

**Il rifiuto delle cure mediche,  
fra libertà costituzionali indifese e protezione aggressiva dello stato\***

*di Monica Bonini – professore associato, Università degli Studi di Milano-Bicocca*

**ABSTRACT:** With the ruling of July, 26th 2016, the German Federal Constitutional Court established that it violates the State's duty of protection under the Basic Law that, under the current legal situation, persons "in need of aid" who receive in-patient treatment in a non-closed facility (but who are no longer able to move around without assistance) cannot be given medical treatment, if need be even against their natural will. The Court ordered that, for the time being until a new provision enters into force, § 1906 sec. 3 of the German Civil Code applies accordingly to persons under custodianship (even if capable of having a free will) who are being treated as inpatients and are unable to remove themselves spatially from coercive medical treatment; otherwise, the possibility of treatment is denied entirely even in cases of life-threatening damage to health. The essay suggests that the Court fears that the individual right to refuse medical treatments may develop into the right to commit suicide. For the Author, on the contrary, persons under custodianship, but capable of having a free, natural will, have the right to refuse any medical treatment, even if they are unable to remove from a non-closed facility. The establishment and normative implementation of a concept of State's protection which allows that such persons may be given coercive medical treatment against their will represents a serious deprivation of liberty which violates fundamental rights and not only a subjective defensive right of the citizen against the State.

**SOMMARIO:** 1. Il modello accentrato di controllo di legittimità costituzionale fra certezza del diritto, coerenza dell'ordinamento giuridico e diritti costituzionalmente protetti. – 2. Garantire "diritto e diritti" superando la distinzione fra il sindacato di costituzionalità «concreto» e «astratto». – 3. Per custodire la Costituzione il giudice delle leggi *deve* potersi esprimere, *sempre e comunque*. – 4. Per imporre le cure bisogna accantonare il principio di eguaglianza? – 5. Liberi *per Costituzione* di *essere e restare* ammalati. – 6. Proteggere l'individuo da «sé stesso»: un obbligo costituzionale per lo Stato, un sacrificio (*solo a volte?*) necessario per le libertà. – 7. Dall'obbligo di protezione pubblica al bilanciamento fra diritti costituzionali, i diversi volti delle misure a tutela della salute e della vita. – 8. Proteggere i consociati o impedire l'esercizio delle libertà: un confine minato alle fondamenta dal giudice delle leggi. – 9. Quando si confonde l'essenza delle libertà con le conseguenze del loro esercizio, a rischio ci sono i diritti.

**1. Il modello accentrato di controllo di legittimità costituzionale fra certezza del diritto, coerenza dell'ordinamento giuridico e diritti costituzionalmente protetti.**

Con la sentenza del 26 luglio 2016<sup>1</sup> il primo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht* o BVG<sup>2</sup>) ha affrontato uno specifico profilo inerente la più ampia problematica relativa al rifiuto delle cure mediche.

La pronuncia merita attenzione per due ragioni: fornisce anzitutto spunti di riflessione al dibattito italiano sul rifiuto appena accennato - riacceso dalla discussione sul testo di legge afferente, avviata il 13 marzo 2017 presso la Camera dei Deputati<sup>3</sup>. Risulta, poi, non meno

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee-guida della *Rivista*.

<sup>1</sup> *Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15.*

<sup>2</sup> Indicato nel corso del testo anche come «Tribunale». Si segnala fin d'ora che le traduzioni in lingua italiana (letterali solo se espressamente indicato) dei passaggi delle sentenze del BVG sono di chi scrive. Nel corso del lavoro, inoltre, si farà spesso riferimento alla legge federale sul BVG del 1951, ossia, in breve, al BVerfGG, o, per esteso, al «*Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist*».)

<sup>3</sup> Ossia sulle «*Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*» (AC 1142), sottoposte dal 13 marzo 2017 all'attenzione della stessa assemblea parlamentare. Per i tanti profili della problematica nella giurisprudenza e dottrina italiana (senza alcuna pretesa di completezza) va anzitutto ricordata la più che nota pronuncia n. 21748 della Corte di Cassazione (prima sezione civile, 4-16 ottobre 2007), e, anche per la giurisprudenza della Corte costituzionale, G. CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 195 ss. Fra i numerosi lavori esistenti pare poi opportuno segnalare, indicandoli dai risalenti a quelli più recenti, i lavori di R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. Galgano, (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Persone fisiche*, Bologna, Zanichelli, 1988, p. 234 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale: profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2002; P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, Giuffrè, 2003; S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, Torino, Giappichelli, 2003; I. LAGROTTA, *L'eutanasia nei profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2005; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006; S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum dei Quad. cost.*, <http://www.forumcostituzionale.it>; M. AINIS, *Un diritto preso sul serio*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2007, p. 117 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, p. 355 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, p. 357 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana: consenso medico informato, rifiuto delle cure mediche, eutanasia, testamento biologico*, Torino, Utet giuridica, 2008; C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della corte di cassazione*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2008, p. 554 ss.; M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autodeterminazione e di indisponibilità della vita umana*, Torino, Giappichelli, 2012; D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO, (a cura di), *Rifiuto delle cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova, 25 maggio 2011*, Torino, Giappichelli, 2013.

interessante per la definizione data dal BVG dello scopo perseguito dalla cd. «*konkrete Normenkontrolle*» (il controllo di costituzionalità «concreto» spiegato in nota<sup>4</sup>), obiettivo che muta a seconda che lo stesso sindacato venga esercitato nell'ambito di un giudizio incidentale oppure in ragione della proposizione di un ricorso diretto di costituzionalità.

Il Tribunale chiarisce infatti come, nell'ordinamento giuridico tedesco, l'esercizio del sindacato concreto<sup>5</sup> possa realizzare<sup>6</sup> due finalità: una prima, data dalla necessità di definire il processo *a quo*; una seconda<sup>7</sup>, ben più significativa perché in ultima istanza caratterizzante l'istituto, volta a garantire la certezza del diritto e la coerenza dell'ordinamento giuridico. Al contrario, solo il ricorso diretto di costituzionalità (o «*Verfassungsbeschwerde*», descritto in nota<sup>8</sup>) sarebbe utile ad un unico scopo, ossia proteggere le posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate.

---

<sup>4</sup> L'ordinamento giuridico tedesco conosce due diversi istituti che permettono al BVG di sindacare la legittimità costituzionale (come previsto dalle fonti a sua disciplina, dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale), sulle norme giuridiche, non sulle disposizioni di legge federale o federata: quello cd. astratto («*abstrakte Normenkontrolle*») e quello, invece, concreto («*konkrete Normenkontrolle*»). I due procedimenti volti a instaurare il giudizio di costituzionalità si differenziano in ragione di quanto segue: il primo, disciplinato dall'art. 93, primo comma, n. 2 GG, e dal § 13, n. 6, e §§ 76 ss. BVerfGG, è promosso in via principale o di azione, essendo legittimati a sollevare la questione soltanto il governo federale, ogni governo federato e un terzo dei membri della camera bassa (o «*Bundestag*»), affinché il BVG possa esercitare la funzione di «custode della Costituzione» (o «*Hüter der Verfassung*») che gli è propria. Il secondo è invece simile al procedimento di instaurazione, noto nell'ordinamento giuridico italiano, mosso in via incidentale o di eccezione: come stabilito dagli art. 100, primo comma, GG e §13, n. 11, e dai §§ 80 ss. BVerfGG, il controllo concreto serve infatti (*anche, ma non soltanto*, come si spiegherà nel testo) a definire un giudizio *a quo*, e la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata proprio dal giudice del procedimento principale. Per la ormai ricchissima dottrina su questi istituti K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, München, C.H. Beck, 1980, pp. 983 ss. e la bibliografia citata nelle note a piè di pagina; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, (a cura di), *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 547 ss., spec. 576-578; F. RESCIGNO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI, (a cura di), con premessa di G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 93 ss.

<sup>5</sup> Sul sindacato di costituzionalità inteso come più sopra descritto e, pure, come controllo di costituzionalità specificamente esercitato sulle leggi federali e su quelle dei *Länder*, sul BVG, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 4<sup>a</sup> ed., 1993, rispettivamente a p. 588 e a p. 587, e, in particolare, per la bibliografia della nota (337) sempre a p. 587. Sulla giustizia costituzionale, sulla «*Verfassungsgerichtsbarkeit*» di Hans Kelsen, sull'ibridazione dei modelli di controllo diffuso e accentrato e sulla «*Verfassungsbeschwerde*», invece, L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, *cit.*, rispettivamente a pp. 547 ss., 557 ss., 559 ss., 576 ss. Di nuovo sul BVG, poi, K. STERN, *cit.*, p. 330 ss. Sui limiti invece entro i quali vanno esercitate le competenze del BVG a tutt'oggi fondamentali sono gli scritti risalenti di M. DRATH, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *VVDtStRL*, Heft 5, 1952, p. 17 ss., ed E. KAUFMANN, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *VVDtStRL*, Heft 9, 1952, p. 1 ss.

<sup>6</sup> Ancora la disamina e le riflessioni di L. PEGORARO, *cit.*, pp. 559 ss. e 576 ss.

<sup>7</sup> In via, però, eccezionale: per la spiegazione *infra* nel testo, al pgf. 2.

<sup>8</sup> Come ricorda G. DE VERGOTTINI, *cit.*, p. 587, il cd. ricorso di costituzionalità o «*Verfassungsbeschwerde*» (disciplinato dagli artt. 93, primo comma, 4a) e 4b) GG, e dai § 13, n. 8a) e §§ 90 ss. della legge federale che disciplina il BVG, o BVerfGG: *supra*, alla nota (2), è un ricorso individuale a tutela dei diritti fondamentali che può avere ad oggetto non soltanto leggi, ma, anche, atti amministrativi e giurisdizionali. Per ogni ulteriore approfondimento su questo ricorso K. STERN, *cit.*, p. 1013 ss.; per l'analisi della giurisprudenza costituzionale tedesca sul §90 BVerfGG

La distinzione pare interessante, perché, ancora una volta, dimostra come il modello di giustizia costituzionale articolato sul controllo accentrato di costituzionalità<sup>9</sup> garantisca al tempo stesso la certezza del diritto, l'obiettivo coerenza dell'ordinamento giuridico e la tutela dei diritti costituzionalmente protetti<sup>10</sup>. L'affermazione è solo in apparenza scontata. Infatti, proprio questa constatazione permette di riflettere su un aspetto della più ampia tematica in gioco, ben noto alla dottrina italiana<sup>11</sup>: per garantire "diritto e diritti" non sembra determinante la scelta a favore del modello accentrato o diffuso<sup>12</sup> (rigidamente distinti solo a livello teorico), ma, soprattutto, quella relativa alle modalità di accesso al giudice costituzionale. Per garantire "diritto e diritti", in altre parole, è determinante introdurre modalità di accesso allo stesso giudice tali da permettergli di riuscire a decidere su questioni che altrimenti sfuggirebbero al suo giudizio<sup>13</sup>.

