

Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva ¹

di Tiziano Checcoli
(4 ottobre 2008)

1. Premessa

La tematica delle “scelte di fine vita”, come è spesso chiamata la riflessione sulla morte allorché essa non sia un mero accadimento ma una più o meno diretta scelta dell'individuo, assume dimensioni sempre più ampie e contorni quanto mai sfumati, sia sul piano delle discipline scientifiche che necessariamente se ne occupano, sia sul piano dei paradigmi interpretativi che si utilizzano per pensarla razionalmente e con un qualche profitto.

All'interno di questo macro–tema, l'eutanasia costituisce soltanto un aspetto fra i molti, a sua volta composto di vari profili problematici che tra loro si intersecano: i problemi definitori del concetto di eutanasia, la corretta interpretazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 32 e 13 della Costituzione, le relazioni con la libertà della professione medica e con il principio del consenso informato, la problematica del testamento biologico con i suoi vari aspetti rilevanti, non ultimo il tema dell'attualità del consenso, e così via.

Pare evidente, quindi, che in questa sede sarà necessario, per questioni di spazio, soffermarsi esclusivamente su di un aspetto fra i molti, ed anche così procedendo con la consapevolezza di non poterlo esaurire totalmente.

Si è scelto, pertanto, di concentrarsi su un aspetto che ricorre frequentemente in questo tema e che costituisce spesso un'argomentazione utilizzata al fine di sostenere l'ammissibilità o meno, già sul piano costituzionale, della scelta eutanasi, quantomeno in alcune sue forme, ovvero la distinzione fra eutanasia attiva e passiva. Anche attraverso il confronto con esperienze straniere, infatti, accade spesso di imbattersi in scelte di regolamentazione della materia basate su questa dicotomia, al punto che essa viene a costituire un indicatore della maggiore o minore permissività di tali modelli. Prima di procedere all'esame diretto di questo aspetto, pare però necessario, seppur brevemente, individuare alcuni elementi definitori, a mo' di strumenti da utilizzare nella riflessione.

2. Alcuni tentativi di definizione

Sotto il termine eutanasia si è soliti ricondurre un insieme estremamente variegato di “eventi” che si verificano nella vita reale; se infatti la percezione emotiva e comune del fenomeno è sufficientemente unitaria dall'avere un efficace valore comunicativo, ben più complessa è la percezione, per così dire, scientifica, necessaria quale presupposto per portare avanti un'analisi razionale del fenomeno stesso. E' pertanto inevitabile procedere,

¹ Il presente contributo è in corso di pubblicazione negli atti del convegno “Forum Biodiritto”, svoltosi presso l'Università degli studi di Trento nei giorni 28 e 29 maggio 2008.

in via di premessa, ad un tentativo di categorizzazione che consenta un approccio il più possibile analitico all'oggetto di

studio². A riprova di questo problema definitorio iniziale, può farsi riferimento ad alcune fra le varie definizioni che, in ambito internazionale, sono state utilizzate per indicare l'eutanasia. In Belgio, il Comitato consultivo di bioetica ha accolto la definizione di *"atto praticato da un terzo che pone fine intenzionalmente alla vita di una persona, su richiesta di questa"*³; in Canada si è proposta la definizione di *"atto consistente nel provocare intenzionalmente la morte di un'altra persona per porre fine alle sue sofferenze"*⁴; in Danimarca, si è fatto riferimento all'*"assistenza medica per abbreviare una vita di insopportabili sofferenze"*⁵; in Lussemburgo, con approccio più discorsivo, si indica l'eutanasia come *"atto consistente nel provocare deliberatamente la morte di un malato, di una persona portatrice di handicap o di un neonato affetto da gravi malformazioni; atto che può essere compiuto su esplicita domanda dell'interessato, senza sua domanda esplicita o anche contro la sua volontà"*⁶; infine, in Portogallo si fa riferimento alla *"morte intenzionale di un malato procurata da chicchessia, segnatamente su decisione medica, anche se si è agito dietro richiesta e/o per compassione"*⁷. Appare evidente che, sebbene vi siano degli elementi comuni, le definizioni differiscono in modo considerevole, talora tralasciando elementi che difficilmente possono essere sottratti alla riflessione giuridica mentre, per converso, alcuni altri vengono ad assumere un ruolo forse superiore alla loro reale rilevanza; in questo senso, stupisce che in nessuno dei casi citati, tranne forse per la Danimarca, che rimane sul punto generica, si prenda in considerazione un ruolo attivo da parte del malato; dall'altro lato, proprio la definizione danese include necessariamente un intervento medico, seppure sia da considerare obiettivamente difficile non parlare di eutanasia di fronte ad un intervento di un terzo non medico (ad esempio un parente)⁸. Al momento in cui si affronta questa indagine, quindi, su un tema che certo è stato più volte affrontato nell'ambito di diversissime discipline, è ancora necessario riflettere sul significato del termine.

² Cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia.*, Napoli, 2004, p. 17. M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, trad. it. Roma, 1996, p. 22.

³ Parere n.1 del 1997 del Comitato consultivo di bioetica del Belgio sull'opportunità di una regolamentazione giuridica dell'eutanasia.

⁴ Comitato speciale del Senato canadese sull'eutanasia e l'assistenza al suicidio, *Sulla vita e sulla morte. Rapporto finale*, 1995.

⁵ Comitato danese di etica, *Eutanasia. Sintesi di un rapporto da utilizzare nel pubblico dibattito*, 1996.

⁶ Commissione consultiva nazionale di etica per le scienze della vita e della salute. Parere n. 1/1998, *Il suicidio e l'eutanasia*. La Commissione così continua: *"il ventaglio delle motivazioni dell'atto eutanasi può essere piuttosto ampio: si va dal rispetto dell'autonomia del malato, o della persona portatrice di handicap, alla pietà, fino a giungere – come è ben noto – a motivazioni di carattere eugenetico.*

⁷ Consiglio nazionale di etica per le scienze della vita, *Parere sugli aspetti etici delle prestazioni curative inerenti la fine della vita*, 1995.

⁸ Su queste definizioni e sulla loro critica cfr. J.Y. GOFFI, *Pensare l'eutanasia*, trad. it. Torino, 2006, p. 9 e ss.

In questa evoluzione, che vede la riflessione di molti altri pensatori che qui non è possibile ricordare in modo esaustivo⁹, emergono, senza un'esplicita categorizzazione, alcuni dei diversi "tipi" di eutanasia che solitamente si considerano. Pur non essendo oggetto diretto di questo studio, non può non farsi riferimento all'eutanasia eugenica (o eugenetica), consistente nell'eliminazione di soggetti malati, disabili o di etnia diversa, in ogni caso non considerati idonei alla sopravvivenza sulla base di varie possibili ricostruzioni della società. Esempi di questo approccio sono rinvenibili già nell'antichità¹⁰, e sembrano presenti anche nelle teorizzazioni del positivismo sociale di A. Comte¹¹, oltre che, naturalmente, nell' *Euthanasieprogramm* nazista. Senza dubbio vicina a quest'ultima è la cosiddetta eutanasia economica¹², la quale si giustificerebbe con l'eccessivo carico sulle finanze pubbliche rappresentato dal soggetto malato, che pertanto sarebbe più opportuno eliminare. Per quanto ovviamente inaccettabile, questa declinazione del fenomeno non è del tutto aliena dalla riflessione della dottrina, che talvolta la chiama in causa come possibile esito di quel "pendio scivoloso" che è spesso utilizzato come uno degli argomenti più consistenti da parte degli oppositori dell'eutanasia¹³. Ben presente e largamente ammessa nel mondo è poi la cosiddetta "eutanasia criminale" che non è nient'altro che la pena di morte, ovvero l'eliminazione (peraltro non necessariamente

⁹ Sul tema si espressero, solo a titolo di esempio, John Donne, David Hume, Arthur Schopenhauer, Friedrich Nietzsche, il quale ultimo ebbe a teorizzare per lo meno prendendo le sue parole alla lettera, una vera e propria eutanasia eugenico-economica, che vide, com'è noto, tragici discepoli nel secolo scorso: cfr. F. NIETZSCHE, *Crepuscolo degli idoli*, in *Il caso Wagner. Crepuscolo degli idoli. L'anticristo. Scelta di frammenti postumi 1887-1888*, Milano, 1951, p. 107.

¹⁰ Cfr. ad es. PLATONE, *La Repubblica*, III, 459c – 460c, in *Opere complete*, Roma – Bari, 2003: "Invece i figlioli degli elementi peggiori e anche l'eventuale prole minorata degli altri, li nasconderanno, com'è bene, in un luogo segreto e celato alla vista". ARISTOTELE, *La Politica*, VII, 1335b, Roma – Bari, 1993: "sia legge non allevare nessun bimbo deforme[...]".

¹¹ A. COMTE, nel suo *Sistema di politica positiva*, teorizza l'esistenza di un vero e proprio momento opportuno per morire.

¹² Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 1992, p. 59 e ss.; R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5 del codice civile* in, A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988, p. 301 e ss.; I. VIROTTA, *I mostri, gli incurabili e il diritto alla vita*, in "Archivio penale", I, 1963, p. 201 e ss. A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 114; G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova, 1982. Per alcune proposte di legge ritenute esempi di eutanasia economica cfr. F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penali*, p. 423, il quale afferma che tale è da intendersi, per il suo carattere esplicito in tal senso, la proposta di legge francese in tema presentata nel 1988, relativa all'eutanasia attiva dei nati handicappati; medesimo giudizio da l'autore alla proposta di legge italiana n. 2405 del 19/12/1984, sebbene l'eutanasia economica sarebbe in questo caso non apertamente dichiarata.

