricorso avverso la decisione di interrompere le cure dovrebbe essere automaticamente sospensivo. Più opportuno ancora sarebbe precisare che la decisione di interrompere le cure, una volta comunicata alla persona

Nel complesso la pronuncia del giudice costituzionale appare espressione della volontà di non rimettere in discussione le scelte compiute dal legislatore, così come precisate dalla giurisprudenza²⁶. Il *Conseil constitutionnel* essenzialmente non affronta la questione sostanziale dell'attribuzione al medico soltanto della decisione sull'interruzione delle cure, questione che avrebbe certamente meritato un approfondimento e, forse, un intervento volto a riequilibrare il rapporto fra profilo medico e profilo volontaristico della scelta, che ora appare ancora decisamente sbilanciato a favore del medico²⁷. Lasciata da parte la questione sostanziale, la preoccupazione del *Conseil constitutionnel* si sposta sul piano procedurale²⁸, sottolineando l'importanza del controllo giurisdizionale delle decisioni del medico e dell'effettività del ricorso. In ultima analisi, è sui giudici che ricade la responsabilità ultima di garantire la volontà del paziente (e, quindi, del suo diritto alla vita)²⁹, laddove la legge rimane, anche dopo l'intervento del *Conseil constitutionnel* che non incide su questo punto, assai vaga e potenzialmente aperta a possibili abusi³⁰.

di fiducia e i familiari, non possa essere attuata prima di un certo periodo di tempo, entro cui consentire il ricorso. Si eviterebbe così di sospendere un trattamento e riprenderlo poi, su ordine del giudice o quale automatica conseguenza del ricorso, ciò che in nessun caso corrisponde all'interesse del soggetto tutelato. Al riguardo v. *Conseil d'État*, 5 gennaio 2018, n° 416689 (cd. *affaire Inès*), § 10, dove si legge: «*La décision du médecin de limitation ou d'arrêt des traitements d'un patient mineur hors d'état d'exprimer sa volonté doit être notifiée à ses parents ou à son représentant légal afin notamment de leur permettre d'exercer un recours en temps utile, ce qui implique en particulier que le médecin ne peut mettre en œuvre cette décision avant que les parents ou le représentant légal du jeune patient, qui pourraient vouloir saisir la juridiction compétente d'un recours, n'aient pu le faire et obtenir une décision de sa part*».

²⁶ Come sottolinea R. LETTERON, *La fin de vie*, cit., 3, «*l'essentiel de la loi Léonetti est maintenu: la suspension des traitements demeure une décision de l'équipe médicale*».

²⁷ Secondo X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel*, cit., p. 1911, «*la loi prolonge une forme de pouvoir médical tout en juridicisant toujours plus le moment de la mort*». Più netta la posizione di B. MATHIEU, *Les garanties constitutionnelles*, cit., pp. 1369-1370, secondo cui in assenza di volontà espressa dal paziente dovrebbe valere una presunzione in favore del mantenimento in vita. G. NICOLAS, *La constitutionnalisation*, cit., p. 948, si chiede se anziché sottolineare il controllo del giudice sulla decisione medica non sarebbe più opportuno favorire il consenso fra medico e familiari, associando questi ultimi alla decisione.

²⁸ B. MATHIEU, *Les garanties constitutionnelles*, cit., p. 1370.

²⁹ Similmente, M. LAMARCHE, *Fin de vie*, cit., 48, e G. NICOLAS, *La constitutionnalisation*, cit., p. 947.

³⁰ Va in ogni caso riconosciuto che, in oltre dieci anni di applicazione, la *loi Leonetti* ha dato sinora luogo a un contenzioso giudiziale molto limitato: il caso *Lambert* rappresenta infatti il primo giudizio di questo genere, come sottolineato anche dalla Corte EDU, *Lambert c. France*, cit., § 151. Nella migliore delle ipotesi, ciò può significare che nella maggior parte dei casi la procedura collegiale, pur lasciando la decisione finale al solo medico, permette di raggiungere una soluzione sufficientemente condivisa. Successivamente v. *Tribunal administratif de Lyon*, 9 novembre 2016, n° 1607855, che conferma la scelta del medico di interrompere le cure nei confronti di un paziente di 79 anni, nonostante l'opposizione della famiglia. Particolarmente delicata è la questione relativa ai pazienti minori, su cui v. *Conseil d'État*, 8 marzo 2017, n° 408146, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille* (cd. *affaire Marwa*), e la recentissima ordinanza del *Conseil d'État*, 5 gennaio 2018, n° 416689 (cd. *affaire Inès*), che rigetta il ricorso dei genitori contro la decisione dei medici di interrompere le cure nei confronti della figlia di 14 anni, in stato vegetativo permanente a seguito di complicazioni causate dalla malattia neuromuscolare (miastenia grave) da cui è affetta. Del caso è stata investita anche la Corte EDU che, con decisione di inammissibilità, ha ritenuto manifestamente infondate le asserite violazioni del diritto alla vita e del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo: v. Corte EDU, 25 gennaio 2018, *Afiri et Biddarri c. France* (1828/18), che richiama la decisione del *Conseil constitutionnel* qui commentata. È condivisibile l'opinione di X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel*, cit., 1910, che ritiene che il caso dei minori ponga esigenze particolari e propone per queste ipotesi l'intervento di un magistrato nella procedura collegiale.

4. Il *self-restraint* del giudice costituzionale francese in materia di bioetica

La pronuncia in esame conferma l'atteggiamento di *self-restraint* del giudice costituzionale francese quando si tratta di decidere questioni attinenti alla sfera della bioetica. In questa, come precedentemente in altre occasioni, il *Conseil constitutionnel* ripete che “*il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur*” (§11)³¹.