---

invece B. SCHMIDT-BLEIBTREU, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 90, in T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge (Hrg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 49. Auflage, München, C.H. Beck, 2016, *ad vocem*; per la ricostruzione della nascita dell'istituto in America latina (il cd. «amparo»), e la successiva diffusione nelle Costituzioni del Baden e della Baviera nel 1818, e, poi, in quella austriaca del 1920, fino all'attuale GG, di nuovo L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 576 ss.; lo stesso A. chiarisce come l'introduzione dell'istituto a livello europeo (dunque nella Repubblica federale tedesca e, sull'esempio di questa, in Spagna) si distingua soprattutto per la tipologia degli atti impugnabili allo scopo di proteggere direttamente libertà e diritti costituzionali; approfondisce poi (sulla base di considerazioni più articolate, non soltanto circoscritte allo stesso istituto e, anzitutto, fondate sulle differenze fra sistemi di *common* e *civil law*), profili inerenti la tipologia e la forza delle sentenze di costituzionalità pronunciate dai diversi giudici costituzionali, che sembrerebbero dover essere interpretate anche negli ordinamenti giuridici di *civil law* «alla stregua del vigente sistema legislativo», ossia quali fonti del diritto (così sempre L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 579-581, spec. laddove ricorda, nel passaggio appena citato, la posizione espressa dalla Corte costituzionale italiana sul punto; per gli stessi profili anche *infra*, nelle note, e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 263).

<sup>9</sup> Per le riflessioni intorno al prototipo specificamente europeo T. GROPPI, *Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, e G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, entrambi in M. OLIVETTI, T. GROPPI, (a cura di), cit., rispettivamente p. 1 ss. e p. XI.

<sup>10</sup> Per ogni indispensabile approfondimento del più complesso quadro che funge da sfondo a quanto evocato nel nel testo L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>11</sup> Non è questa la sede per ricostruire pensiero e opere di tutti gli studiosi che si sono confrontati con la tematica: per tutti A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, *ad vocem*, e A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità – Ordinamento italiano*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, *ad vocem*; specificamente sui rapporti di autonomia e dipendenza tra processo costituzionale e processo *a quo*, che verranno approfonditi nel testo, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, cit., p. 310 ss.

<sup>12</sup> L'accenno nel testo intende riferirsi al più che noto quadro fondato sull'opera di H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Revue de droit public et de la science politique*, No. 35, 1928, p. 197 ss., ora in C. GERACI, (a cura di), con premessa di A. La Pergola, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 143 ss. (*infra* invece nelle note ss. per la polemica fra Hans Kelsen e Carl Schmitt sullo spinoso tema del «custode della Costituzione»). Per approfondire il modello austriaco di sindacato di legittimità costituzionale M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI, (a cura di), cit., p. 25 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento va ovviamente approfondito: per questo si rimanda a R. ROMBOLI, (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006.

Di seguito, dopo aver ricostruito la vicenda dalla quale scaturisce la pronuncia, si affronteranno anzitutto quest'ultimo profilo della sentenza e poi il primo, relativo al rifiuto delle cure mediche.

All'origine della pronuncia del luglio 2016 si pone il caso di una cittadina tedesca deceduta prima dell'avvio del processo di costituzionalità. Nell'aprile del 2014, come stabilito dal § 1896 del Codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>14</sup> o BGB), viene nominato un tutore per la donna che, a causa di un disturbo psicotico schizoaffettivo, non può, nonostante la maggiore età, prendersi cura in piena autonomia e responsabilità della sua salute<sup>15</sup>. Pochi mesi dopo, all'inizio del settembre 2014, la donna viene ricoverata all'interno di un ospedale, nella struttura destinata ad accogliere e curare per un breve periodo persone in situazioni analoghe. Durante il ricovero, la paziente rifiuta sia le cure mirate al trattamento di una malattia autoimmune da cui è affetta, sia il cibo, e manifesta inoltre tendenze suicide.

Di conseguenza, il giudice tutelare ne autorizza il trasferimento nella particolare struttura collocata all'interno di una clinica universitaria (la cd. «*Demenzstation*» descritta in nota<sup>16</sup>), dedicata ai tutelati affetti da malattie neurodegenerative. Qui, sempre in ragione dell'autorizzazione finalizzata al suo trasferimento, la donna viene sottoposta obbligatoriamente a trattamenti medici. Dopo l'ulteriore riscontro di una patologia neoplastica, la paziente – in grado di esprimere la propria volontà in modo autonomo, ma debilitata fisicamente al punto da non potersi più muovere – esprime più volte dinanzi al giudice tutelare l'intenzione ferma e chiara di voler rifiutare ogni cura del tumore. Il tutore chiede invece allo stesso giudice di autorizzare, per un ulteriore periodo di

---

<sup>14</sup> Stabilisce il § 1896 del Codice civile tedesco, *Bürgerliches Gesetzbuch* o, in breve, BGB: (1) *Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Den Antrag kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen. Soweit der Volljährige auf Grund einer körperlichen Behinderung seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann. (1a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden. (2) Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. (3) Als Aufgabenkreis kann auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden. (4) Die Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten und über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten seiner Post werden vom Aufgabenkreis des Betreuers nur dann erfasst, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat.*

<sup>15</sup> Per la dottrina in tema di amministrazione di sostegno, ossia sull'istituto simile a quello implicito nel testo, e noto nell'ordinamento giuridico italiano, *infra*, alla nota (63).

<sup>16</sup> Queste particolari strutture protette e chiuse sono inserite all'interno di ospedali o di case di cura per anziani: in esse le persone (maggioresenni o anziane) colpite da malattie neurodegenerative vengono accudite e curate da personale altamente qualificato ricorrendo a trattamenti medici e psicologici adatti alle loro peculiari esigenze psicofisiche, separatamente dagli altri ospiti o pazienti. Il § 1906 BGB stabilisce le condizioni e le modalità di questi ricoveri, delimitando in modo rigido le premesse che comportano quello coatto e la scelta e i compiti del tutore responsabile della persona malata.

tempo, il ricovero obbligatorio e l'imposizione delle cure mediche necessarie per fronteggiare la neoplasia.

L'autorizzazione ottenuta viene impugnata di fronte<sup>17</sup> all'*Amtsgericht*, per il quale i provvedimenti drasticamente limitativi della libertà personale della paziente, considerate le peculiari caratteristiche del caso di specie, non rientrano nelle rigide precondizioni stabilite con legge che, nell'ordinamento giuridico tedesco, legittimano, rispettivamente, il ricovero (§ 1906, primo comma BGB) e il trattamento medico obbligatori (§ 1906, terzo comma BGB). Anche il *Landgericht* successivamente adito si pronuncia come l'*Amtsgericht*. La questione approda infine dinanzi al *Bundesgerichtshof* che si rivolge al Tribunale costituzionale federale chiedendo di stabilire se il § 1906, primo e terzo comma BGB, confligga con l'art. 3, primo comma della Costituzione federale (Legge fondamentale, *Grundgesetz* o GG), che sancisce il principio della dignità della persona umana e quello di eguaglianza. Proprio prima dell'avvio del giudizio di costituzionalità la paziente muore; il decesso comporta l'estinzione del giudizio principale pendente dinanzi al *Bundesgerichtshof*<sup>18</sup>.

Per quanto appena riassunto, il Tribunale costituzionale federale è anzitutto chiamato a decidere se, in ragione di quanto stabilito dall'art. 100, primo comma GG (per il relativo testo e significato *infra*, al pgf. seguente), e, specificamente, data l'estinzione del giudizio principale, la questione sollevata sia comunque ammissibile, e, poi, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del § 1906, spec. terzo comma BGB, valutando se la disposizione vigente sul ricovero e le cure obbligatorie violi o meno i principi della dignità della persona umana e quello di eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma GG.

## **2. Garantire “diritto e diritti” superando la distinzione fra il sindacato di costituzionalità «concreto» e «astratto».**

L'art. 100, primo comma GG, stabilisce che

«(I) Se un tribunale ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la sua decisione, il processo deve essere sospeso: se si tratta della violazione di una Costituzione di un *Land*, deve essere chiesta la decisione del giudice competente per le controversie costituzionali, mentre invece, se si tratta della violazione della presente Legge Fondamentale, deve essere richiesta la decisione del Tribunale Costituzionale Federale. Ciò vale anche se si tratta della

---

<sup>17</sup> Sull'organizzazione della magistratura tedesca v. il *Gerichtsverfassungsgesetz* o GVG del 12 maggio 1950 (BGBl. I, p. 1077), così come modificato dall'art. 2, secondo comma della legge federale del 22 dicembre 2016 (BGBl. I, p. 3150); sui caratteri specifici del «*Bundesgerichtshof*», ossia di una delle cinque magistrature supreme federali che ha competenza in materia civile e penale e, per quel che qui interessa, cui spetta la funzione nomofilattica, invece, gli artt. 92, 95-98 GG e K. STERN, *cit.*, p. 373 ss.

<sup>18</sup> Per questo giudice federale v. la nota precedente.

violazione della presente Legge Fondamentale da parte del diritto di un *Land* o dell'incompatibilità di una legge di un *Land* con una legge federale»<sup>19</sup>.

Nei limiti del tema trattato qui, va sottolineato come la disposizione introduca nell'ordinamento giuridico tedesco la possibilità di sottoporre una legge (in tutto o in parte, federata o federale) al sindacato di legittimità costituzionale dell'organo di giustizia costituzionale federato o federale, a seconda che si presuma violata la costituzione di un *Land* o della Federazione. Le regole procedurali relative al giudizio di costituzionalità dinanzi al solo giudice costituzionale federale sono stabilite dalla legge federale del 1951 (art. 13, undicesimo comma, e §§ 80-82 del «*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*» o BVerfGG<sup>20</sup>).

Per comprendere le osservazioni svolte dal Tribunale (o BVG) sugli obiettivi realizzabili esercitando il sindacato concreto di legittimità costituzionale<sup>21</sup>, quindi diversi, come più sopra accennato, dalla sola esigenza di definire il processo *a quo*, è necessario ricordare che, come accade nell'ordinamento giuridico italiano, pure in quello tedesco il giudizio incidentale (a livello non solo federale) nasce in ragione di una iniziativa mirata alla soluzione di un caso concreto che il giudice *a quo* deve decidere. Dato il nesso con il caso concreto, la valutazione della rilevanza formulata dal giudice *a quo* tedesco deve esprimere il convincimento<sup>22</sup> che la soluzione della questione di legittimità costituzionale sia pregiudiziale rispetto alla decisione del processo principale. In quest'ottica, anche in Germania la nozione di rilevanza va intesa quindi come «requisito insito nel medesimo carattere incidentale del giudizio di costituzionalità»<sup>23</sup>. Proprio questa connotazione della

<sup>19</sup> Per il testo in lingua italiana della costituzione tedesca P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni straniere contemporanee*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 231: «(1) *Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt*».

<sup>20</sup> Per esteso, come anticipato alla nota (2), «*Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist*».

<sup>21</sup> Sul giudizio di costituzionalità proposto in via incidentale, sul requisito della rilevanza, sui profili problematici della stessa nozione e sulla distinzione fra rilevanza diretta e indiretta, ossia sui profili che verranno di seguito trattati in ragione della posizione assunta dal BVG, ma che ben possono essere individuati anche nelle riflessioni dottrinarie sulla giustizia costituzionale italiana, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 5<sup>a</sup> ed., 2008, rispettivamente pp. 141 ss., 160, 169-172, 177 ss.

<sup>22</sup> Dunque il cd. «convincimento positivo» sul quale A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 186: questo convincimento è ben diverso da quello che renderebbe al contrario «inammissibili questioni che si fondino su di una rilevanza solo eventuale, ipotetica o che dipenda da scelte interpretative di cui detto giudice [ossia il giudice *a quo*] non si assuma la responsabilità».

<sup>23</sup> Di nuovo A. Cerri, in una edizione precedente del testo già citato: ID., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2<sup>a</sup> ed., 1997, p. 74.

rilevanza viene però superata dal BVG il quale, nel corso della pronuncia, recide il nesso - anzitutto logico - fra giudizio principale e di costituzionalità.