¹³ Cfr. J.Y. GOFFI, *Pensare l'eutanasia*, cit., p. 18; S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, 1996, p. 219 e ss.; D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, cit., p. 157 e ss.; D. LAMB, *Down the Slippery Slope*, New York, 1988; M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Torino, 2002, p. 164 e ss.; R. G. FREY, *Il timore della "china scivolosa"*, in G. DWORKIN, R. G. FREY, S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino, 2001, p. 52 e ss.; D. WALTON, *Slippery slope arguments*, Oxford, 1992; F. SCHAUER, *Slippery slopes*, in *Harvard Law Review*, XCIX, 1985, p. 361 e ss.; W. VAN DER BURG, *The Slippery Slope Argument*, in *Ethics*, CII, 1991.

indolore) di un soggetto in quanto resosi responsabile di gravi delitti e, in ultima analisi, non (più) “degnò” di far parte della società¹⁴. A queste forme si affiancano la cosiddetta eutanasia sperimentale, consistente nel provocare, si potrebbe dire con dolo eventuale, la morte di una persona al fine di favorire il progresso della scienza, non necessariamente intesa come scienza medica; e l'eutanasia profilattica, o solidaristica, consistente nell'uccisione di alcuno al fine di salvare altri soggetti o la collettività da danni alla salute o alla vita stessa¹⁵.

Come si vede, già da una parziale e riassuntiva ricostruzione del termine eutanasia emerge una area semantica di grande ampiezza, che necessita di essere ristretta ai fini di poter studiare analiticamente il problema. In prima battuta, converrà escludere dall'indagine le forme dell'eutanasia eugenetica, economica, solidaristica, criminale, sperimentale e profilattica, per lasciare come oggetto di studio esclusivamente l'eutanasia cosiddetta “*pietosa*”, da intendersi quella in cui l'unico scopo sia quello di andare incontro ad un desiderio, esplicito o presunto¹⁶, di un individuo, il quale, a causa di una condizione di vita resa inaccettabile da gravi sofferenze, voglia che la sua vita abbia termine, generalmente dovendosi “servire”, in modo più o meno consistente, dell'intervento altrui per raggiungere detto obiettivo. Fra le definizioni degne di maggior rilievo, per la elevata attenzione analitica, può ricordarsi quella proposta da T. L. Beauchamp e A. Davidson¹⁷ che, sebbene non recentissima (1979), pare utile riportare per intero: si considererà la morte di un essere umano come un caso di eutanasia se e solamente se:

- 1- la morte del soggetto A è voluta (*intended*) da almeno un altro essere umano B; quest'ultimo è sia la causa della morte di A, sia un elemento causalmente pertinente dell'evento che conduce alla morte di A (per azione o omissione).
- 2- B dispone, in misura sufficiente, di elementi che lo inducono a credere che A stia subendo intense sofferenze o si trovi in stato di coma irreversibile; oppure B dispone, in misura sufficiente, di elementi relativi alla condizione di A, per cui la convinzione che A si troverà in una condizione di intensa sofferenza o di coma irreversibile risulta fondata su una o più leggi causali attestate.
- 3- La ragione principale per cui B vuole la morte di A è la cessazione delle sofferenze di A (presenti o future, ma previste) o del suo stato di coma irreversibile; possono esistere altre ragioni pertinenti, ma non vi è un'altra ragione principale per cui B voglia la morte di A.

¹⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in “Archivio giuridico”, nn. 1 – 2, 1970, pp. 37 e ss.

¹⁵ Su queste classificazioni, cfr. fra i molti R. ROMBOLI, *Commento all'art. 5 del codice civile*, cit. p. 301 e ss.; G. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in “La giustizia penale”, n. 6, 1985; R. BARCARO, *L'eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano, 1998, pp. 186 e ss. A. CARUSO, *L'eutanasia nell'ordinamento giuridico italiano: problemi medico legali de iure condito e de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 1982, pp. 697 e ss.

¹⁶ Sul punto interviene ovviamente la distinzione fra eutanasia relativa a soggetto cosciente ovvero incosciente, che pone problemi sensibilmente diversi. Rimandando alle pagine successive questo aspetto della riflessione, in sede di definizione generalissima si accomuneranno i due “corni” del problema.

¹⁷ Cfr. T. L. BEAUCHAMP, A. DAVIDSON, *The definition of euthanasia*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 4, n. 3, 1979, pp. 294 e ss.

- 4- A e/o B dispongono, in misura sufficiente, di elementi che li inducono a credere che le procedure che causeranno la morte di A non saranno all'origine di sofferenze maggiori di quelle che angustierebbero A se B non intervenisse.
- 5- Fra le procedure che causeranno la morte di A, A e/o B scelgono quelle che comporteranno la minore sofferenza possibile, salvo che A e/o B abbiano una ragione cogente per scegliere una procedura che comporterebbe una sofferenza maggiore. La ragione che induce a scegliere tale procedura non deve entrare in conflitto con gli elementi indicati in 4.
- 6- A non è un organismo fetale.

Questa definizione, che non necessariamente è da considerarsi condivisibile in tutte le sue parti¹⁸, rappresenta efficacemente le molteplici sfaccettature del fenomeno, imponendo un'analisi attenta delle peculiari modalità in cui si atteggia la vicenda¹⁹. In particolare, si nota come in questa proposta definitoria la scelta di non distinguere esplicitamente l'aspetto della coscienza o incoscienza del soggetto chiamato A, tenda a porre solo sullo sfondo l'elemento della libera scelta di autodeterminazione del titolare del bene che viene in gioco, ovvero il "bene vita", che invece pare senza dubbio da tenere in prima considerazione. Allo stesso modo, può destare qualche perplessità l'estensione temporale prevista al punto 2, laddove si considera il caso di sofferenza non ancora manifestatasi, ma prevedibile con ragionevole certezza: sembrerebbe di poter ritenere che l'intenzione degli autori sia quella di includere nel concetto di eutanasia la morte provocata in virtù di un rifiuto della sofferenza *tout court* sia essa presente che futura ma certa (e, si deve pensare, vicina), così non "scadendo" nel suicidio o addirittura nell'omicidio.

Pur dopo aver circoscritto l'ambito di indagine all'eutanasia pietosa, non vengono meno complessi problemi di sub-divisione del concetto, che frequentemente emergono nell'esperienza reale. Tentando di enucleare gli elementi principali, sembra potersi dire che in primo luogo è da considerarsi rilevante la volontà del soggetto: a differenza di

¹⁸ Un breve commento a questa definizione in J. Y. GOFFI, *Pensare l'eutanasia*, cit., p. 152 e ss.

¹⁹ Questo è uno degli elementi che induce alcuni autori a ritenere che l'eutanasia sia così difficilmente categorizzabile e definibile in sede generale ed astratta da rendere tutt'altro che auspicabile un intervento legislativo. Per quest'ordine di opinioni cfr., fra i molti, F. D'AGOSTINO, *Non è di una legge che abbiamo bisogno*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, p. 27 e ss.; A. ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in G. PARIS, (a cura di), *Vivere, un diritto o un dovere? Problematiche dell'eutanasia*, Atti del convegno tenutosi a Rieti, nei giorni 23-26 ottobre 1986, Roma, 1986, p. 71 e ss. Di opinione contraria cfr. F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 424, il quale recisamente afferma: "*In tali prospettive utilitaristiche viene addirittura invocato uno spazio libero dal diritto, in quanto la scienza giuridica non sarebbe legittimata ad occuparsi della eutanasia[...]. Ma contro siffatto tentativo di espropriazione è stato agevole rilevare che creare uno spazio libero dal diritto per i malati [...] significa porre tale categoria di persone fuori dall'ordinamento giuridico e negarle quella tutela che spetta ad ogni uomo[...]*". L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale*, 1985, p. 509 e ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 20; M. PORZIO, *Eutanasia (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 112 e ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984, p. 1009 e ss. G. BARBANT, *Diritto e*

alcune proposte di classificazione²⁰, non pare corretto, o comunque di scarsa utilità analitica, includere fra le varie tipologie di eutanasia quella effettuata contro la volontà del soggetto “malato”²¹. Sebbene infatti la pratica nazista di sterminio organizzato di determinate categorie di soggetti vada sotto il nome di eutanasia, ai fini dell’indagine tale pratica è così ovviamente inaccettabile, e del tutto sovrapponibile all’omicidio, che conviene restringere l’area semantica del termine in questione a condotte che possono in qualche modo essere oggetto quantomeno di dubbi di legittimità, *de iure condito* o *de iure condendo*. Piuttosto, la volontà potrà essere presunta o esplicita, ma mai acclaratamente contraria.

Secondo elemento rilevante può essere la modalità di interazione fra il soggetto malato e colui che interviene nell’atto eutanasiaco: a tal proposito, non pare che necessariamente si debba ritenere condizione fondamentale la presenza di un altro soggetto (sia esso medico, familiare o quant’altro); potrebbe infatti accedersi ad un concetto “di scopo” di eutanasia, cosicché la volontà della morte come modo di evitare insopportabili sofferenze identificherebbe da sola il fenomeno, lasciando sullo sfondo l’intervento di terzi, rendendo l’eutanasia nient’altro che un suicidio “qualificato” da un motivo “clinico”, o più precisamente, ricomprendendo tale tipo di suicidio nel termine in questione. Tuttavia, l’elevatissimo numero di problemi che comporta l’intervento di terzi nell’atto eutanasiaco rende comunque questo aspetto uno dei punti cardine dell’indagine²². Proseguendo quindi in quest’ottica, dovrà distinguersi un’eutanasia attiva da una passiva, a seconda che l’intervento del terzo consista nell’astenersi da un’azione, lasciando quindi morire il malato senza intervenire per opporsi al decorso fatale, o porne in essere una che determina la morte .