Questo atteggiamento deferente in parte è il riflesso dell'approccio in generale più cauto del giudice costituzionale francese rispetto alle corti costituzionali di Paesi quali la Germania o l'Italia, cautela che ragioni storiche e di cultura costituzionale possono adeguatamente spiegare. In parte, tuttavia, il *self-restraint* del *Conseil constitutionnel* sembra caratterizzare specificamente l'ambito delle questioni bioetiche³².

In questo settore, il *Conseil constitutionnel* sembra non volersi nemmeno dotare degli strumenti per poter affrontare in maniera adeguata le questioni che gli vengono sottoposte. Emblematica, da questo punto di vista, è la mancata concettualizzazione del diritto alla vita come autonomo diritto fondamentale³³. Anche in questa decisione, in cui la rilevanza del diritto alla vita non poteva essere più evidente dal momento che si discuteva della legittimità di una scelta che determina la morte di una persona, il *Conseil constitutionnel*, nonostante la sollecitazione dei ricorrenti a riconoscere il diritto alla vita come parte del principio di valore costituzionale della dignità umana, evita di riconoscere il carattere autonomo del “*droit à la vie*” e definisce la questione sulla base dei principi della dignità umana e della libertà personale. Se è vero che la Costituzione francese non menziona espressamente il diritto alla vita, è evidente che ritenere tale diritto implicitamente tutelato, quale preconditione per l'esercizio di qualsivoglia diritto fondamentale, è operazione ermeneutica certamente alla portata del *Conseil constitutionnel*³⁴. Tale mancato riconoscimento sembra quindi l'espressione (più che la causa)

³¹ La stessa precisazione si ritrova identica in diverse pronunce in materia di questioni bioetiche: v., ad esempio, *décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994* (procreazione medicalmente assistita), *décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001* (interruzione volontaria della gravidanza), *décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012* (parto in anonimato), *décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012* (dono del cordone ombelicale).

³² In questo senso B. MATHIEU, *Les garanties constitutionnelles*, cit., p. 1367, e G. NICOLAS, *La constitutionnalisation*, cit., p. 944.

³³ Cfr. B. MATHIEU, *ibidem*.

³⁴ Cfr. X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel*, cit., p. 1909, che sottolinea come il diritto alla vita sia l'unico diritto presente nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE a non essere ancora entrato nella Costituzione francese. Secondo l'A., esso dovrebbe essere a maggior ragione essere ora ricavato dal divieto di pena di morte di cui all'art. 66-1, introdotto dalla *Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007*. Fra le cause di tale mancato riconoscimento nella sentenza in esame l'A. segnala il possibile timore di un fraintendimento mediatico che presentasse l'affermazione del diritto alla vita come inconciliabile con l'interruzione volontaria della gravidanza.

di una volontà di mantenere un atteggiamento di generale deferenza nei confronti del legislatore in questa materia³⁵.

È interessante tuttavia notare, anche in comparazione con quanto avviene nel nostro Paese, che un simile atteggiamento di *self-restraint* può trovare la sua giustificazione non solo nella timidezza del giudice costituzionale, ma anche nel corrispondente attivismo del legislatore francese in materia bioetica. Il caso in esame offre qualche spunto interessante di riflessione in materia. Attraverso la *loi Leonetti*, infatti, il legislatore francese ha compiuto per tempo delle scelte precise su una materia delicata, al termine di una approfondita istruttoria³⁶ e valutando (ed escludendo) opzioni differenti³⁷. Su tali scelte è stato possibile raggiungere un consenso ampio e trasversale che ha escluso il ricorso diretto al giudice costituzionale da parte delle minoranze parlamentari. Dopo dieci anni di applicazione della *loi Leonetti* il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia per apportarvi delle correzioni puntuali, anche alla luce delle difficoltà incontrate dalla giurisprudenza in sede applicativa. In un contesto simile, in cui il legislatore sembra aver compiuto una piena assunzione di responsabilità nel fornire, a seguito di approfondita istruttoria, una disciplina dettagliata e largamente condivisa, meglio si comprende una certa timidezza da parte del giudice costituzionale nel rimettere in discussione un assetto della materia sufficientemente consolidato e condiviso. Rimane tuttavia criticabile che, in questa occasione, il *Conseil constitutionnel* non abbia voluto cogliere le potenzialità del controllo di costituzionalità che pure residuano anche in un contesto caratterizzato da una forte assunzione di responsabilità da parte del legislatore.

³⁵ Secondo B. MATHIEU, *Les garanties constitutionnelles*, cit., p. 1370, l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto dal *Conseil constitutionnel* al legislatore, unito all'altrettanto ampio margine di apprezzamento che la Corte EDU riconosce agli Stati, rendono "la *protection juridictionnelle du principe du droit à la vie quasiment inexistante*".

³⁶ V. il rapporto finale del 30 giugno 2004 della *Mission parlementaire sur l'accompagnement de la fin de vie*, presieduta dal deputato Leonetti, disponibile in www.assemblee-nationale.fr.

³⁷ Nel corso del dibattito parlamentare sulla legge Claeys-Leonetti, sono stati respinti alcuni emendamenti volti a ridurre il potere del medico, ad esempio richiedendo la decisione unanime del medico e dei familiari, o associando la persona di fiducia alla procedura collegiale, così come non è stata accolta la proposta di ricondurre direttamente alla legge la disciplina della procedura collegiale: v. il *Commentaire* alla decisione, 9.