Questa scelta è decisiva perché solo esprimendosi a favore dell'ammissibilità nonostante l'estinzione del procedimento principale<sup>24</sup> il Tribunale può pronunciarsi su una questione che ritiene di fondamentale importanza per la coerenza dell'ordinamento giuridico: stabilire se lo Stato possa esercitare l'obbligo costituzionale che consente di imporre cure anche ai pazienti tutelati che siano in grado di rifiutare in autonomia le terapie mediche, ma risultino costretti a restare nel luogo del ricovero (in origine) obbligatorio per ragioni che, con il passare del tempo, dipendono solo dalle loro gravi condizioni di salute. Il BVG stabilirà che, per la Legge Fondamentale, l'intervento pubblico contrario alla volontà del singolo è possibile anche in un caso simile, giungendo a questa conclusione in modo criticabile per le ragioni che si esporranno (*infra*, spec. al pgf. 8). È comunque bene procedere con ordine per capire dapprima il ragionamento costruito dal Tribunale intorno alla figura della pregiudizialità costituzionale e ai profili connessi, e poi quello accennato sull'intervento dello Stato.

Per il BVG l'estinzione del giudizio principale *in questo caso* non produce alcuna conseguenza sull'avvio e la continuazione di quello di costituzionalità. A differenza dell'ordinamento giuridico italiano, dove il giudizio incidentale è autonomo rispetto a quello principale, e, quindi, l'estinzione di quest'ultimo non produce effetti su quello dinanzi la Corte costituzionale<sup>25</sup>, nell'ordinamento tedesco il rapporto fra i due processi è di stretta dipendenza. C'è poi pure una seconda differenza fra i due ordinamenti giuridici. In quello italiano, «il controllo di costituzionalità si svolge in un contesto procedimentale “di diritto obiettivo” (e non di “diritto soggettivo”)»; il sindacato non può quindi che tendere «*primariamente* ad assicurare la coerenza del sistema normativo e *solo secondariamente, o per conseguenza*, a proteggere le posizioni soggettive costituzionalmente garantite nei confronti della legge incostituzionale»<sup>26</sup>. Questo comporta che le «decisioni sull'incostituzionalità delle leggi [possano] assumere valore *erga omnes* (e non più solo *inter partes*)». Come noto, nell'ordinamento giuridico italiano la definizione del contesto procedimentale in cui si inserisce il controllo è dunque decisiva, perché supera un ostacolo e, al tempo stesso,

<sup>24</sup> Per la problematica legata all'estinzione del procedimento principale A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., ed. 2012, p. 186 ss., spec. p. 188 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, cit., p. 310 ss.

<sup>25</sup> Sull'incidenza delle vicende del giudizio principale su quello incidentale la letteratura è, come ovvio, molto ricca. Con profonda emozione si vuole ricordare qui, anzitutto, lo scritto sulle NI di A. CONCARO, (e M. D'AMICO), *Proposta di modifica delle Norme Integrative*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 454 e spec. 459 ss. Fra tutti, poi, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, cit., p. 311 (specificamente, per il ragionamento sull'attuale art. 18 delle NI e sull'art. 22 delle NI del 1956: per questi, come cit. dagli AA. richiamati, F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, Morano ed., 1966, p. 261 ss., ed E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, n. 1, 2009, p. 113 ss.), v. inoltre A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., ed. 2012, p. 188; sull'autonomia e il collegamento tra processo costituzionale e processo *a quo* di nuovo G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, cit., p. 310 ss.

<sup>26</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, cit., p. 263. I corsivi sono di chi scrive.



conseguere un obiettivo. È difatti eliminando «le incertezze che [deriverebbero] dall'inesistenza del principio del precedente vincolante» che il sindacato di costituzionalità riesce ad assicurare «la certezza del diritto nella stessa misura in cui è garantita dalla legge»<sup>27</sup>.

Diverso invece il caso tedesco, che pone l'accento sul nesso stretto fra i due giudizi e sull'istituto che suggella questo legame, ossia la cd. rilevanza «diretta». Ricorda infatti il BvG che, come da giurisprudenza consolidata<sup>28</sup>, ogni evento che conduca all'estinzione del giudizio principale comporta lo stesso per quello di costituzionalità. Questo, anzitutto, se e nella misura in cui l'art. 100, primo comma GG venga interpretato quale base giuridica sulla quale fondare, appunto, la cd. rilevanza «diretta»: quando la questione viene sollevata in via incidentale, il sindacato di legittimità va esercitato perché è necessario comprendere se la o le norme da applicare nel giudizio principale, *indispensabili* per definirlo, siano o meno costituzionalmente legittime. Quindi, ribadisce il BvG, il controllo in questione serve a sindacare la o le norme che interessano il solo giudizio principale; di conseguenza, il controllo concreto dipende tanto dalla sussistenza, quanto dallo scopo di questo giudizio<sup>29</sup>.

Così chiarito, pure nella diversa ottica del giudice costituzionale tedesco, però, il problema sopra accennato non è risolto. Infatti, il profilo che il Tribunale deve sciogliere è dato da un interrogativo ulteriore, che lo porta a chiedersi se la rilevanza possa talvolta acquistare un valore che “trascende” quello relativo al giudizio principale, potendo così “perdurare” fino alla conclusione del giudizio di costituzionalità<sup>30</sup>. La risposta individuata dal BvG è articolata su una comprensione ampia della logica a fondamento del sindacato concreto di costituzionalità.

### **3. Per custodire la Costituzione il giudice delle leggi deve potersi esprimere, sempre e comunque.**

Il Tribunale stabilisce che il controllo concreto è strumento utile (*anche*) per perseguire obiettivi che prescindono dall'esigenza di risolvere una specifica controversia giudiziaria. Secondo il BvG, l'esercizio di questo sindacato è difatti dato al giudice delle leggi affinché egli possa salvaguardare la certezza del diritto e tutelare l'intrinseca, obiettiva coerenza dell'ordinamento giuridico<sup>31</sup>; obiettivo che lo stesso giudice può raggiungere soltanto fornendo l'interpretazione vincolante proprio delle norme in volta in volta in gioco, impedendo così, per il futuro, l'adozione da parte di

<sup>27</sup> Di nuovo G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *cit.*, sempre p. 263.

<sup>28</sup> BVerfGE 14, pgff. 140 <142>; 29, pgff. 325 <329> e ss.

<sup>29</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 61: «*ist insofern von dessen Existenz und Ziel abhängig*». Per questa posizione v. anche BVerfGE 42, pgff. 42 <49>.

<sup>30</sup> Nell'ordinamento giuridico tedesco, dunque, la rilevanza è – utilizzando le parole che A. CERRI declina invece in senso opposto, dato che la osserva nell'ordinamento italiano - “insensibile” alle «vicende sopravvenute del rapporto sostanziale e processuale»: ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale, cit.*, p. 161.

<sup>31</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 62. Per la giurisprudenza precedente BVerfGE 1, pgff. 184 <199> e ss.; 20, pgff. 350 <351>; 42, pgff. 42 <49> ss.

altri giudici – differenti da quello *a quo* - di pronunce diverse l'una dall'altra. Proprio per questa ragione, in passato, il BvG ha sindacato, ad esempio, pure norme *strettamente connesse* a quelle oggetto del rinvio, *ma non rilevanti* per il giudizio principale<sup>32</sup>.

Data questa ricostruzione della *ratio* perseguita mediante l'istituto del sindacato concreto, e considerato il fatto che il Tribunale tace in merito alla cessazione dell'efficacia della o delle norme dichiarate incostituzionali a partire dalla pubblicazione della sentenza di incostituzionalità, secondo chi scrive una sola può essere la conseguenza logica di tutto ciò.

Nell'ottica del BvG, le due diverse modalità di accesso al giudice costituzionale – in via incidentale o diretta - vanno (*anche, ma non soltanto*) comprese come risposta a una precisa esigenza che “governa” entrambe: ampliare il nòvero delle norme sottoponibili alla verifica di costituzionalità. Se questa è al fondo la *ratio* dell'istituto, una sola è la *differenza insuperabile* che distingue il controllo concreto da quello astratto, ossia la *via d'accesso* al BvG; questa sarà incidentale per il sindacato concreto (e dunque del tutto simile a quanto accade nell'ordinamento giuridico italiano), e diretta per quello astratto (quindi circoscritta al governo federale, a ogni governo federato e a un terzo della camera bassa). Nei casi dove è decisivo rinsaldare la coerenza del diritto, la differenza fra lo *scopo perseguito* dai due sindacati viene invece meno. Sebbene in via eccezionale, il giudice costituzionale riconduce quindi al controllo concreto l'obiettivo in teoria proprio del solo sindacato astratto, che consiste nel permettere al giudice delle leggi di esercitare la funzione di «custode della Costituzione» - o «*Hüter der Verfassung*»<sup>33</sup> (*supra*, alle note 4 e 12). Se così non fosse, il sindacato concreto non assolverebbe alla funzione *oggettiva* che *al fondo* lo contraddistingue – *non primariamente*, come accade nel caso italiano -, mirata a fornire un'interpretazione della o delle norme di dubbia costituzionalità in grado di ristabilire la coerenza dell'ordinamento<sup>34</sup>.

L'affermazione ha un notevole peso; proprio per questo il BvG chiarisce come il giudice delle leggi debba esercitare soltanto «in via eccezionale» il controllo concreto volto a perseguire questo fine<sup>35</sup> e, per lo stesso motivo, spiega la portata dell'espressione «in via eccezionale»<sup>36</sup>. L'esigenza di fornire l'interpretazione delle norme è irrinunciabile al punto da prevalere sul nesso rigido con il giudizio principale solo quando in gioco c'è una questione di straordinaria importanza per la tenuta complessiva dell'ordinamento: il caso della drastica limitazione della libertà personale data

<sup>32</sup> Sempre BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 62, e BVerfGE 27, pgff. 195 <200>; 44, pgff. 322 <337> e ss.; 62, pgff. 354 <364>; 78, pgff. 132 <143>; 132, pgff. 302 <316>; 135, pgff. 1 <12>.

<sup>33</sup> Dato il tema, qui il richiamo al confronto fra *Hans Kelsen* e *Carl Schmitt* è d'obbligo, spec. al saggio con il quale il giurista austriaco prende posizione rispetto a quello tedesco, rifiutando in modo netto l'idea che il Capo dello Stato possa essere il custode della Costituzione: H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, Heft 11/12, Jahrg. 1930/31, Band VI, spec. p. 579; per la teoria che origina lo scritto appena citato C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker&Humboldt, (1931) 1969, (ID., *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffré, 1981).

<sup>34</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 63, primo periodo: «*objektive, auf Rechtserklärung und Befriedung ausgerichtete Funktion der Normenkontrolle*».

<sup>35</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 63.

<sup>36</sup> Sempre BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 63.

dall'imposizione di un ricovero e di trattamenti medici si inserisce in questa cornice, e per questo il BvG deve potersi esprimere. C'è, però, anche una ulteriore ragione, che comunque rinsalda questa logica.