Da questo sguardo generale potrebbe emergere una prima classificazione di questo genere:

- Eutanasia passiva volontaria esplicita
- Eutanasia passiva volontaria presunta
- Eutanasia attiva volontaria esplicita
- Eutanasia attiva volontaria presunta

Questa suddivisione lascia però aperta la problematica relativa all’appartenenza all’una o all’altra categoria di alcune ipotesi specifiche che pure si verificano concretamente nella pratica. In particolare, si pone la domanda relativa alla collocazione delle terapie palliative per il dolore che abbiano effetto collaterale di anticipare la morte; in sostanza, si tratta del

bioetica, in S. RODOTA’, (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, p. 329.

²⁰ Cfr. J. Y. GOFFI, *Pensare l’eutanasia*, cit., p. 41 e ss.

²¹ E’ appena il caso di notare che il concetto di malattia aprirebbe problematiche di ordine anche filosofico che non possono ovviamente essere affrontate in questa sede; nel testo ci si limiterà ad usarlo con il significato più “tradizionale”. Sul punto, fra la vastissima bibliografia, si rinvia a U. WIESING, *Medicina e postmoderno: un’analisi*, in *Bioetica*, 2001, n. 4, p. 616 e ss.

²² Il problema dell’intervento del terzo può in effetti intervenire sotto due profili diversi: come elemento costitutivo del concetto di eutanasia, o come elemento accidentale e consequenziale, laddove la scelta di morte non sia attuabile dal soggetto *dominus* della vicenda, ovvero il malato. In questa fase di definizione generale basterà accennare alla possibilità di parlare anche di autoeutanasia (o eutanasia autonoma), intendendo appunto un suicidio determinato da cause di sofferenza clinica e di eteroeutanasia (o eteronoma), intendendo scelta di morte motivata da cause cliniche determinata da altri soggetti.

problema della considerazione dell'evento morte come conseguenza più o meno diretta dell'azione od omissione del (dei) soggetti coinvolti, ovvero se detta condotta sia una causa (o concausa) più o meno rilevante rispetto al decorso causale degli eventi. Gli esempi che si possono fare sono molteplici: come considerare il caso di un medico che somministri una dose non letale in sé di antidolorifici che però non consenta la normale prosecuzione delle cure, e di fatto acceleri la morte? In questo caso la morte sarebbe sopravvenuta lo stesso, ma magari mesi dopo; la condotta, in questo caso attiva, del medico costituisce un elemento causale parziale, che ha solo accelerato un processo già in corso²³.

Problemi analoghi pone il caso della mancata intrapresa di una terapia potenzialmente utile in soggetto che sicuramente andrà incontro alla morte per altra causa, ma in tempi più lunghi, scelta fondata su un bilanciamento fra "costi" e "benefici" dell'intervento. La possibilità che si verifichino queste situazioni induce ad aggiungere alla classificazione precedente anche quest'ultimo aspetto, così da avere:

- 1-Eutanasia passiva volontaria esplicita diretta.
- 2-Eutanasia passiva volontaria esplicita indiretta
- 3-Eutanasia passiva volontaria presunta diretta.
- 4-Eutanasia passiva volontaria presunta indiretta.
- 5-Eutanasia attiva volontaria esplicita diretta.
- 6-Eutanasia attiva volontaria esplicita indiretta.
- 7-Eutanasia attiva volontaria presunta diretta.
- 8-Eutanasia attiva volontaria presunta indiretta.

E' possibile individuare alcuni esempi (non esaustivi) per ciascuna categoria:

- 1: il caso del paziente che rifiuta le terapie e chiede che il medico sospenda il trattamento, derivandone la morte, che si sarebbe potuta evitare, con la certezza però di effetti collaterali di natura sociale o psicofisica tali da essere ritenuti inaccettabili dal paziente (caso Welby)²⁴;
- 2: il caso del paziente che rifiuta le terapie e chiede che il medico sospenda il trattamento, derivandone la morte, che però sarebbe comunque sopraggiunta più o meno rapidamente, ma con sofferenze ritenute ben più gravi dal paziente;

²³ Per un'utile casistica di eutanasia attiva cfr. G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova, 1982, p. 19.

²⁴ Il riferimento è alla vicenda di Piergiorgio Welby il quale, vittima di una malattia degenerativa che lo rendeva ormai capace soltanto di comunicare tramite un computer, ma del tutto cosciente e in possesso delle proprie facoltà intellettive, voleva il distacco dalle macchine che lo tenevano in vita, che ovviamente non poteva ottenere da solo, con un accompagnamento verso la morte attraverso sedativi. La storia si è conclusa, come è noto, con il rigetto della richiesta da parte del Tribunale di Roma ed il suo accoglimento da parte di un medico, poi prosciolto da ogni accusa.

- 3: il caso della sospensione delle terapie di alimentazione artificiale²⁵ del paziente in stato vegetativo permanente che ne causa la morte (caso Englaro)²⁶;
- 4: il caso della terapia non iniziata perché comporterebbe soltanto un prolungamento della vita non rilevante rispetto alle condizioni di partenza, oppure neanche certo, nel rispetto di volontà che si ritengono manifestate previamente dal soggetto (è più o meno il caso del “do not resuscitate”²⁷);
- 5: il caso dell'intervento del terzo con un'azione sul soggetto che la richiede tale da determinarne la morte (è il caso del tetraplegico che vuole morire ma non è in grado di agire autonomamente);
- 6: il caso del soggetto che chiede un intervento (somministrazione di farmaco) che determinerà un'abbreviazione della vita, che pure giungerebbe alla fine in tempi relativamente brevi (ma, si deve pensare, fra maggiori sofferenze: è il caso di chi vuole porre fine alla vita prima che la malattia degenerativa raggiunga le estreme conseguenze invalidanti);
- 7, 8: si tratta di due casi di minor rilievo pratico, giacché le condizioni di incoscienza che pongono il problema dell'eutanasia si concretizzano generalmente con procedure di omissione e non di azione²⁸, come appunto la sospensione dell'alimentazione. Si potrebbe immaginare il caso di un soggetto che abbia rifiutato le terapie di mantenimento artificiale in vita e che, giunto all'incoscienza, venga aiutato a morire “attivamente”, e con intervento che sia più (7) o meno (8) direttamente causa della morte.

Naturalmente, la classificazione così posta non necessariamente è la migliore possibile, ed anzi vuole costituire soltanto un prospetto quanto più possibile generale del fenomeno.

Come ultima notazione di ordine generale e definitorio, converrà prendere in esame la nozione di accanimento terapeutico, in quanto essa interviene costantemente nel dibattito sull'eutanasia, senza che però vi sia chiarezza concettuale su di essa e sulle relazioni che si instaurano con l'eutanasia stessa. A dimostrazione di queste difficoltà di definizione, basti pensare al fatto che lo stesso Consiglio superiore della sanità, nel suo parere del 20 dicembre 2006 sul notissimo caso Welby, individua l'accanimento

²⁵ Esiste diversità di opinioni fra coloro che ritengono di dover considerare l'alimentazione artificiale con sondino naso-gastrico come qualcosa d'altro rispetto alle terapie mediche vere e proprie. Si ritiene invece di doverle considerare tali, in quanto del tutto interne all'arte medica, sia sul piano dell'ideazione che dell'attuazione. In questo senso cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 228.

²⁶ Il riferimento è alla vicenda di Eluana Englaro la quale, in seguito ad incidente stradale, si trova da anni in stato vegetativo permanente, e la cui vicenda ha dato luogo, attraverso l'azione del padre, ad una lunga e non ancora conclusa controversia giudiziaria, volta ad ottenere il distacco di Eluana dalle macchine che la tengono in vita. Mentre si scrive è in corso l'ultima (fino ad ora) fase della vicenda, essendo intervenuta la Corte di Cassazione con una sentenza probabilmente storica, la n. 21748 del 16/10/2007, che sembra aprire delle speranze per le ragioni del padre. Per la verità, definire questo caso come eutanasia passiva, ovvero omissiva, non è affatto scontato; sul punto si tornerà analizzando specificamente l'aspetto dell'azione e dell'omissione.

²⁷ Si tratta di una sorta di direttiva anticipata molto scarna, che consiste prevalentemente nella frase riportata, talora portata indosso dalla persona in varie forme.

²⁸ Sul punto si richiama nuovamente la precisazione fatta alla nota 25.

terapeutico facendo riferimento ad una “accezione più accreditata” che così riporta: “*somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado, comunque, di assicurare al paziente una più elevata qualità della vita residua, in situazioni in cui la morte si preannuncia imminente ed inevitabile*”²⁹. Del resto, l’affermazione esplicita dell’assenza di una vera e propria definizione certa di accanimento terapeutico è stata recentemente fatta propria anche dalla giurisprudenza che, sempre nell’ambito della vicenda che ha coinvolto Piergiorgio Welby, ha avuto modo di sottolineare come manchino delle linee guida di natura tecnica ed empirica per orientare il comportamento dei medici³⁰.

In effetti, il dubbio che questa nozione abbia uno spazio proprio effettivo non è infondato: se infatti esso si intende come relativo alla terapia medica che sia inutile, perché la morte sopraggiungerebbe comunque, ed a nulla varrebbero le cure ipotizzate, ovvero la concezione più ristretta, esso parrebbe non indicare nient’altro che una terapia “sbagliata”, ovvero prescritta in contrasto con le regole dell’arte medica. Sembrerebbe infatti difficile, in linea generale, ritenere sensata da parte di un medico la somministrazione di farmaci, che in ogni caso hanno o possono avere effetti indesiderati o collaterali, quando questi siano, semplicemente, inutili. Diverso è il caso dei farmaci palliativi per il dolore, che accompagnano alla morte, ma qui certo non siamo di fronte affatto ad una terapia inutile, tutt’altro. Sembra questo il caso della definizione accolta dal Consiglio superiore della sanità sopra ricordato, giacché una somministrazione che sia “ostinata”, “in eccesso rispetto ai risultati ottenibili”, “non in grado comunque di assicurare al paziente una più elevata qualità della vita residua”, non sembrerebbe essere altro che una terapia che un medico, in generale, non dovrà mai prescrivere; la definizione di accanimento terapeutico così formulata parrebbe di dubbia utilità.