Laddove – ipotizza il BvG- il giudizio di costituzionalità fosse stato avviato sulla base di un ricorso diretto (o «*Verfassungsbeschwerde*», *supra*, al pgf. 1 e alla nota 8), il decesso del ricorrente non ne avrebbe causato l'estinzione, anzi; l'esigenza di tutela *del diritto* – non di protezione della *situazione giuridica soggettiva* costituzionalmente tutelata - avrebbe di certo prevalso su ogni altra<sup>37</sup>. La conclusione è dunque obbligata; se ciò accade quando il giudizio di costituzionalità viene avviato perchè è stato fatto utilizzo del ricorso che, per definizione, serve a proteggere situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, lo stesso non può non verificarsi in relazione al sindacato concreto di legittimità costituzionale<sup>38</sup>. Da qui in poi, il Tribunale si sofferma su un ultimo aspetto da osservare.

Quanto finora discusso deve valere a maggior ragione se il giudice *a quo* è una corte federale (per la quale la nota 17); da un lato, perché, per ovvi motivi di competenza stabiliti nell'art. 100, primo comma GG (*supra*, all'inizio del pgf. 3), questo giudice mai potrebbe esprimersi su una questione che riguardi il conflitto fra la Costituzione federale e le fonti normative inferiori. Dall'altro, in quanto – e questo è l'argomento fondamentale, almeno per chi scrive – proprio il rinvio fatto da un giudice simile può garantire in futuro “a cascata” la coerenza del diritto ricostituita dal giudice costituzionale, ossia dal «custode della Costituzione»<sup>39</sup>: il *Bundesgericht*, infatti, è la corte federale cui spetta la funzione nomofilattica.

Qui, l'attenzione finora dedicata allo scopo unico che accomuna vie differenti di accesso al Tribunale si sposta dunque pure su un altro piano, relativo al tema evocato in apertura di questo scritto: il (parziale) superamento della rigida distinzione fra il modello accentrato e quello diffuso di giustizia costituzionale. Sembra infatti che il BvG, facendo leva sull'autorevolezza propria delle questioni di costituzionalità sollevate dalle cinque supreme magistrature federali, e, specificamente, da quella cui spetta la funzione nomofilattica, al fondo solleciti (quest'ultima in particolare, e, comunque, anche le altre) a trasformarsi in giudici *a quibus*. Di certo il *Bundesgerichtshof* e, poi, le altre quattro corti federali devono, sempre, provare in piena autonomia a comprendere se la o le norme impugnate (non le disposizioni di legge federale o federata) siano conformi a quelle costituzionali federali; laddove però ritengano sia decisivo che si pronunci il giudice delle leggi - perché la questione da affrontare ha la valenza sopra descritta- devono chiamarlo in causa.

<sup>37</sup> Per la giurisprudenza costituzionale precedente in materia BVerfGE 124, pgff. 300 <318> ss., e anche BVerfGE 81, pgff. 138 <140> ss.; 96, pgff. 288 <300>; 98, pgff. 218 <242> ss.; 119, pgff. 309 <317> ss.

<sup>38</sup> Di nuovo BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 63.

<sup>39</sup> Per questi ultimi due argomenti e il ragionamento complessivo proposto nel testo BvG luglio 2016, pgf. 63, rispettivamente laddove afferma che «*Entsprechendes muß erst recht für die konkrete Normenkontrolle gelten, zumal wenn die Vorlage durch ein funktional in besonderer Weise der Rechtserklärung verpflichtetes oberstes Bundesgericht erfolgt*», e che «*Die konkrete Normenkontrolle steht ungeachtet der engen Bindung an das Ausgangsverfahren mit ihrer Ausrichtung auf die verfassungsrechtliche Normprüfung von vornherein stärker im Dienste der objektiven Rechtserklärung als die eher dem subjektiven Rechtsschutz dienende Verfassungsbeschwerde*».

Con il che, il Tribunale contribuisce a rafforzare l'impressione esposta in apertura: mentre il controllo e il giudizio di costituzionalità restano comunque accentrati, proprio per garantire la coerenza dell'ordinamento giuridico, il meccanismo che porta ad instaurare questo giudizio introduce, invece, nel modello accentrato (pur non cambiandolo alla radice) anche caratteri propri di quello diffuso. In questa luce, l'intreccio fin qui ricostruito fa riflettere sulla portata effettiva della netta distinzione fra i modelli accentrato e diffuso e sulla valenza delle vie di accesso al giudice costituzionale: valenza davvero strategica, se riesce a permettere – *a garantire?* - al giudice delle leggi di proteggere la coerenza obiettiva dell'ordinamento custodendo la Costituzione federale.

#### **4. Per imporre le cure bisogna accantonare il principio di eguaglianza?**

Il BVG dichiara quindi ammissibile la questione sollevata<sup>40</sup> e, poi - *esercitando la funzione di «custode della Costituzione»* - inquadra nella Legge fondamentale il diritto al rifiuto delle cure mediche esercitato:

- da chi è capace di intendere e di volere,
- da chi non lo è,
- da coloro i quali sono privi in tutto o in parte di autonomia<sup>41</sup>, e, infine,
- dai malati tutelati che, sebbene non privi di autonomia, e per questo in grado di rifiutare cure mediche, versano in una condizione fisica tale da impedire loro di allontanarsi dal luogo del ricovero obbligatorio al quale erano stati destinati (con decisione del giudice tutelare) nel momento in cui non erano autonomi.

Così facendo il BVG ragiona sulla possibilità di imporre cure mediche a questi ultimi pazienti contro il loro volere. Qui, però, è anzitutto necessario soffermarsi meglio sul quesito posto dal giudice federale (il *Bundesgericht*), perché il Tribunale non risponde propriamente a quel dubbio, valutando invece altre implicazioni (per queste *infra*).

Come accennato, il *Bundesgericht* interroga il BVG sulla violazione del principio di eguaglianza<sup>42</sup>: il giudice federale chiede, cioè, se applicare le norme sul ricovero e le cure obbligatorie ai malati tutelati, non distinguendo quelli che sono in tutto o in parte privi di autonomia da quelli che sono autonomi, ma per ragioni di salute non possono allontanarsi dalla struttura di ricovero, violi il principio in questione. Il *Bundesgericht* non si ferma però qui, ma sviluppa il quesito così impostato in una direzione non poco paradossale: più precisamente, chiede infatti se, *proprio differenziando i primi malati dai secondi*, non si finisca col negare ai tutelati autonomi il

<sup>40</sup> *Supra*, pgf. 1: che chiedeva al BVG di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del § 1906, terzo comma BGB, stabilendo se la disposizione vigente violi o meno il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma GG.

<sup>41</sup> Ossia, ad esempio, chi soffre di malattie neurodegenerative come l'*Alzheimer*.

<sup>42</sup> Sul principio di eguaglianza di cui all'art. 3 GG fra i molti F. OSSENBÜHL, *Satzung*, in J. Isensee, P. Kirchhof, (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, *Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*. 3., völlig neubearb. u. erw. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2007, § 105, pp. 353–384 (e 377 ss.).

diritto alle cure obbligatorie. In altre parole, la Corte federale teme che ai malati, tutelati ma autonomi, non si garantisca il diritto a ricevere proprio quei trattamenti che essi rifiutano solo in ragione dell'influenza – *ad avviso della Corte* - esercitata sulla loro capacità di giudizio dalla loro condizione di infermità (anche se diversa dalla totale o parziale mancanza di autonomia). Il *Bundesgericht* legge dunque in modo anomalo la vicenda che ruota intorno al principio di eguaglianza, perché non lo ritiene violato nell'ipotesi in cui il codice civile riserva a malati caratterizzati da condizioni diverse un trattamento uguale, ma nel caso in cui, applicandolo, impedisce di imporre le cure mediche ai tutelati autonomi che vogliono interromperle.

Il Tribunale costituzionale federale non ritiene necessario soffermarsi sulla violazione del principio di eguaglianza<sup>43</sup>, e dedica invece la sua attenzione a un aspetto che, comunque, lo porterà a chiedere al legislatore federale di integrare le disposizioni esistenti con norme che permettano di imporre cure a chi, autonomo ma ricoverato nelle strutture dedicate ai tutelati non autonomi, le rifiuta. Dal già criticabile approccio alla questione espresso dal giudice *a quo* nasce, dunque, una pronuncia del giudice delle leggi preoccupante per l'impatto che avrà sulle libere scelte individuali.

Come si chiarirà, il BvG giunge alla conclusione accennata trovando un equilibrio soltanto in apparenza logico e solido fra, da un lato, beni giuridici costituzionalmente tutelati (la vita e l'integrità fisica dei consociati), libertà e diritti fondamentali (la libertà individuale, l'autodeterminazione e il libero dispiegamento della personalità del singolo individuo, specificamente in relazione alle scelte sulla salute e sulla vita) e, dall'altro, un obbligo posto per Costituzione in capo allo Stato (ossia quello di proteggere i soggetti cd. «*bisognosi di aiuto*», lett. «*hilfsbedürftig*»: per quest'ultimo profilo *infra* nel testo)<sup>44</sup>. Per far coesistere in modo coerente beni, libertà, diritti e obbligo nella cornice giuridica della Legge fondamentale, il Tribunale declina infatti in modo inaspettato e discutibile l'obbligo di intervento dello Stato (*infra*, nel testo, al pgf. 7), mettendo in pericolo la chiave di volta sulla quale costruire i legami appena ricordati: il pieno rispetto della libertà individuale.

## **5. Liberi per Costituzione di essere e restare ammalati.**

La «libertà individuale, costituzionalmente protetta, ricomprende pure la “libertà di essere malati”, ossia il diritto di rifiutare trattamenti mirati alla guarigione anche quando la scienza medica li ritenga improcrastinabili»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Come lo stesso Tribunale afferma espressamente nella sentenza commentata: BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 101.

<sup>44</sup> Per la tutela dell'esistenza e dell'integrità fisica K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, IV/1, *cit.*, p. 139 ss., spec. p. 167 ss.; U. DI FABIO, *Art. 2 Abs. 2*, in T. Maunz, G. Dürig, (Hrg.), *GG Kommentar*, München, C.H. Beck, 2016, *ad vocem*, spec. nota a margine 20 ss. Per la dottrina sull'amministrazione di sostegno nell'ordinamento giuridico italiano, invece, *infra*, alla nota (63).

<sup>45</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 74 (come segnalato in apertura del lavoro la traduzione proposta nel testo non è letterale; qui, di conseguenza, come si farà anche in altre note, il passaggio in lingua tedesca): «*Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die “Freiheit zur Krankheit” und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind*». Per la

Il passaggio qui riportato sembra non lasciare spazio a fraintendimenti: per il giudice delle leggi, il rifiuto delle cure è una articolazione della libertà individuale e, in quanto tale, ricade nell'alveo dei diritti fondamentali<sup>46</sup>, con tutte le immaginabili conseguenze sul piano giuridico. *Una è dunque la libertà; molteplici sono i suoi volti*<sup>47</sup>.

Già la formulazione letterale scelta dal giudice costituzionale rafforza questa impressione. Non può infatti essere un caso che, per descrivere la scelta individuale in punto di cure mediche, il Tribunale ricorra a un'enunciazione linguistica declinata in positivo – la *libertà di essere malati* – non in negativo – il *diritto al rifiuto delle terapie*. La *libertà di essere malati* cade quindi nella sfera di quella individuale protetta dalla Costituzione; da questa constatazione il BVG prende le mosse per comprendere allora come e quando possa essere esercitato il diritto a rifiutare le cure, e in presenza di quali condizioni il potere pubblico debba invece offrire quella peculiare protezione (nei confronti dei soggetti cd. «bisognosi di aiuto»: per questi sempre *infra* nel testo) che l'art. 2, secondo comma, secondo periodo GG delinea come un vero e proprio obbligo giuridico di intervento posto in capo allo Stato.