Al contrario, perché la definizione abbia un qualche contenuto, potendo così essere utilizzata come definizione giuridica che possa scrinare il lecito dall’illecito e il costituzionalmente ammissibile dall’inammissibile, dovrà andare al di là della ripetizione di ciò che è ben noto che un medico non debba fare. Sotto questo aspetto, però, interviene la possibile sovrapposizione, a cui prima si faceva riferimento, con il concetto di eutanasia. Dovrà, infatti, necessariamente entrare in gioco l’aspetto della valutazione concreta dell’utilità di una terapia in rapporto ai suoi possibili risultati, che potranno pure essere tali da non essere considerati accanimento, magari perché salvano la vita, (così si esprime ancora il Consiglio superiore di sanità sul caso Welby), ma che dovranno comunque essere valutati dando inevitabilmente ingresso al concetto di qualità della vita³¹. E di questa valutazione non potrà che essere dominus esclusivo il paziente

²⁹ La definizione viene tratta da A. SANTOSUOSSO, *Valutazione medica e autonomia del paziente: accanimento terapeutico e eutanasia*, in *Medicina e diritto*, a cura di M. BARNI e A. SANTOSUOSSO, Milano, 1995; cfr. anche G. IADECOLA, *Eutanasia. Profili giuridici e medico legali*, Padova, 1991. Sul punto si vedano anche i due “*Dossier Welby*”, apparsi su *Bioetica*, 2007, nn. 1 e 2, che riportano testi e interventi sul punto.

³⁰ Cfr. Tribunale di Roma, Sezione I^a civile, Ordinanza 15-16 dicembre 2006, Welby contro Antea Associazione Onlus.

³¹ Il concetto di qualità della vita è fonte di numerose discussioni fra chi sembra non accoglierlo sulla base del presupposto della non misurabilità del valore della vita umana, cfr. F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia. Interruzione ed abbandono di cure mediche*, in *Rivista giuridica di medicina legale*, 1984, n. 1, p. 1010, e chi al contrario lo sostiene, cfr. A. ALGOSTINO, *I*

cosciente ed informato. Se non si giunge a questo, il concetto di accanimento terapeutico rischia di essere un contenitore vuoto.

Volendo procedere con metodo analitico, nel tentativo di verificare l'effettiva sussistenza di uno spazio concettuale proprio del cosiddetto accanimento terapeutico, possiamo provare a confrontarlo con lo schema definitivo riportato sopra per l'eutanasia, al fine di verificare quale sia, se vi sia, il "posto" proprio dell'accanimento terapeutico all'interno di detto schema.

In primo luogo, sembra doversi escludere la rilevanza, in questo caso, della dicotomia relativa al consenso/dissenso, ovvero la dialettica medico/paziente: la nozione di accanimento terapeutico pare infatti eminentemente rivolta al medico nell'esercizio della sua attività, cosicché la sua condotta dovrà essere improntata al divieto di accanimento terapeutico indipendentemente dalle considerazioni relative alla volontà del paziente³²; appare evidente infatti che il medico debba rispettare il codice deontologico³³ indipendentemente dalle richieste che a questi pervengano dal paziente le quali, se in contrasto con esso, dovranno essere rigettate³⁴. In secondo luogo, la definizione di accanimento terapeutico riportata sopra fa riferimento al divieto di procedere a "somministrazioni", così facendo pensare ad un divieto di azione, ponendo un obbligo di *non facere* (o un divieto di *facere*); in effetti, anche qualora la consapevolezza che una determinata terapia sia ormai accanimento terapeutico sopravvenga successivamente al suo inizio (perché prima non lo era, come del resto accade spesso nelle malattie degenerative), la condotta del medico sarà pur sempre una condotta di interruzione della terapia, e quindi di omissione³⁵. Pare quindi che non vi possa essere interferenza

possibili confini del dovere alla salute, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, pag. 3218. Su questo dibattito vedi anche C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 146 e ss.

³² Il divieto di accanimento terapeutico è infatti previsto nel codice deontologico dei medici, sebbene non vi sia compiutamente definito, che così lo definisce (art. 16): "ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente o un miglioramento della qualità della vita".

³³ Naturalmente si deve dare per scontato che il codice deontologico sia rispettoso della normativa vigente, e non preveda che al paziente si possano negare diritti a lui garantiti dalla legge.

³⁴ Ciò vale nel caso in cui si consideri la nozione di accanimento terapeutico nella sua portata "oggettiva"; ciò peraltro, sembra il senso in cui lo si ricostruisce prevalentemente, volendolo "utilizzare" anche nei casi in cui il paziente non sia in grado di manifestare alcuna volontà, come nei casi di stato vegetativo permanente, in cui spesso si fa riferimento ad esso come possibile soluzione. Ciò non esclude affatto, in linea generale, la possibilità di una declinazione soggettiva dell'accanimento terapeutico nel paziente cosciente, che deciderà direttamente cosa e quando sia accanimento terapeutico. E' pur vero, però, che in questo modo la sovrapposizione concettuale con l'eutanasia sembra ancora più "vicina" (come si nota in G. PONZANELLI, *Eutanasia passiva: si se c'è accanimento terapeutico*, in *Il Foro italiano*, 2000, I, 2025): dire che il distacco delle macchine da paziente cosciente avviene perché lo stesso considera le terapie ormai come forma di accanimento terapeutico, o dire che chiede il distacco delle macchine in esecuzione di un'eutanasia passiva sembra di fatto la stessa cosa.

³⁵ Ancora una volta si impone una precisazione sul punto: non è certo che sia corretto definire omissiva la condotta del medico che "stacca la macchina", o sospende la terapia togliendo la flebo. Probabilmente si versa nella complessa categoria dell'"omissione mediante azione" sui cui i

semantica con tutte le tipologie di eutanasia attiva, che si riferiscono ad altro; la possibile sovrapposizione potrà essere quindi con l'eutanasia passiva, diretta o indiretta, sia con volontà esplicita che presunta.

Procedendo oltre, deve rilevarsi come la nozione riportata parli esplicitamente di morte "imminente" e "inevitabile"; ciò conduce a ritenere che si possa parlare di accanimento terapeutico soltanto nel caso in cui la morte sarebbe sopraggiunta comunque, sia che si proseguisse nelle terapie che nel caso contrario. Ne deriva che anche tutte le definizioni di eutanasia che fanno riferimento alla tipologia diretta sono concettualmente distinte dall'accanimento terapeutico.

La conclusione sembra essere che vi possa essere interferenza, è da vedere se parziale o totale, soltanto fra i concetti di accanimento terapeutico ed eutanasia passiva indiretta. Per rifarsi anche agli esempi che sopra si riportavano, soltanto i n. 2 e 4 potrebbero presentarsi (anche) come casi di accanimento terapeutico e pertanto essere normativamente risolti attraverso l'applicazione di questa nozione (una volta definita in modo più rigoroso); non si potrebbe invece, a rigore, parlare di accanimento terapeutico nel caso Englaro, né nel caso Welby³⁶.

3. Dal diritto alla salute al dovere di essere in salute.

Dopo aver delimitato il campo di indagine, è forse opportuno fare riferimento ai principi costituzionali che assumono rilievo nel tema in esame. Nella dottrina costituzionalistica, si sono contrapposte e in parte tuttora si contrappongono due diverse visioni del diritto fondamentale alla salute. Una prima ricostruzione, che oggi dobbiamo ritenere minoritaria, nonché, come si è evidenziato poco sopra, superata dal dato giurisprudenziale, tende a prendere in considerazione il diritto alla salute prevalentemente come diritto collettivo; questa interpretazione si fonda sulla prima parte dell'articolo 32, laddove si dice che "*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività*". Questa duplice qualificazione del "bene salute" ha indotto taluno a ritenere che la previsione fosse da intendersi come la volontà di difendere la salute collettiva attraverso la salute dei singoli, quasi come se l'individuo fosse uno strumento per il raggiungimento di uno scopo più rilevante, ovvero la salute pubblica³⁷. Questa ricostruzione interpretativa potrebbe essere rinvenuta in altre

penalisti si affaticano da anni: cfr. sul punto le opere di F. STELLA, nonché, più in generale, la riflessione della dottrina penalistica tedesca. Sul punto si tornerà *infra*.

³⁶ E' forse il caso di osservare che, se l'analisi compiuta fino ad adesso è corretta, il risultato è che dalle premesse definitorie di accanimento terapeutico da cui prende le mosse il Tribunale di Roma nel caso Welby, si giunge al risultato che il caso Welby non poteva essere accanimento terapeutico, e pertanto l'ordinanza emessa, che si fonda appunto, almeno in parte, sulla definizione in questione sarebbe (una volta di più) errata. Sulla criticabilità dell'ordinanza cfr. da ultimo A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/07, p. 355 e s.

³⁷ Cfr. G. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 1102; ANGELICI, *principi di diritto sanitario*, vol.I, parte generale, Milano, 1974, p. 53 ss.; PALMIERI, *Tutela della salute e libertà della persona*, Roma, 1965, 14 e ss.; PASQUINI, *La tutela della salute nell'ordinamento italiano*, in *Problemi della sicurezza sociale*.

disposizioni costituzionali, che concorrerebbero a determinare il significato dell'art. 32, oltre che a costituire un limite all'art. 13 Cost., così da fondare il dovere di curarsi: il riferimento è ad esempio ai generici doveri di solidarietà sociale previsti negli stessi artt. 2, 3 e 4 della Costituzione³⁸. In particolare, si è ritenuto che la tutela della salute, della persona e quindi un dovere di curarsi sia rinvenibile nel concetto di "ordine pubblico", che verrebbe violato da un comportamento del soggetto volto a degradare il proprio stato fisico³⁹. Si è anche fatto riferimento al bene-salute come al supporto ontologico di tutti gli altri diritti⁴⁰, finanche a giungere al richiamo al dovere civico del voto, all'istruzione della prole ed al dovere di difesa della patria⁴¹.

Da una simile ricostruzione deriverebbero alcune precise conseguenze:

- 1- il bene della salute individuale sarebbe perseguibile solo quale parte o strumento per il raggiungimento del bene collettivo;
- 2- ogni conflitto fra la salute individuale e la salute collettiva dovrebbe in ogni caso essere risolto a favore della seconda;
- 3- dal momento che la salute del singolo è strumento per la realizzazione della salute della collettività, l'individuo avrebbe un dovere di curarsi.

La conclusione che se ne trae è quella di un diritto alla salute del singolo quale diritto indisponibile e cedevole rispetto all'interesse della collettività. La libertà personale dovrebbe pertanto recedere di fronte all'esigenza primaria della collettività di veder tutelato il proprio diritto generale alla salute.

Vi è però una tendenza opposta, ormai nettamente maggioritaria, in base alla quale il diritto alla salute sarebbe primario ed assoluto, e pertanto non cedevole né considerabile come indisponibile per garantire la tutela di altre esigenze⁴² (ovvero la salute collettiva).

1965, p. 253 ss.; LENER, *Lo stato sociale contemporaneo*, Roma, 1966, p. 280. Una ricostruzione completa di queste posizioni della dottrina può ritrovarsi in V. AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale.*, 1982, p. 2462 e ss.

³⁸ Così P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 319 e ss.; ID., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1045; I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema di valori nella Costituzione*, Milano, 1997, p. 144 e ss.; CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica*, in *Novissimo digesto italiano.*, vol. XX, p. 339 e ss.; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 111 e ss.

³⁹ Cfr. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 134 e ss.; M. SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamenti sanitari per motivi religiosi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1977, p. 412.

⁴⁰ Cfr. C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e la libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Revista espanola de derecho canonico*, 1997, n. 142, p. 202.

⁴¹ Cfr. G. MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna, 1958, p. 755; E. DINACCI, *L'omicidio del consenziente in un equivoca sentenza della Corte d'assise di Roma*, in *Giurisprudenza di merito*, 1986, p. 146. Una panoramica sulle varie posizioni della dottrina sul punto in C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, cit. p. 143 e ss.

⁴² Definisce il diritto alla salute "primario ed assoluto" Corte cost., sent. n. 88/1979, su cui cfr. A. ANZON, *L'altra faccia del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, p. 565; Cfr. anche F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1978, p. 508 e ss.

La presente ricostruzione trova fondamento sulla base dell'unanimente riconosciuto principio personalista della Costituzione di cui all'art. 2, in base al quale "la persona umana è posta come tale al centro dei valori"⁴³, e pertanto non si dà il caso di un suo utilizzo strumentale verso altri scopi.

A questa conclusione, secondo autorevole dottrina⁴⁴, si dovrebbe giungere comunque, anche, per così dire, a voler prescindere dall'art. 2, sulla base della semplice esegesi letterale del testo; in altre parole, l'art. 32 è scritto così come è scritto proprio in quanto necessariamente "condizionato" dal principio fondamentale posto al citato art. 2. Ed infatti, il fatto stesso che sia previsto in primo luogo il diritto come diritto del singolo e soltanto successivamente come diritto della collettività impone di considerare questa scelta come una sorta di gerarchia interna all'articolo in questione. La conseguenza sarebbe quella per cui voler anteporre una visione collettivistica della salute significherebbe sovvertire il testo costituzionale. Né può fondatamente farsi riferimento ai generici doveri costituzionali richiamati dalla dottrina minoritaria, come sopra si è ricordato: in realtà, i principi propri di un ordinamento personalistico-liberale presuppongono che il catalogo dei doveri sia chiuso⁴⁵, e d'altra parte, laddove un diritto si debba configurare come non scindibile dal suo opposto carattere di doverosità la Costituzione lo ha espressamente previsto (art. 4). A prescindere da questo, in ogni caso, se è certa l'indicazione personalistica dell'art. 32 a tutela dell'individuo, non è possibile dire lo stesso rispetto alle clausole generali relative ai doveri, cosicché si rischierebbe di bilanciare un diritto espressamente previsto con una clausola generale che può essere ricollegata alla questione salute in termini di doveri solo in seguito ad un'operazione con ampi margini di creatività⁴⁶.

La non sussistenza di un "dovere di essere in salute", che sarebbe poi l'immediata conseguenza della visione prevalentemente collettivistica dell'art. 32, emerge poi con

⁴³ Così R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 241.

⁴⁴ Cfr. V. AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2466 e ss.

⁴⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.* p. 337; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, p. 779 e ss. F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit. p. 559., G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 39 e ss.; A. CERRI, *Doveri pubblici* (voce) in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, 1989, p. 1 e ss.; recentemente cfr. R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007.

⁴⁶ Contrari a questa ricostruzione anche A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996 p. 3216; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari" (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, p. 540; D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 1998, n. 4, p. 611; ID., *"diritto" e "diritti" di fronte alla morte. Ipotesi ed interrogativi intorno alla regolazione normativa dei comportamenti eutanasi*, in L. CHIEFFI, (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 189; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 1997, p. 271. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, n. 4, p. 760 e ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 31 e ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, p. 311 e ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32 comma 2*, in G. BRANCA, (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1976, p. 175 e ss.

chiarezza dalla parte restante dell'articolo in esame, laddove si stabilisce che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. In realtà, si sostiene, la soluzione contraria ad un dovere di curarsi emergerebbe già dal primo alinea del secondo comma, senza la necessità di fare riferimento al concetto di rispetto della persona umana. Infatti, anche la previsione legislativa necessaria per rispettare la riserva di legge in tema di trattamenti sanitari obbligatori, non potrebbe mai essere volta ad imporre il dovere individuale di cura della propria persona, bensì soltanto mirare a tutelare la salute della collettività; non sarebbe ammissibile, in sostanza, una legge che prevedesse un generico dovere di cura⁴⁷ in considerazione del fatto che il testo costituzionale parla di trattamenti “determinati”, prevedendo perciò la necessità di individuare a priori il tipo di intervento medico e non rimandando ad un'autorità qualsiasi (sia essa di natura amministrativa, giurisdizionale o anche semplicemente medica) la scelta caso per caso⁴⁸. Né potrà ritenersi che la riserva di legge in questione sia di fatto rispettata dalla previsione di cui all'art. 5 del codice civile, attraverso una sua lettura “in negativo”, in base alla quale un atto omissivo che determinasse una diminuzione permanente dell'integrità fisica sarebbe vietato al pari di un atto commissivo: la dottrina assolutamente prevalente ha infatti escluso questa lettura dell'art. 5 e non lo ritiene affatto idoneo, o quantomeno insufficiente, a rispondere alle previsioni costituzionali in tema di trattamenti sanitari obbligatori⁴⁹. Si ritiene infatti che un determinato trattamento sanitario obbligatorio, affinché sia costituzionalmente legittimo, dovrà essere necessariamente indirizzato alla tutela anche della salute della collettività⁵⁰; e naturalmente, data la chiarezza dell'art. 32 primo comma, è pacifico che il trattamento sanitario non dovrà essere dannoso per il soggetto che lo subisce, neanche per esigenze

⁴⁷ Cfr. V. AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., secondo cui vi sarebbe una “impossibile predeterminazione (ed imposizione) ad opera del legislatore di trattamenti idonei a salvaguardare in concreto la salute dei singoli individui che in un dato momento compongono la collettività; ed ipotizza un sistema in cui si possa effettivamente verificare ed imporre l'osservanza dei corrispondenti obblighi”

⁴⁸ Della stessa opinione V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, p. 557 e ss.

⁴⁹ Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 238; M. BARNI, G. DELL'OSSO, P. MARTINI, *Aspetti medico legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1981, p. 33 e ss. V. AMATO, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, sub. art. 32, 2° comma, p. 34 e ss.

⁵⁰ In questo senso C. MORTATI *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III, p. 433 e ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario di unificazione delle leggi amministrative*, Vicenza, 1967, p. 105 e ss. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale; profili costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1970, p. 55. Per l'opinione contraria, peraltro risalente nel tempo, cfr. GIARDINA, *Libertà fondamentali dell'individuo e tutela della salute*, in F. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979, p. 107 e ss.; BRUSCUGLIA, *Infermità mentale e capacità di agire*, Milano, 1971, p. 64; LEGA, *Il diritto alla tutela della salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1970.

di tutela della collettività⁵¹. Se ne può concludere che la legittimità del trattamento sanitario obbligatorio non potrà prescindere da specifici requisiti⁵²:

- a) il trattamento è volto ad impedire che la salute del singolo (o la scarsa salute) possa arrecare danno alla salute degli altri;
- b) il trattamento sia utile anche alla salute del soggetto che vi è sottoposto.
- c) il trattamento sia indispensabile, ovvero non devono esservi possibilità diverse per fronteggiare il rischio per la salute collettiva che si presenta.
- d) il trattamento non deve essere sperimentale, dal momento che non consentirebbe, per la sua stessa natura, una verifica sulla sua indispensabilità rispetto allo scopo da raggiungere.
- e) il trattamento non può essere discriminatorio, ovvero fondato su sesso, razza o convinzioni personali.
- f) nelle modalità di realizzazione deve essere il meno possibile coattivo, invasivo e comunque sempre rispettoso della persona umana.