Il Tribunale si sofferma sulla libertà individuale per mettere a fuoco il limite invalicabile oltre il quale lo Stato violerebbe la complessa sfera della personalità (fisica e morale) intangibile per il GG<sup>48</sup>, in una prospettiva, però, non poco complicata: una cosa è, infatti, stabilire in quali circostanze l'intervento pubblico rappresenti una *interferenza indebita nella dimensione individuale*; ben altra è ragionare della *protezione pubblica attiva dei diritti* delle persone che va offerta dallo Stato non contro le aggressioni che possono provenire da altri soggetti, ma da quelle derivanti dalla persona stessa (o, per meglio dire, che discendono dalla malattia in grado di condizionare negativamente le scelte individuali sulla salute e sulla vita). Per affrontare questo delicato aspetto il BVG abbandona il piano del ragionamento agganciato alla connotazione solo negativa della libertà individuale. Il diritto a rifiutare le cure è una articolazione della libertà individuale; in quanto tale, la riflessione intorno ad esso va ricondotta alla più ampia cornice concettuale, logica e giuridica inerente le modalità costituzionalmente legittime di limitazione dei diritti fondamentali.

Per il BVG il modo in cui un individuo esercita i suoi diritti di libertà, agli occhi di altre persone può ben sembrare in contrasto con i suoi interessi. La constatazione, però, svela l'ovvio: la libertà di essere malati, laddove intesa come espressione di quella individuale, può soltanto essere posta in

---

giurisprudenza costituzionale precedente in tema di diritto al rifiuto alle cure o “diritto alla malattia” BVerfGE 128, pgff. 282 <304>.

<sup>46</sup> Sui diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico tedesco ancora K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, IV/1, cit., 8 ss.

<sup>47</sup> Sulla libertà individuale e sulle sue articolazioni tutelate direttamente dal GG sempre attuale H. SCHULZ-SCHAEFFER, *Der Freiheitssatz des Art. 2, Abs. 1 GG*, Berlin, Duncker&Humboldt, 1971.

<sup>48</sup> Per ogni necessario approfondimento dei più complessi profili della tematica M. SACHS, *Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte*, in *DÖV*, 1984, 411 ss., soprattutto per la ricca bibliografia nelle note dedicata alle libertà negative.

capo al singolo, all'individuo; dunque, il *criterio* che guiderà l'esercizio di questo specifico diritto *non sarà assoluto, quindi oggettivo e generale*, ma, necessariamente, *relativo, ossia soggettivo e individuale*. Ciascuna persona soppesa in modo diverso la situazione nella quale versa; spetta allora

«fondamentalmente solo al diretto interessato decidere se sottrarsi a trattamenti terapeutici o ad altri, anche laddove questi siano utili a preservare o migliorare la sua salute»<sup>49</sup>.

La conseguenza di questa impostazione logica è decisiva, perché, da questo punto in poi, il ragionamento del giudice delle leggi approfondisce il piano dei criteri a governo delle scelte dei singoli individui:

la «decisione [con la quale ciascun individuo] esprime la volontà di far diagnosticare e curare la malattia [di cui soffre] non è guidata da un parametro di valutazione oggettivamente razionale»<sup>50</sup>.

Quando il *criterio* che guida le scelte in tema di cure non è e non può essere oggettivamente razionale, implicitamente lo stesso criterio può solo essere soggettivamente (ir)razionale, con un corollario insuperabile. Nessuno, *nemmeno il pubblico potere*, nel valutare la malattia potrà rivendicare la “superiorità ontologica” dei parametri oggettivamente razionali su quelli soggettivamente (ir)razionali:

dall' «obbligo dello Stato “di proteggere ciascun individuo da sé stesso” non discende una sorta di “sovranità della razionalità” di cui sarebbero portatori gli organi statali, tale da imporsi sulla volontà di chi detiene un diritto fondamentale, perché quest'ultima appare diversa o irragionevole rispetto alle scelte che, in generale, altri farebbero»<sup>51</sup>.

Il confronto sul punto fra il cittadino e il pubblico potere – fra *libertà e autorità* – non si risolve dunque sulla base di una presunta superiorità/sovranità razionale dello Stato. Il BvG delinea così il rapporto in questione, ancorando la posizione anche alla sua precedente giurisprudenza (*infra*, in nota e al pgf. seguente<sup>52</sup>), e fondando il difficilissimo equilibrio in gioco a un ulteriore connotato della sfera individuale. In questo contesto problematico, fra i diversi profili che caratterizzano le

---

<sup>49</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 74: «Daher ist es grundsätzlich Sache des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er sich therapeutischen oder sonstigen Maßnahmen unterziehen will, auch wenn sie der Erhaltung oder Verbesserung seiner Gesundheit dienen».

<sup>50</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 74: «Seine Entscheidung, ob und inwieweit er eine Krankheit diagnostizieren und behandeln lässt, muss er nicht an einem Maßstab objektiver Vernünftigkeit ausrichten».

<sup>51</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 74: «Eine Pflicht des Staates, den Einzelnen “vor sich selbst in Schutz zu nehmen” eröffnet keine “Vernunftigkeit” staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beigesetzt werden dürfte, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint», e sempre BVerfGE 128, pgff. 282 <304>.

<sup>52</sup> Ossia e di nuovo la fondamentale pronuncia BVerfGE 128, 282.

articolazioni della libertà individuale emerge difatti pure il diritto al libero dispiegarsi della propria personalità<sup>53</sup>:

ogni «trattamento obbligatorio incide sul diritto al libero sviluppo della propria personalità. Ogni persona, infatti, per la Legge fondamentale è del tutto libera di assumere le decisioni sugli interventi che tocchino la sua integrità fisica o riguardino scelte discrezionali relative alla sua salute.

Questa libertà è espressione dell'autonomia della persona, e, in quanto tale, è protetta dal più generale diritto alla personalità così come desumibile dalla lettura congiunta degli artt. 2, primo comma e 1, primo comma GG»<sup>54</sup>.

A cascata, la catena logica costruita tratteggia la relazione inviolabile fra la libertà individuale, il diritto al libero sviluppo della propria personalità e le scelte autonome e discrezionali in tema di salute. A questo punto della motivazione, per rinsaldare la concezione esposta sull'equilibrio fra autorità e libertà, un'ultima precisazione è però necessaria. Come facilmente intuibile, decisive per la tesi prospettata dal BvG sono la piena capacità di intendere e di volere e l'idoneità del soggetto a prendersi cura dei propri interessi. L'obbligo costituzionale di protezione di ciascun consociato posto in capo allo Stato, infatti, *mai si potrà esercitare* nei confronti di chi goda pienamente di questa capacità e sia completamente autonomo, ossia rispetto a chi sia in grado di scegliere in modo consapevole e libero:

«nell'ipotesi in cui i diretti interessati siano in grado di decidere in piena libertà se sottoporsi a trattamenti medici per preservare o migliorare la loro salute fisica, non sorge alcuna esigenza di proteggere o aiutare gli stessi soggetti. In casi simili, l'obbligo di protezione posto in capo allo Stato dall'art. 2, secondo comma, primo periodo GG, recede. Non si possono dunque imporre trattamenti medici obbligatori»<sup>55</sup>.

Riassumendo, nell'ordinamento giuridico tedesco il diritto a rifiutare le cure è da comprendere come articolazione della libertà individuale e specifica espressione del diritto al libero dispiegamento e sviluppo della propria persona (sul diritto invece all'integrità fisica, *infra*, al pgf. seguente). In ragione di questa concezione della libertà individuale, nessun soggetto, pubblico o privato, può decidere al posto di chi è direttamente interessato dalla diagnosi e dalla cura della sua salute, perché il criterio che guida ogni scelta relativa è rigorosamente soggettivo. Con il che, la

---

<sup>53</sup> Per questo diritto, già così tratteggiato molto tempo addietro, R. SCHOLZ, *Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, (100), 1975, pp. 80-130, e 264-290.

<sup>54</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 74: «*Jede Zwangsbehandlung greift allerdings in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein. Denn der Mensch ist nach dem Grundgesetz grundsätzlich frei, über Eingriffe in seine körperliche Integrität und den Umgang mit seiner Gesundheit nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Diese Freiheit ist Ausdruck seiner persönlichen Autonomie und als solche auch durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt*»; così anche BVerfGE 128, pgff. 282 <302>; 129, pgff. 269 <280>; 133, pgff. 112 <131>, e spec. nota a margine n. 49.

<sup>55</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 74: «*Sofern Betroffene mit freiem Willen über medizinische Maßnahmen zur Erhaltung oder Besserung der eigenen Gesundheit entscheiden können, besteht daher keine Schutz- und Hilfsbedürftigkeit. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2, Abs. 2 Satz 1 GG tritt insoweit zurück. Eine medizinische Zwangsbehandlung gegen den freien Willen eines Menschen ist ausgeschlossen*».



decisione sull'avvio, sulla continuazione e sull'interruzione delle cure spetta solo ed esclusivamente al singolo consociato, ed è frutto dell'intreccio fra *assoluta garanzia delle libertà ed esercizio dei diritti fondamentali*.

Fin qui, secondo il Tribunale, l'inquadramento costituzionale del diritto di decidere della propria salute da parte di chi è in grado di intendere e di volere e pienamente autonomo. La fattispecie concreta che interessava il giudizio principale poneva, però, altri nodi da sciogliere, ai quali il BVG risponde minando alle fondamenta tutto il percorso logico-giuridico appena discusso.

**6. *Proteggere l'individuo da «sé stesso»: un dovere costituzionale per lo Stato, un sacrificio (solo a volte?) necessario per le libertà.***

Il BVG stabilisce che il caso concreto all'origine del procedimento principale non ricade nelle fattispecie astratte di cui alla normativa vigente sul ricovero e i trattamenti medici obbligatori (rispettivamente § 1906, primo e terzo comma BGB: per entrambi i commi *supra*, pgf. 1). Il § 1906 BGB viene di conseguenza dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non pone una disciplina che possa coprire quella peculiare fattispecie concreta.

La paziente interessata dal giudizio *a quo*, infatti, riusciva a esprimere più volte, dinanzi al magistrato e in modo consapevole, la sua volontà di rifiutare le cure: le misure di protezione autorizzate dal giudice tutelare al tempo in cui la malattia ne comprometteva l'autonomia, quindi, perduravano successivamente solo perché lo stadio avanzato della patologia le impediva di fatto di lasciare il ricovero. Per questa ragione la permanenza nella struttura e l'autorizzazione giurisdizionale originaria consentivano al tutore di continuare a decidere al posto della malata, rendendo impossibile ogni sua libera scelta. In altre parole, nel caso di specie si dava applicazione al § 1906 BGB non perché la persona tutelata non fosse in grado di esprimere in autonomia la sua volontà, ma in quanto il luogo dove si svolgeva il ricovero obbligatorio diventava lo spazio all'interno del quale *necessariamente* si doveva dare applicazione alla normativa federale sull'imposizione delle cure.

Nonostante quanto si potrebbe supporre a questo punto, il BVG chiederà al legislatore federale di adottare senza alcun indugio norme che, in relazione a casi concreti simili, permettano di curare obbligatoriamente il paziente anche *contro la sua volontà*. Nell'ottica del Tribunale, infatti, la lacuna normativa non permette di curare obbligatoriamente chi, solo perché fisicamente infermo resta nelle strutture chiuse, ma ciò nonostante vuole vedere rispettate decisioni personali che incidono sulla sua salute o sulla sua vita. La lacuna non garantisce, nella prospettiva del BVG, e *con le parole dello stesso giudice*, il cd. diritto «a essere protetto da sé stesso», perché la carenza al fondo indebolisce e impedisce l'esercizio dell'obbligo, cui lo Stato è costituzionalmente tenuto, di piena protezione giuridica dell'integrità fisica e della vita stessa dei malati/tutelati (pure se autonomi).