Ne consegue in modo evidente che un dovere di curarsi si avrà soltanto quando la libera scelta in senso contrario del soggetto possa direttamente determinare un danno alla salute di altri soggetti, ed in ogni caso potrà esplicitarsi all'interno di precise e determinate condizioni-limite⁵³.

4. Segue: dalla negazione del dovere di curarsi alla libertà di morire; l'“intervento” dell'art. 13 della Costituzione.

Se appare acquisito che non vi è un dovere di essere sano, e che la trasformazione del diritto alla salute in dovere si verifica soltanto in casi specifici, eccezionali e previsti da una fonte del diritto di rango primario, si pone il problema di verificare se da questo assunto possa derivarsi la conseguenza estrema di consentire al soggetto di esercitare il suo diritto alla libertà personale fino all'estrema conseguenza di procurarsi la morte.

Dovrà innanzitutto rilevarsi come anche sotto questo profilo vi siano posizioni differenziate nella dottrina, sebbene si possa con ragionevole certezza ritenere che l'opinione ormai maggioritaria sia volta a ritenere legittima la scelta di non curarsi fino alla

⁵¹ Se infatti si discute sulla possibilità di imporre un trattamento obbligatorio a tutela della salute del singolo, non pare vi possa essere spazio per discussioni relative alla possibilità di imporre un trattamento sanitario a detrimento di detto bene, pena la possibile apertura ad orizzonti eugenetici di tragica memoria.

⁵² Così V. AMATO., *La tutela della salute*, cit., p. 2470; PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*., 1979, p. 875 e ss. A. SANTOSUOSSO, *op. ult. cit.*, p. 104.

⁵³ Ad ulteriore dimostrazione di come il diritto individuale alla propria salute non venga meno neanche nel corso e dopo l'effettuazione di un legittimo trattamento sanitario obbligatorio, si veda Corte cost., sent. n. 307/1990, nella quale si afferma il diritto al risarcimento del soggetto che a causa di detto trattamento, abbia subito una menomazione del proprio diritto alla salute individuale. Sul punto cfr. V. ANGIOLINI, *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p.14.

morte⁵⁴. Questa ricostruzione sembra ormai avvalorata anche dalla giurisprudenza prevalente⁵⁵, che esplicitamente, in una delle sue più chiare pronunce, ha affermato che dal combinato disposto degli art. 32, 2° comma e 13 Cost. deriva non tanto un diritto al suicidio, ma la libertà di ogni singolo individuo di scegliere se e come curarsi e, in ultima analisi, se vivere oppure no⁵⁶. La rilevanza fondamentale della libertà personale, nel suo ruolo di pietra angolare dell'ordinamento è affermata in modo inequivocabile dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 471/1990, laddove si afferma che essa è la "libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo"⁵⁷. Ed in effetti, la rivalutazione del principio di libertà personale costituisce la strada più idonea per interpretare l'intero sistema relativo a quelli che, in ogni caso, sono atti di disposizione del proprio corpo, soprattutto dal momento che la Corte costituzionale ha da tempo affermato l'impossibilità di scindere il corpo umano dalla persona⁵⁸, cosicché le due cose non possono che andare di pari passo.

⁵⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali.*, in A.A.V.V., *Vivere: diritto o dovere: la problematica dell'eutanasia*; F. GIUNTA, *Diritto di morire il diritto o penale. I termini di una relazione problematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997. F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Giustizia penale*, 1972, I; ID, *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, p. 1789; G. PAPPALARDO, *Eutanasia e soppressione dei mostri*, in *Giustizia penale*, 1972, I; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984; S. FUCCI, *Informazione e consenso nel rapporto medico-paziente. Profili deontologici e giuridici*, Milano, 1996; A. SANTOSUOSSO, S. NESPOR, R. SATOLLI, *Il rifiuto di cure, vita, morte e miracoli. Medicina, genetica e diritto: conflitti e prospettive*, Milano, 1992; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982; S. DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico chirurgica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987; V. AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982; M. BARNI, G. DELL'OSSO, P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1981, I; P. RESCIGNO, *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di A. Asquini*, IV, 1965, 1967; G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957; A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

⁵⁵ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 88/1979, in *Il Foro italiano*, 1979, I, 2542; sent. n. 184/1986, in *Il Foro italiano*, 1986, I, 2053; Corte di assise di Firenze, sent. n. 13/1990, in *Foro it.*, 1991, II, 236; Cassazione civile, sent. n. 364/1997, in *Il Foro italiano*, 1997, I, 779; sent. n. 3046/1997, in *Il Foro italiano*, 1997, I, 1801; Pretura di Roma, sent. del 3/04/1997, in *Bioetica*, n. 1/2000; Pretura di Treviso, decreto del 29/04/1999, in *Il Foro italiano*, 1999, II, 668.

⁵⁶ Corte d'assise di Firenze, sent. n. 13/1990, cit. Peraltro, a livello internazionale, la famosa sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul noto caso di Diane Pretty, (Pretty vs. United Kingdom, n. 2346/02) sebbene rifiuti la possibilità di configurare un diritto al suicidio, si esprime in modo chiarissimo sulla necessità del consenso come presupposto assoluto al trattamento sanitario, senza peraltro escludere un possibile aiuto al suicidio disciplinato dai singoli Stati. Sul punto, fra i molti, cfr. R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 166.

⁵⁷ Cfr. F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., M. E. SALVATERRA, *Esiste un diritto a morire? Riconoscimenti, implicazioni e limiti del diritto di non curarsi nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Bioetica*, n. 4/2000

Questo utilizzo della libertà personale come lente attraverso la quale ricostruire le relazioni interne al sistema consente di superare quelle che sono le obiezioni della dottrina ormai minoritaria in tema di “diritto a morire”: già si è detto dell’art. 5 del codice civile, che non pare attagliarsi al tema in esame, posto che la sua interpretazione non può che essere rivista in seguito al sopravvenire della Carta costituzionale; ma allo stesso modo potrà dirsi del concetto di indisponibilità della vita e della salute, altro principale argomento sollevato contro il diritto di decidere quando morire⁵⁹. A questo proposito, coloro che ritengono di dover porre l’accento sull’aspetto collettivistico del diritto alla salute, non escludendo, quando non configurando espressamente, un dovere di curarsi, non ritengono *a fortiori* ammissibile che la scelta di autodeterminazione del paziente possa giungere fino alla conseguenza della morte; la vita, infatti, sarebbe da considerarsi un bene indisponibile e protetto in modo assoluto, cosicché ogni altro diritto, per quanto riconosciuto e tutelato dalla Costituzione, dovrebbe recedere di fronte alla possibilità di ledere la vita stessa. Di conseguenza il medico, quale soggetto principalmente deputato alla tutela di questo bene, non potrà che intervenire al fine di evitare delle conseguenze così nefaste⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 18/1986, in *Il Foro italiano*, 1986, I, 1783, con nota di R. ROMBOLI: “Il corpo umano [...] non può essere considerato avulso dalla persona”. Su questa sentenza cfr. anche A. PACE, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, 122.

⁵⁹ Cfr. A. FIORI, G. IADECOLA, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire: criteri per accertamento del nesso causale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1996, I; G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue salva vita rifiutata dal malato)*, in *Cassazione penale*, 1998 e *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1986; P. AVECONE, *Aspetti giuridici (mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale dal decesso)*, in *Giustizia penale*, 1998, II; P. RIECI, M. O. VENDITTI, *Eutanasia, diritto di morire e diritto di rifiutare le cure*, in *Giustizia penale*, 1993, I.

⁶⁰ L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, p. 735; M. ADAMO, *L'eutanasia nei suoi riflessi giuridici e medico legali*, cit., p. 254 e ss.; E. DINACCI, *L'omicidio del consenziente in un'equivoca sentenza della Corte d'assise di Roma*, in *Giurisprudenza di merito*, 1986, p.146; G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte speciale*, II, Bologna, 1958, p. 755 e ss; A. BOMPIANI, *Analisi del documento “Proposta di risoluzione del Parlamento europeo circa l'assistenza del malato terminale”*, in *Parere del Comitato nazionale per la bioetica sulla proposta di risoluzione sull'assistenza ai pazienti terminali*, in *Società e istituzioni*, settembre 1991, p. 48 3 ss.; P. CATTORINI, *Eutanasia e chiacchiere sulla morte* in *Bioetica*, 1993, n. 2, p. 294; G. GRASSO, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Quaderni della giustizia*, 1986 n. 60, p. 69 e ss.; G. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *La giustizia penale*, 1985 n. 6, p. 188 e ss.; E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita e santità delle decisioni*, in P. BARCELLONA, (a cura di), *Nuove frontiere del diritto*, cit., p. 98; E. MONTERO, *L'eutanasia è un diritto?*, *Autonomia, dignità, pluralismo*, in *Studi cattolici*, 2000, n. 469, p. 164; I. NICOTRA GUERRERA, *“Vita” e sistema di valori nella Costituzione*, cit., p. 147 e ss.; A. ODDONE, *L'uccisione pietosa*, in *Civiltà cattolica*, 1950, p. 254 e ss.; A. G. SPAGNOLO, *Perché non condivido l'eutanasia*, in *Bioetica*, n. 2, 1993, p. 287; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984, p. 1012; C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e la libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Revista espanola de*

La libertà personale di cui all'art. 13 può dunque costituire un elemento importante laddove non si tratti più di "semplice" non curarsi, ma si giunga a disporre della propria vita. Il rapporto fra art. 13 e art. 32 della Costituzione è però di non facile ricostruzione, anche perché, come è stato rilevato, l'interpretazione del primo rischia di determinare in modo molto restrittivo il secondo, allorché si ritenga che anche l'art. 32, 2° comma debba sottostare, in tema di coattività, alla duplice riserva di legge e giurisdizione prevista dal 13⁶¹. La difficoltà di ricondurre a sistema le due norme è palese anche in considerazione del fatto che "in Italia della libertà personale si è detto tutto e il contrario di tutto", cosicché "vi è incertezza [...] non solo sulla sua disciplina costituzionale, [...] ma addirittura sullo stesso oggetto della tutela dell'art. 13⁶². Le principali opinioni si dividono in relazione alla valenza da dare al concetto di libertà di cui all'art. 13 come eminentemente incentrato sulla libertà fisica, e quindi sul potere di disporne⁶³, oppure sulla libertà non solo fisica, ma anche psichica o morale⁶⁴. Posizioni di natura intermedia sono quelle per cui si ritiene, all'interno di una concezione restrittiva dell'articolo in esame, che le coercizioni fisiche ammissibili siano esclusivamente quelle rinvenibili a partire dagli artt. 25, 30 e 32, Cost.⁶⁵, oppure, nel senso di un'interpretazione più ampia, che il reale oggetto dell'art. 13 sarebbe il libero sviluppo della persona umana⁶⁶.

Sebbene non manchino critiche alle posizioni più ampie⁶⁷, parrebbe di poter dire che a partire dal dibattito degli anni '70 sul punto, la concezione più ampia abbia avuto un certa prevalenza, in particolar modo nella giurisprudenza costituzionale, volta ad ampliare il catalogo dei diritti ai cosiddetti nuovi diritti attraverso interpretazioni creative⁶⁸.

derecho canonico, 1997, n. 142, p. 202; C. CASINI, *Non è in gioco la libertà ma il valore della vita*, in V. SALVOLDI, (a cura di), *Oltre l'eutanasia e l'accanimento: politica, scienza, morale*, Bologna, 1991, p. 77 e ss.;

⁶¹ Ad esempio, secondo A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, p. 272, l'art. 13 non potrebbe recedere di fronte all'art. 32, e pertanto vi sarebbe sempre la necessità di rispettare la riserva di giurisdizione posta nel primo. Di diverso avviso R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2003, p. 82.

⁶² Così A. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 288

⁶³ Così E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro padano*, 1951, IV, p. 272; GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, p. 10; ID., *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 859 e ss.

⁶⁴ Così GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. costit.*, 1962, p. 205 e ss.; GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno*, in A. BARILE (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi di unificazione (ISAP), La tutela del cittadino, II, La pubblica sicurezza*, Vicenza, 1967, p. 545 e ss. Una opinione "restrittiva" adotta anche G. AMATO, art. 13, in G. BRANCA, (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, p. 4.

⁶⁵ Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 23 e ss.; ID., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. costit.*, 1964, p. 938 e ss.

⁶⁶ Così A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 120 e ss.; ID., *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio della libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 117 e ss. Per queste opinioni della dottrina vedi A. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 287.

⁶⁷ Cfr. A. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 290.

⁶⁸ Rilevano questi ampliamenti A. SANTOSUOSSO, *op. ult. cit.*, p. 115; A. CERRI, *Libertà (libertà personale – dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1991, p. 3; F. SAIA, *La giustizia*

Il rapporto fra queste due norme fondamentali, l'art. 13 e l'art. 32 Cost., può forse essere rinvenuto in seguito alla considerazione comparata delle evoluzioni dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale a cui si è assistito negli ultimi decenni. Può quindi affermarsi⁶⁹ che da un lato, la libertà personale ha visto esteso il suo ambito a settori che vanno ben oltre l'aspetto della difesa dalla coercizione fisica, soprattutto riguardo al potere pubblico, per giungere a ricoprire un'area più vasta, attinente al "libero sviluppo della persona", nonché per consentire la realizzazione dell'"essere della personalità"⁷⁰; dall'altro lato, l'art. 32, complessivamente interpretato nella sua interezza, ha ormai acquisito in modo inequivocabile un valore fondante la libertà di autodeterminazione del soggetto in riferimento alle questioni "sanitarie", con un'interpretazione pacifica in base alla quale nessun altro valore, se non la salute degli altri, può mai superare la scelta del singolo.

Può quindi concludersi che l'art. 32 fornisce lo strumento per decidere fra prevalenza della volontà del singolo e interesse della collettività in tema sanitario, ponendo ristretti limiti ai trattamenti obbligatori. Ma quando le sue garanzie siano superate (o meglio, rispettate), e si debba "scadere" nella coazione fisica, non potrà prescindere dall'art. 13 Cost., come limite concettuale (nel senso della necessaria valorizzazione della libertà personale nel senso estensivo prima visto) nonché procedurale. Così, probabilmente, l'art. 13 fonderà la garanzia procedurale in caso di trattamenti sanitari obbligatori legittimi, in base all'art. 32; e rileverà anche sul piano "valoriale", insieme allo stesso 32 in tema di rispetto della persona, allorché si debba discutere della legittimità di una legge che imponga un determinato trattamento obbligatorio ritenendo di includerlo fra quelli riconducibili all'art. 32 secondo comma⁷¹.

E' possibile forse, a questo punto, provare a trarre qualche conclusione in tema di libertà di morire.

In primo luogo, può dirsi che la libertà personale nella sua concezione più ampia, letta congiuntamente al principio personalista di cui all'art. 2 Cost., garantisca al soggetto, o se si preferisce, imponga allo Stato di garantire al soggetto attraverso un comportamento non invasivo, la libertà di decidere per ciò che attiene alla propria personalità ed alla propria coscienza⁷². In secondo luogo, in tema sanitario, può dirsi che

costituzionale nel 1987, in *Giur. costit.*, 1988, p. 175 e ss.

⁶⁹ Cfr A. PACE, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁰ Così A. BARBERA, *op. cit.*, p. 191.

⁷¹ Sembrano sostanzialmente di questo avviso anche A. PACE, *op. ult. cit.*, A. CERRI, *op. ult. cit.*, A. SANTOSUOSSO, *op. ult. cit.* Sembra ritenere invece che l'art. 32 sia sufficiente a fondare l'intera materia dei trattamenti sanitari obbligatori, V. AMATO, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, sub. art. 32, 2° comma, cit.

⁷² così la Corte Costituzionale nella sentenza n. 467 del 1991 in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1,630, con nota di J. LUTHER; e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3805, con nota di DI COSIMO: "al livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle

la scelta individuale del soggetto possa essere compressa soltanto laddove vi sia una legge che lo preveda, e un'esigenza di pericolo per la salute altrui, sempre che ciò non incida sul rispetto della persona.

Così, posto che un trattamento volto a impedire la morte del soggetto che abbia rifiutato le cure e stia per morire; ovvero che abbia intrapreso uno sciopero della fame e stia per morire; o che, è da aggiungere, abbia assunto una sostanza mortale e stia per morire ma rifiuti di sottoporsi ad una lavanda gastrica (e così per tutti gli altri casi consimili) sono tutti, indiscutibilmente, trattamenti sanitari in assenza di legge specifica e contro la volontà, pare che si debba concludere che il soggetto debba essere lasciato morire.

Non pare, poi, che si possa accogliere quella ricostruzione in base alla quale se è consentito il non curarsi, sarebbe però consentito, ed anzi doveroso, intervenire una volta che il soggetto perda conoscenza e stia per sopraggiungere la morte⁷³. In primo luogo, deve osservarsi che non è chiaro il motivo della differenziazione fra coscienza e incoscienza del soggetto: se infatti la libertà personale dovesse recedere di fronte al rischio di perdere una vita, lo stato di necessità si potrebbe ritenere integrato, in capo al medico come a chiunque altro, anche prima della perdita di coscienza, dal momento che l'evento morte non è agevolmente prevedibile (soprattutto nei casi di morte "graduale" di chi ad esempio rifiuta le cure o rifiuta il cibo).

Forse si intende dire che al momento della scelta fra intervenire o meno di fronte alla morte chiaramente imminente, prevale la necessità di salvare la vita umana. In questo caso però, sembrerebbe contravvenirsi a quello che pare essere, come si ricordava sopra, ormai acclarato, e cioè i limiti ai trattamenti sanitari obbligatori, asserendosi sostanzialmente che l'art. 32 e l'art. 13 Cost., non valgono nel caso di concreto e immediato rischio di vita. A questo si potrebbe replicare, sul piano formale, che l'art. 54 del codice penale è disposizione di rango ordinario che non può contrastare con disposizioni di rango costituzionale; sul piano "sostanziale", che il limite della perdita della vita non compare nell'art. 32, secondo comma, e pertanto limitare una disposizione che garantisce un diritto, che è anche un diritto all'astensione da parte di terzi dall'intervento sul proprio corpo, attraverso un principio quale il dovere di vivere, che può

libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazioni e di svolgimento[...].