Per comprendere la tesi di incostituzionalità del Tribunale, che pare del tutto sbilanciata a favore dell'obbligo statale di protezione, è necessario schizzare il quadro fornito dalle norme di cui al §

1906, primo e terzo comma BGB. La disposizione è espressione di un equilibrio di certo complesso, ma chiaro. Discende dall'obbligo costituzionale posto dall'art. 2, secondo comma, primo periodo GG<sup>56</sup>, che lo Stato possa adottare misure a protezione del singolo (privo in tutto o in parte di autonomia, o incapace di intendere e di volere), *solo ed esclusivamente* quando ricorrano le rigide condizioni disciplinate dal codice civile. In altri termini, il ricovero e i trattamenti obbligatori di cui al primo e al terzo comma del § 1906 BGB vanno ricondotti all'art. 2 GG e, di conseguenza, possono essere imposti soltanto nell'ipotesi in cui

una persona, «a causa della malattia di cui soffre, non [possa] comprendere quanto necessario sia richiedere una diagnosi o sottoporsi ad una cura, oppure non [sia] nella condizione di agire a questo fine»;

si può ritenere che soltanto un soggetto simile «sia [privo] di protezione e [bisognoso] d'aiuto, ossia, e in questi unici limiti, sia [esposto] ad un rischio dal quale non possa difendersi in modo autonomo, che ne metta in pericolo l'integrità fisica e la vita. La comunità statale non può semplicemente abbandonare (lett. «*lasciare a loro stesse*») le persone bisognose d'aiuto»<sup>57</sup>.

I due passaggi della pronuncia aiutano a capire come il codice civile consenta il ricovero e i trattamenti obbligatori *soltanto se e quando realizzati* nell'assoluto rispetto dell'intangibilità della persona umana e dell'inviolabilità della sua integrità fisica, ossia nella piena osservanza dell'art. 2, secondo comma, primo periodo GG:

«(II) Ognuno ha diritto alla vita e alla incolumità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Questi diritti possono essere limitati solo in base alla legge»<sup>58</sup>,

e dell'art. 1, primo comma GG<sup>59</sup>:

«(I) La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Sull'art. 2 GG di nuovo U. DI FABIO, *Art. 2 Abs. 2, cit.*

<sup>57</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 73: «*Wenn sie krankheitsbedingt nicht in der Lage sind, in eigener Sache die medizinische Notwendigkeit einer Untersuchung oder Heilmaßnahme zu erkennen oder danach zu handeln, sind sie insofern schutzlos und hilfsbedürftig, als sie die Gefährdungen von Leib und Leben ausgeliefert sind, ohne selbst für ihren Schutz sorgen zu können*». Per la giurisprudenza costituzionale precedente BVerfGE 58, pgff. 208 <225>; 128, pgff. 282 <304> ss.

<sup>58</sup> Nel testo la versione tratta da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni straniere contemporanee, cit.*, p. 200; in lingua tedesca, invece: «(II) *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden*».

<sup>59</sup> Sull'art. 1 GG e, specificamente, sulla dignità umana fondamentale e il principio personalista lo scritto di E. BENDA, *Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht*, in E. BENDA et al., (Hrg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. neubearb. und erw. Aufl., 1995 (1994), Bd. I, § 6, *cit.*, p. 161 ss.

<sup>60</sup> Così la versione tratta da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni straniere contemporanee, cit.*, p. 200, e, nel testo originale: «*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*».

La lettura congiunta delle due disposizioni costituzionali e di quella del codice civile permette di configurare la portata dell'obbligo, posto in capo allo Stato, di adottare misure di protezione a favore delle persone che, in quanto in tutto o in parte non autonome, non siano in grado di decidere con piena lucidità e responsabilità della loro salute e sopravvivenza. In altre parole, queste norme fanno comprendere quando l'intervento pubblico sia indispensabile per *difendere i consociati non da pericoli esterni, ma da loro stessi*. La prospettiva è del tutto particolare; per questo è importante capire come nasce e si configura la scelta del pubblico potere costituzionalmente legittimata a comprimere la sfera della libertà individuale al solo scopo di proteggere *da sé stesso* chi non sia ritenuto nella condizione di farlo.

**7. Dall'obbligo di protezione pubblica al bilanciamento fra diritti costituzionali, i diversi volti delle misure a tutela della salute e della vita.**

Il Tribunale ragiona sui due profili che connotano il diritto fondamentale all'integrità fisica e alla vita: il primo aspetto tratteggia questo diritto come libertà negativa, e comporta il divieto per lo Stato di violare la complessa sfera della personalità individuale. Il secondo, tutto al contrario, esprime una scelta di valore della Costituzione a favore del bene giuridico della vita, scelta alla quale è ancorato l'obbligo posto in capo al pubblico potere di tutelare lo stesso bene. In questa cornice di diritto costituzionale l'intervento pubblico è dunque volto *a proteggere*

«la vita di ciascun individuo»<sup>61</sup>, e - come consentito dall'art. 2, secondo comma, primo periodo GG - la sua «integrità fisica e la [sua] salute»<sup>62</sup>,

e *rigidamente limitato* da una condizione: l'intervento dello Stato è costituzionalmente legittimo ai sensi dell'art. 2 GG quando il soggetto cui è indirizzato è nell'impossibilità - nei termini che si diranno - di decidere in piena autonomia e consapevolezza della sua integrità fisica e della sua sopravvivenza. Rientrano in questa condizione i cd. soggetti «*bisognosi d'aiuto*» (lett. «*hilfsbedürftig*»), ossia gli individui per i quali sia stato nominato un tutore perché la persona - a causa di una patologia, più spesso neurodegenerativa, oppure in ragione di menomazioni di natura fisica, psicologica o psichiatrica - non è in grado di rendersi conto della necessità di sottoporsi a cure mediche e, di conseguenza, non può comprendere e affrontare i rischi che ne minacciano

<sup>61</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 69: «*Danach hat der Staat die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen*». Per la giurisprudenza costituzionale precedente BVerfGE 39, pgff. 1 <42>; 46, pgff. 160 <164>; 90, pgff. 145 <195>; 115, pgff. 320 <346>.

<sup>62</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 69: «*Danach hat der Staat die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen. Auch der Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit werden von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG umfasst*». Per la giurisprudenza costituzionale precedente BVerfGE 56, pgff. 54 <78>; 121, pgff. 317 <356>.

l'incolumità fisica e la sopravvivenza<sup>63</sup>. «*Bisognoso d'aiuto*» è dunque chi conosce l'impossibilità (anche solo parziale o temporanea) di provvedere ai propri interessi, e, per questo, va sottoposto a misure diverse dalla interdizione o inabilitazione (dunque a interventi che comportino limiti drastici all'autodeterminazione: *infra*, spec. la nota 63).

Nel rispetto dell'obbligo discendente dall'art. 2, secondo comma, primo periodo GG, lo Stato, nei confronti di queste persone<sup>64</sup>, *deve* adottare misure di protezione che consistono nell'affidare il tutelato ad apposite strutture chiuse (*supra*, pgf. 1, dalle quali non potranno allontanarsi, se non dopo che il tutore sia stato sentito dal magistrato), dove verranno imposte le cure reputate indispensabili. Solo ed esclusivamente in casi simili, e soltanto laddove strettamente necessario, sarà possibile imporre trattamenti sanitari nel pieno rispetto della Legge fondamentale e degli obblighi di diritto internazionale in materia<sup>65</sup>. Come intuibile, però, la questione più delicata e meno facile da risolvere è un'altra: proprio il ragionamento intorno a questa (*infra*, nel testo) porterà il Tribunale a esprimersi in contrasto con il suo approccio logico-giuridico fin qui esaminato, finendo col delineare come costituzionalmente legittimo un sacrificio del diritto a rifiutare le cure che non sembra rispettare l'interpretazione data dallo stesso giudice dell'art. 2, secondo comma, primo periodo GG.

All'inizio del ragionamento il BvG sostiene difatti che pure nei confronti delle persone «*bisognose d'aiuto*» l'intervento pubblico *debba essere ricondotto* alla logica che governa l'equilibrio, *mai da intaccare*, fra i diritti di libertà costituzionalmente protetti e gli obblighi a carico dello Stato costituzionalmente previsti; di conseguenza, adottando misure di protezione nei confronti dei tutelati, lo Stato non deve "semplicemente" limitare il meno possibile la capacità di agire del malato (tutelato), ma rispettare ben altro. In questa cornice, infatti, riemerge con assoluta

<sup>63</sup> Per la definizione di soggetto bisognoso di aiuto BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 67.

<sup>64</sup> I tutelati cui fa riferimento il BvG ricordano la cd. «amministrazione di sostegno» nota nell'ordinamento giuridico italiano: per questa v. la legge 9 gennaio 2004, n. 6, «*Introduzione nel libro primo, titolo XII del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*», in G. U. n. 14 del 19 gennaio 2004. La dottrina italiana ha da tempo affrontato questo specifico tema: fra i molti, e senza alcuna pretesa di completezza, pare qui utile ricordare M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, II, pp. 585-602; P. BORSELLINO, D. FEOLA, L. FORNI, (a cura di), *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Varese, Insubria University Press, 2007; F. FORTINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Torino, Giappichelli, 2007; F. AMEIRITO e a., (a cura di), con presentazione di G. Lombardi, *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, Giappichelli, 2007; G. FERRANDO, (opera diretta da), con la collaborazione di A. Ansaldo e a., *Amministrazione di sostegno: interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, Zanichelli, 2012; G. SALITO, P. MATERA, (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Padova, Cedam, 2013; A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: casistica e formule*, Milano, Giuffrè, 2013; M. PATTI, *L'amministrazione di sostegno nel diritto penale: poteri, doveri, responsabilità*, Roma, Aracne, 2015.

<sup>65</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 67.

forza il diritto di rifiutare le cure inteso come libertà anzitutto negativa, da tradurre sempre in netti divieti di intervento del pubblico potere<sup>66</sup>.

Per il Tribunale questo diritto – *questa libertà* – si configura pure nell'ipotesi in cui la persona da curare sia affidata a un tutore: in un caso simile, difatti, anche se lo Stato è tenuto ad adempiere all'obbligo costituzionale di intervenire per curarla, la persona interessata può ben essere contraria ai trattamenti imposti. Per il BvG addirittura in questa ipotesi il sacrificio richiesto e la libertà oggetto della compressione *non sono e mai potrebbero essere* sullo stesso piano: che l'individuo non possa decidere della sua salute e della sua sopravvivenza in piena autonomia e consapevolezza nulla toglie al fatto che l'imposizione di cure obbligatorie, nella sostanza, intacchi sempre il diritto all'autodeterminazione e all'integrità fisica.

Se il ragionamento del Tribunale si fermasse questo punto, l'obbligo costituzionale dello Stato verrebbe forse interpretato in modo limitato; il BvG risolve invece la questione sostenendo che l'obbligo costituzionale pubblico in questione è, *in ultima analisi*, un diritto fondamentale dell'individuo. Da qui in poi, il giudice delle leggi può di conseguenza indirizzare la motivazione verso il tema del bilanciamento fra diritti costituzionali<sup>67</sup>, costruendo così le basi per la tesi di incostituzionalità che esporrà.

Per il BvG, in situazioni simili a quella del procedimento principale non nasce, dunque, un conflitto che contrappone un diritto individuale e un obbligo statale, ma un conflitto che contrappone *due diritti* che spettano alla stessa persona: da un lato quello all'autodeterminazione e all'integrità fisica; dall'altro, quello a essere protetta da sé stessa. Si fronteggiano, dunque, un diritto fondamentale parte della più complessa sfera della libertà individuale, e un diritto fondamentale espresso dalla tutela che lo Stato deve garantire all'individuo (protezione che si traduce, per Costituzione, in un obbligo giuridico di intervento pubblico).

Spostato così l'obbligo sul piano dei diritti, il problema è allora risolvibile nei termini del bilanciamento. Il bilanciamento fra due diritti posti in capo alla stessa persona, sostiene il BvG, va realizzato in modo da condurre al minor sacrificio possibile dell'uno e dell'altro; quindi, nello specifico:

«se il tutelato è esposto al pericolo incombente di danni gravi alla salute e se i vantaggi di un trattamento medico sono maggiori rispetto agli svantaggi e ai rischi [che lo stesso intervento comporta], [l'esercizio del]l'obbligo di protezione si impone al punto che il legislatore dovrà prevedere la possibilità di formulare una diagnosi o di imporre una cura medica anche contro la naturale volontà del tutelato»<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Sui limiti all'intervento pubblico di nuovo M. SACHS, *cit.*, p. 411.

<sup>67</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgff. 79 ss., spec. 80.

<sup>68</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 72: «*Drohen Betreuten schwerwiegende Gesundheitsbeträchtigungen und überwiegen die Vorteile eines medizinischen Eingriffs eindeutig gegenüber den damit verbundenen Nachteilen und Risiken, geht jedoch die Schutzpflicht vor, so dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer medizinischen Behandlung oder Untersuchung auch gegen den natürlichen Willen der Betreuten vorsehen muss*».

Se, fin qui, il ragionamento del BvG è ancora accettabile, da questo passaggio in poi le affermazioni suscitano invece perplessità insuperabili. L'obbligo costituzionale che permette l'intervento pubblico nella direzione descritta, è, nelle parole del Tribunale, «fondamentalmente indeterminato» (lett. «*grundsätzlich unbestimmt*»)<sup>69</sup>. Spetta di stretta conseguenza soltanto al legislatore tradurre il concetto stesso di protezione a livello normativo, configurandolo in modo da permettere di tutelare in concreto – ossia in ragione dell'intervento pubblico - il bene giuridico della vita. Qui, a chi scrive non sembra esagerato temere che il margine di apprezzamento lasciato al legislatore<sup>70</sup> sia decisamente troppo ampio e, per questo, potenzialmente pericoloso per il pieno rispetto della libertà (di scelta). Vero è che la dimensione tutta politica della decisione in gioco è agganciata alla nozione di soggetto «*bisognoso d'aiuto*», e che questa potrebbe soltanto essere interpretata e capita - nel più ampio contesto fornito dalla Costituzione e dalla normativa sovra- e internazionale a protezione delle libertà (la Carta dei diritti dell'Unione Europea, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Convenzione della Nazioni Unite sui Diritti delle Persone Disabili) - unicamente alla luce della assoluta inviolabilità dei diritti fondamentali.

Che così possa *di certo* essere, però, quando la scelta è spostata sul piano politico, è cosa che forse anche il BvG teme, dato quanto specifica in relazione alle possibili fattispecie concrete che quella astratta dovrebbe disciplinare, aprendo la porta a conclusioni, come accennato, del tutto inaspettate.

### **8. *Proteggere i consociati o impedire l'esercizio delle libertà: un confine minato alle fondamenta dal giudice delle leggi.***

Una volta individuato il limite invalicabile per lo Stato nell'esercizio dell'obbligo costituzionale di protezione dei consociati, relativo tanto all'ipotesi in cui la persona che rifiuta le cure sia capace di intendere e di volere e pienamente autonoma, quanto a quella contraria, per il BvG esistono comunque altre fattispecie concrete che il legislatore, esercitando la sua discrezionalità, deve disciplinare. La posizione assunta dal BvG proprio rispetto a queste porterà il giudice delle leggi a ritenere costituzionalmente illegittimo il § 1906 BGB nella parte in cui non introduce norme che *permettano e garantiscano* l'esercizio dell'obbligo costituzionale di protezione dello Stato anche quando il malato tutelato riesce a esprimere in autonomia la sua volontà di interrompere le cure.

Che, qui, il ragionamento del BvG non sia lineare e coerente con le premesse che lo stesso giudice ha formulato sembra evidente; impossibile, per chi scrive, non immaginare che funga da

<sup>69</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 70.

<sup>70</sup> Sul complesso rapporto fra giudice delle leggi, legislatore e sistema politico R.CHR. VAN OUYEN, M.H.W. MÖLLER, (Hrg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Heidelberg, Springer, 2. Aufl., 2015, e CHR. HÖNNIGE, TH. GSCHWEND, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System der BRD - ein unbekanntes Wesen?*, in *Polit. Vierteljahresschr.*, 2010, Heft 51, pp. 507-530.

sfondo a questo approccio la polemica da sempre viva in Germania sulla drammatica demarcazione fra i fenomeni del suicidio, del rifiuto delle cure e del fine vita<sup>71</sup>.

Per inquadrare nella cornice finora sviluppata la fattispecie concreta all'origine del processo costituzionale il Tribunale deve tornare sul significato giuridico da riconoscere alla volontà del malato che non può abbandonare la struttura di ricovero.

Anzitutto, sulla base del quadro normativo discendente dalla lettura congiunta delle disposizioni costituzionali e di quelle del codice civile, per capire se il tutelato vuole davvero rifiutare le cure è indispensabile comprendere come ricostruirne la volontà prima della malattia o durante la manifestazione della stessa. Per il BVG è ovvio che possa essere difficile delineare con certezza la volontà della persona «*bisognosa d'aiuto*»<sup>72</sup> antecedente l'insorgere della patologia fisica o psichica. Nel disciplinare le modalità di ricostruzione e individuazione della volontà in casi così delicati, il legislatore dovrà però avere ben chiaro che, *anche in queste ipotesi*, la sottoposizione al ricovero e alle cure obbligatorie deve rispettare due condizioni e due garanzie poste *a sola tutela del malato* (tanto incapace o non pienamente autonomo, quanto infermo ma autonomo). La prima condizione è data da una constatazione: le misure a protezione della salute e della vita sono istituiti<sup>73</sup> ideati dall'ordinamento giuridico per proteggere la persona, non per affermare la bontà e la necessità delle cure mediche; infatti, dice il BVG,

la possibilità di adottare simili misure non è mirata a garantire che le terapie possano essere imposte secondo «parametri di obiettiva razionalità»; tutto al contrario, anche quando l'ordinamento giuridico le contempla è indispensabile «rispettare la libera volontà del tutelato».

Per ricostruire questa volontà, sarà possibile ricorrere (anche) a un quadro di indizi, quali, ad esempio, «affermazioni risalenti [del malato]» oppure «la qualità della libera volontà manifestata» in momenti diversi. «Soltanto laddove ciò non sia possibile, si potrà, come *ultima ratio*, non tenere conto della naturale volontà» di chi si esprime influenzato dalla malattia<sup>74</sup>.

La seconda condizione va invece ricondotta alla concreta valutazione dei benefici che il costo della compressione della libertà comporta; gli effetti positivi del ricovero, della diagnosi o delle

<sup>71</sup> Sulla linea di confine fra suicidio e interruzione volontaria delle cure nel fine vita per tutti F. HUFEN, *In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens*, in *NJW* 2001, Heft 12, p. 849 ss., spec. 851.

<sup>72</sup> Ossia di chi è affidato alla responsabilità di un tutore e alla struttura chiusa che si occupa del ricovero e delle cure reputate necessarie, perché non in grado – a causa di una patologia, oppure in ragione di impedimenti di natura psicologica o psichiatrica - di rendersi conto della necessità di sottoporsi a trattamenti medici e, di conseguenza, non è in grado di comprendere e affrontare i rischi che minacciano la sua incolumità fisica e la sua vita: per la definizione *supra*, al pgf. 6.

<sup>73</sup> Sul punto di nuovo U. DI FABIO, *Art. 2 Abs. 2, cit.*

<sup>74</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 82: «*Dabei hat der Gesetzgeber insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es nicht um die Sicherstellung medizinisches Schutzes nach Maßstäben objektiver Vernünftigkeit geht; vielmehr ist der freie Wille der Betreuten zu respektieren. Dies gilt auch, soweit der freie Wille anhand von Indizien – insbesondere unter Rückgriff auf frühere Äußerungen oder etwa aufgrund der Qualität des geäußerten natürlichen Willens – ermittelbar ist. Nur wo dies nicht möglich ist, kann als letztes Mittel ein krankheitsbedingt entgegenstehender natürlicher Wille überwunden werden*». Per la giurisprudenza precedente BVerGE 128, 282 <308> ss.

terapie devono, in modo chiaro e in misura netta, bilanciare la compressione della libertà. I criteri di valutazione vengono così individuati:

«danni imminenti e gravi alla salute, cure non eccessivamente invasive, elevate probabilità di successo delle terapie»<sup>75</sup>.

Le garanzie pensate per impedire che la scelta del legislatore oltrepassi questa linea di demarcazione fra libertà e autorità sono quelle note a qualsiasi ordinamento democratico: la volontà del tutelato andrà sempre valutata caso per caso, lasciando al solo giudice la responsabilità di sciogliere le ipotesi dubbie. Inoltre, la volontà del tutelato potrà emergere a tratti o gradualmente, ossia nei momenti di lucidità e consapevolezza che l'andamento altalenante della malattia permette (qui, evidente il caso delle patologie neurodegenerative o dei disturbi della sfera psicologica). A queste garanzie dovranno aggiungersene poi altre, che il Tribunale riprende da una sua sentenza precedente dove affrontava profili cui ritiene di poter attingere<sup>76</sup>. Le tutele previste in relazione al trattamento obbligatorio (effettuato ricorrendo a terapie mediche, psichiatriche o altre) nei confronti di coloro i quali siano sottoposti a misure cautelari che limitano in modo drastico la libertà individuale<sup>77</sup> possono applicarsi anche a casi simili a quello del procedimento principale: il malato tutelato va informato delle terapie prima di riceverle; le cure devono essere prescritte da medici che ne monitorino gli effetti e ne curino una minuziosa documentazione; è necessario che il medico curante sia affiancato da altri esperti, e, infine, che l'autorizzazione al trattamento sia data dal giudice<sup>78</sup>.

Ora, a questo punto della lunga e complessa motivazione tutto ci si aspetterebbe, ma, di certo, non che il Tribunale risolva il rapporto fra il diritto a rifiutare le cure e quello a essere protetti da sé stessi in modo tale da dare un peso schiacciante all'obbligo di intervento dello Stato. Invece, questo è quel che accade.

Il BvG stabilisce che la disciplina di cui al § 1906 BGB è costituzionalmente illegittima nella parte in cui non permette allo Stato di adottare misure di protezione nei confronti di chi, *proprio perché* in grado di esprimere la sua volontà in modo autonomo, *mai potrebbe essere curato obbligatoriamente*, nonostante si trovi, in quanto fisicamente non più capace di allontanarsene, nella struttura che accoglie i malati tutelati sottoposti a cure imposte dallo Stato. In estrema sintesi: il BvG ingiunge al legislatore di trovare il modo di garantire l'obbligo costituzionale di protezione pubblica dei consociati in ragione dei due passaggi più che discutibili che connotano la sentenza; il primo, con cui "semplicemente" esclude il ragionamento ancorato alla violazione del principio di

<sup>75</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 83: «*drohende erhebliche Gesundheitsbeträchtigungen, nicht zu eingriffssensitive Behandlung, hohe Erfolgsaussichten*»; per la giurisprudenza costituzionale precedente di nuovo BVerGE 128, 282.

<sup>76</sup> Ossia la fondamentale pronuncia del 23 marzo 2011 più volte ricordata: BVerGE 128, 282 <308-309> ss.

<sup>77</sup> Per BVerGE 128, 282 <308-309> chi ha commesso gravi crimini e, in quanto non imputabile, non debba espriare una pena in carcere, ma essere sottoposto a cure finalizzate alla rimessione in libertà senza pericolo per la comunità.

<sup>78</sup> BvG, sent. 26 luglio 2016, pgf. 83: «*drohende erhebliche Gesundheitsbeträchtigungen, nicht zu eingriffssensitive Behandlung, hohe Erfolgsaussichten*»; per la giurisprudenza costituzionale precedente di nuovo BVerGE 128, 282.



eguaglianza; il secondo, con il quale trasforma l'obbligo di intervento pubblico nel diritto a essere protetti da sé stessi, forzando in questa direzione l'art. 2, secondo comma, primo periodo GG.

Che questo approccio sia la corretta traduzione della scelta di valore della Costituzione a favore della vita è cosa di cui pare impossibile non dubitare.

**9. Quando si confonde l'essenza delle libertà con le conseguenze del loro esercizio, a rischio ci sono i diritti.**

La motivazione formulata dal BVG solleva diverse perplessità. La prima riguarda la "trasformazione" dell'obbligo costituzionale del pubblico potere nel diritto dell'individuo a essere protetto da sé stesso. Non che il rovescio dell'obbligo in questione non sia (in qualche misura) un diritto; il problema, però, è un altro. Il Tribunale compie infatti questo passo perché, altrimenti, non sarebbe in alcun modo possibile chiedere al legislatore di integrare come appena detto la normativa esistente. Se, infatti, il confronto restasse arginato all'obbligo di protezione del pubblico potere da un lato, e, dall'altro, al diritto di respingere le terapie inquadrate nella sfera della libertà individuale, l'intervento dello Stato dovrebbe necessariamente fermarsi – *fermarsi* di fronte a una libertà *anzitutto* negativa. Al contrario, il diritto a essere protetti da sé stessi entra invece con pari dignità nel bilanciamento con quello a rifiutare le cure e, per questo motivo, può prevalere sul secondo (a maggior ragione se sussistono le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione).

Sulla tesi di incostituzionalità del BVG pesa poi una seconda considerazione. Delineare l'interruzione volontaria delle terapie come scelta *sempre e comunque inconsapevole* del tutelato autonomo significa connotare il rifiuto delle cure esclusivamente come mezzo per compromettere la salute e l'integrità fisica del malato, e/o la sua sopravvivenza. Una simile concezione del rifiuto può solo presupporre che la decisione a favore dell'interruzione delle cure vada impedita: anzitutto perché volta a un fine che, con tutta evidenza, non rispetta il principio della dignità umana e i beni giuridici intangibili dell'integrità fisica e della vita dei consociati di cui agli artt. 1 e 2 GG. Inoltre, in quanto questa stessa concezione è ancorata a una precondizione di fatto - *mai dimostrata nella pronuncia* – per la quale si assume che il tutelato autonomo sceglierebbe di sospendere le terapie unicamente perché soffre di disturbi della sfera emotiva originati da una patologia fisica, psicologica o psichiatrica. Dato *questo* presupposto, lo Stato può (*deve*) assolvere all'obbligo costituzionale di proteggere i consociati da loro stessi.

Ora, non pare che la "trasformazione" dell'obbligo di intervento pubblico in un diritto individuale e la concezione appena esposta del rifiuto delle cure siano la risposta alla scelta di valore che la Costituzione (in questo caso, tedesca) compie a favore della vita. Al contrario, sembra che il Tribunale, così ragionando, predisponga un terreno fertile per legittimare costituzionalmente la compressione della libertà e dell'autonomia (di alcuni fra) i soggetti bisognosi di aiuto, mentre ben altro parrebbe invece essere necessario (*quantomeno: a volte*) per proteggerne la dignità, l'integrità fisica e la vita.

Il rifiuto delle cure, se osservato in modo differente da quello proposto dal BVG, non svilisce la scelta costituzionale di valore appena richiamata. Per adottare una prospettiva diversa da quella del

giudice delle leggi tedesco bisogna però chiedersi se la scelta costituzionale a favore della “vita” equivalga alla scelta costituzionale a favore della “sopravvivenza fisica”.

Nella cornice del solo tema trattato qui, non pare che i due beni giuridici siano identici, perché il primo, la “vita”, è più complesso e - logicamente, prima ancora che sotto il profilo giuridico - ancorato (anche) al libero sviluppo della personalità costituzionalmente garantito; il secondo, la “sopravvivenza fisica”, presenta meno articolazioni e sfaccettature, e va ricondotto (prima di tutto, sebbene di certo non solo) all’obbligo di protezione dello Stato. Se così è, l’interruzione delle cure *non* andrà sempre e comunque ricondotta *a entrambi i beni giuridici* in gioco, ma di volta in volta, mai *a priori*, o all’uno o all’altro (in alcuni casi, a entrambi), e, quindi, alla relativa e differente protezione costituzionale; con una conseguenza da non trascurare.

Quando la volontà di interrompere le terapie è espressione della libertà individuale e del libero sviluppo della personalità, essa si fonda su una valutazione soggettiva che, in quanto “riflesso” di queste due libertà, cade nel loro stesso alveo – gode, dunque, in via indiretta, della protezione costituzionale che spetta a entrambe. Inoltre, non si può dimenticare che la valutazione soggettiva è basata su un ragionamento oggettivo a sostegno del rifiuto delle terapie: un *inevitabile processo naturale* (la malattia che sfocia nella morte) *non necessariamente deve essere interrotto* o diluito nel tempo *da un intervento umano artificiale ed eteronomo* (le cure). In questa cornice, e, peraltro, come argomentato dallo stesso BVG, un simile rifiuto è articolazione della libertà individuale, e, per questo, gode della dignità di situazione giuridica soggettiva direttamente tutelata dall’ordinamento - sebbene espressa, proprio in quanto “soggettiva”, da scelte governate da criteri del tutto individuali, non sempre condivisibili.

In ogni caso, proprio i nessi logici fra la libertà del singolo e il libero svolgimento della personalità, la decisione in tema di cure e la valutazione soggettiva delle terapie, non cancellano la “concreta” differenza fra libertà, criteri soggettivi e scelte altrettanto soggettive. Più chiaramente: proprio questa differenza va tenuta ferma, perché in caso contrario si rischia di *confondere l’esercizio di un diritto di libertà con le conseguenze dell’esercizio* dello stesso diritto. Che *la conseguenza dell’esercizio del diritto* al rifiuto delle terapie sia uguale a quella che connota comportamenti vietati dall’ordinamento giuridico (perché intaccano l’integrità fisica della persona e mettono a rischio o ne compromettono la vita) è cosa che nulla deve e può togliere *all’essenza del diritto* stesso. Proprio l’abbandono della catena logica appena proposta pare invece aver permesso al Tribunale di giungere alla decisione discussa e discutibile.

Inoltre, la scelta di valore *così come ricostruita dal BVG* comporta che la “vita” e la “sopravvivenza fisica” siano beni giuridici identici, non distinguibili sulla base del relativo nesso con il libero dispiegamento della personalità e l’obbligo di protezione. Ed è questo approccio che spalanca la porta all’intervento pubblico. Se, difatti, si accantona la differenza fra i beni giuridici della “vita” e della “sopravvivenza fisica”, la conseguenza è una soltanto: *lo Stato deve sempre intervenire* per ostacolare o impedire l’evoluzione *anche di un inevitabile processo naturale* (in ragione, fra l’altro, di quella razionalità sovrana che all’inizio della motivazione lo stesso giudice costituzionale tedesco criticava). Non bastasse questo, c’è pure altro.

Il BVG, imboccando la via descritta, delinea un obbligo che lo Stato sarebbe costituzionalmente legittimato ad esercitare sempre su un gruppo determinato e determinabile di consociati, in ragione di una loro caratteristica. Nel ragionamento del BVG, questi consociati versano infatti in una condizione di fatto tale da poter far ritenere *a priori* che mai potranno esprimere la loro volontà in modo consapevole. La ripercussione di questo approccio è la seguente: per il Tribunale la malattia che priva questi soggetti della sola autonomia fisica impedisce (in modo del tutto corretto) di trattarli come chi, invece, gode di autonomia sia fisica sia mentale; al tempo stesso, però, impedisce pure (in modo non corretto) di trattarli come chi, in ragione di patologie sulle quali il BVG non si sofferma, gode di una autonomia decisionale totale o almeno parziale - cioè come i malati tutelati, ma autonomi. In altre parole, il BVG non osserva le norme esistenti e la lacuna normativa reputata costituzionalmente illegittima nell'ottica del principio di eguaglianza, perché questo lo costringerebbe a chiedere la creazione di norme mirate *a far rispettare* la volontà dei soggetti malati che non possono lasciare il ricovero in origine obbligatorio; forse proprio per questo, il Tribunale sceglie addirittura (affermandolo chiaramente, *supra*, pgf. 4) di non affrontare il profilo in questione.

In sintesi, la nozione di intervento pubblico a protezione dei consociati che scaturisce dalla sentenza del luglio 2016 non sembra riuscire a porre in equilibrio il principio di eguaglianza, le libertà e i diritti dei consociati in tema di salute e, infine, la scelta di valore della Costituzione tedesca a favore del bene giuridico della vita. Questo, forse, per un motivo che nulla ha a che vedere con il diritto costituzionale, ma molto, al contrario, con questioni di natura politica.

La posizione del BVG si spiega infatti solo se il Tribunale, attraverso un approccio forzato alla nozione di protezione da garantire ai consociati bisognosi d'aiuto, vuole impedire al legislatore di introdurre norme che possano connotare il diritto al rifiuto delle cure *anche come* libertà di suicidarsi. Vale la pena – o è esigenza di chi scrive - ripeterlo in chiusura: così facendo, il Tribunale confonde *le conseguenze dell'esercizio del diritto* al rifiuto delle cure (che ben possono essere uguali al togliersi la vita), *con il nucleo dello stesso diritto* (che permette di fare scelte inerenti la salute e l'integrità fisica della persona dettate da criteri soggettivi espressione della libertà individuale).

Una confusione che ha intuibili radici lontane, e tenta di rimediare ancora oggi, sul piano giuridico costituzionale, alla concezione della relazione autorità-libertà che è stata capace di annientare con ferocia indescrivibile persone e cancellare diritti, sostituendola con quella che pone al centro dell'ordinamento giuridico la dignità e la persona umana<sup>79</sup>.

Una confusione che, comunque, si fatica a sopportare, quando il suo artefice è il «custode della Costituzione».

---

<sup>79</sup> Per il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali nel GG anche come reazione all'Olocausto e agli orrori del nazismo di nuovo K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, IV/1, *cit.*, p. 8 ss., spec. 121 ss.