⁷³Cfr. G. CARPEGGIANI, *Intervento*, in G. PARIS, (a cura di), *Vivere, un diritto o un dovere? Problematiche dell'eutanasia*, Atti del convegno tenutosi a Rieti, nei giorni 23-26 ottobre 1986, Roma, 1986, p. 136 e ss.; M. PESANTE, *Corpo umano*, (voce), in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 6591; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 115; G. IADECOLA, *Il trattamento medico-chirurgico di emergenza e il dissenso del paziente*, in *La giustizia penale*, 1989, p. 120 e ss.; V. RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico chirurgico. Prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1993, p. 207 e ss.; A. G. SPAGNOLO, *Carta dell'autodeterminazione: il punto di vista dell'etica cattolica*, in *Notizie di Politeia*, n. 27, 1991, p. 6 e ss.; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, p. 736 e ss.; ID., *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale*, 1985, p. 527 e ss.

derivare esclusivamente da un'interpretazione valoriale e come tale ampiamente creativa, appare scelta di non facile condivisione.

Infine, lo strumento dello stato di necessità come mezzo per superare il dissenso del paziente, che verrebbe in gioco non appena questi perda conoscenza, può avere il sapore, più che di una preoccupazione per la vita altrui (peraltro di un paternalismo che dovrebbe essere giustificato giuridicamente), di un atto di intrusione effettuato approfittando proprio della debolezza del soggetto privo di sensi, che, sostanzialmente, non potrebbe più difendere "fisicamente" la propria scelta e sarebbe perciò alla mercé altrui. L'immagine, poco edificante, che si profila è quella di un medico che attende pazientemente il decorso della malattia (o della scelta di astensione dal cibo) fino al momento in cui il paziente "non potrà più fermarlo", in quanto incosciente; e dall'altro lato, un paziente che, ben sapendo cosa accadrà, potrà esercitare la propria libertà soltanto fino ad un certo momento, consapevole che, infine, la sua scelta sarà ignorata.

Oltre all'immagine, però, si pone il problema giuridico di una "libertà a tempo", che non pare ammissibile.

D'altra parte, tale opinione sembra ormai contrastare con la sostanzialmente unanime giurisprudenza di merito, bastino al proposito gli esempi del rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova e dell'interruzione delle cure che ha riguardato Piergiorgio Welby, dalle quali non derivano conseguenze negative a carico dei medici coinvolti (se non in casi marginali).

In questo stesso senso sembra chiaramente esprimersi anche il Codice deontologico dei medici, recentemente riformato (2006), il quale impone al medico di attenersi "alla volontà liberamente espressa dalla persona", sempre nel rispetto della dignità, autonomia e libertà di questa; non solo, ma si prevede espressamente all. art. 38 che, in caso di incoscienza del paziente, il medico deve "*tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*". L'eventualità di disconoscere la volontà del paziente, se così si può dire, sembra emergere soltanto in due casi, ovvero all'articolo 16, laddove il medico "*anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita*"; e agli articoli 32 e 37, nei quali si fa riferimento alla possibilità del medico di ricorrere all'autorità giudiziaria, ma laddove si sia in caso di paziente incapace o le cui pregresse volontà non siano così chiare⁷⁴. Questi due casi di "preminenza" del medico si verificano, quindi, o quando in realtà le cure, magari neanche osteggiate dal paziente, non potrebbero portare benefici, o quando non sia chiara la volontà del paziente stesso: pertanto nel primo caso il superamento, se così si può dire, della volontà del paziente avviene sul versante del "non curare", e non già sul versante del "curare per forza"; nel secondo, più che un superamento della volontà, vi è una necessità di accertamento di questa contro ogni ragionevole dubbio.

Per usare una metafora, quindi, potremmo dire che il consenso del paziente al trattamento, e quindi il rispetto della sua libertà personale, costituisca una porta che divide il paziente dal medico: se il paziente non decide di aprire quella porta, il medico

⁷⁴ Così P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit., p. 259 e ss.

non può entrare; e se la decisione di non aprirla è stata presa liberamente e consapevolmente (e senza danneggiare nessuno), essa non può essere forzata neanche quando si sospetti che, nella sua stanza, il paziente abbia perso conoscenza e rischi la vita.

Forum di Quaderni Costituzionali

Costituzionali

5. Confronto fra modelli e eutanasia attiva e passiva.

Da un'analisi, anche solo sommaria, dei vari modelli che si possono individuare attraverso uno sguardo comparato alle esperienze giuridiche europee ed extraeuropee in tema di scelte di fine vita, possono trarsi alcuni spunti di un certo interesse.

La distinzione che spesso viene proposta⁷⁵, individua una *summa divisio* fra modelli permissivi e modelli impositivi, che essenzialmente si contraddistinguono per un minore o maggiore ampiezza della possibilità per il soggetto di decidere sulle fasi finali della propria esistenza.

Negli Stati Uniti, come è noto, l'evoluzione, sia legislativa che giurisprudenziale in tema di eutanasia ha proposto diverse possibili soluzioni. Già nel 1976, lo Stato della California approvò il *Natural Death Act* (l. 306 del 1976), il quale espressamente ritiene che il prolungamento della vita di pazienti che si trovino in uno stato definito "all'estremo della condizione esistenziale" sia contrario alla loro dignità, e prevede perciò la possibilità di redigere delle dichiarazioni anticipate di volontà quanto alla sospensione dei trattamenti o all'astensione dalla loro attuazione. Aprendo così la strada ad una forma di testamento biologico, si tiene però a precisare che con ciò non vi è nessuna volontà di legalizzazione dell'eutanasia, né tantomeno di forme più o meno celate di suicidio assistito⁷⁶. A seguito di questo intervento normativo, un'ampia maggioranza degli Stati americani ha introdotto disposizioni in linea (sebbene con alcune differenze spesso non di poco conto) con la California, tanto da rendere necessario l'*Uniform Determination Death Act*, approvato nel 1985, il quale, pur non avendo efficacia vincolante, era volto all'armonizzazione delle varie discipline, presenti e future.

Non mancano poi legislazioni che sembrano spingersi oltre, quale ad esempio l'*Oregon Death with Dignity Act* del 1984, il quale espressamente prevede la possibilità di prescrivere al paziente dei farmaci che ne causeranno la morte, qualora ciò avvenga nel rispetto di una articolata procedura volta essenzialmente ad accertare la perfetta sussistenza della condizione di malattia terminale nonché la effettiva volontà del paziente. E' opportuno precisare che, anche in questo caso, la legge sottolinea come non vi sia nessuna legalizzazione dell'eutanasia attiva né, in generale, nessuna autorizzazione concessa ad un soggetto all'uccisione di un altro; conferma di questa volontà si ritroverebbe nel divieto di somministrazione diretta del farmaco da parte del medico al paziente, il quale dovrà assumerlo autonomamente.

Anche sul fronte giurisprudenziale, gli Stati Uniti offrono, come è noto, vari casi di particolare rilevanza. Ad esempio, si è ritenuto di consentire il rifiuto dei trattamenti medici (anche idratazione e alimentazione artificiale), anche quando ciò determini morte. E' un

⁷⁵ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. p. 131 e ss.

⁷⁶ Indicazioni più ampie sui vari esempi di discipline straniere che nelle prossime pagine si ricordano sommariamente possono essere rinvenute, all'interno dell'ampia letteratura ormai presente sul tema, nell'esauriente contributo di C. TRIPODINA, *Profili comparatistici dell'eutanasia. Itinerari giuridici alla scoperta di un "diritto" in via di riconoscimento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1714.

esempio noto la sentenza *Cruzan v. Missouri Department of Health* del 1990, nella quale la Suprema Corte, sebbene facendo leva sul principio del *Due Process of Law* e non sulla nozione di *privacy*, rivendicata dai ricorrenti, afferma che sussiste un diritto al rifiuto delle terapie da parte del paziente, anche allorché queste consistano nell'alimentazione o idratazione artificiale e siano chiaramente "salvavita". A simile conclusione si è giunti nel più recente caso che ha coinvolto *Terry Schiavo*, anch'essa in stato di incapacità di esprimere la proprie volontà.

A diverse conclusioni si è invece giunti in due importanti casi, *Glucksberg v. Washington* e *Vacco v. Quill*, entrambi decisi dalla Corte Suprema nel 1997. Qui la Corte si trova a dover affrontare la distinzione fra eutansia attiva (o aiuto al suicidio) e passiva, anche in diretto confronto con quanto deciso nel caso *Cruzan*, trattandosi, in questi due casi, di persone coscienti e in condizione di malattia terminale, ma non mantenuti in vita tramite terapie di alimentazione artificiale o simili, che chiedevano di poter accelerare la loro inevitabile morte attraverso un aiuto esterno che eliminasse le inaccettabili sofferenze alle quali sarebbero stati, in alternativa, condannati.

La decisione della Corte muove dall'appello presentato avverso le sentenze delle Corti d'appello degli Stati di New York e Washington, secondo le quali la *Due Process Clause*, già invocata in *Cruzan*, includerebbe un generale diritto di decidere sui tempi e i modi della propria morte, così non potendosi escludere un aiuto al suicidio in determinate circostanze allorché si fosse riconosciuto, come appunto la Corte Suprema aveva già fatto, un diritto di rifiuto "letale" rispetto ai trattamenti medici salvavita. In queste pronunce la Corte assume però una posizione assai netta, attraverso un'argomentazione giuridica fondata sulla corretta interpretazione della *Due Process Clause*⁷⁷. Essa ritiene in sostanza che detto principio possa venire invocato allorché il diritto che dovrebbe tutelare sia radicato nella cultura e nella storia della Nazione, cosa che avviene per il diritto di rifiutare le cure, anche se comporta la morte, ma non per il diritto a morire attraverso l'aiuto "attivo" di terzi. Se, quindi, consentire ad un soggetto di rifiutare le terapie e morire è ormai parte della cultura e della tradizione, non lo sarebbe il consentire allo stesso, di fronte all'impossibilità di operare autonomamente, per incapacità materiale ad agire o perché di fatto non legato a terapie salvavita ma solo in attesa dei una morte prossima, di essere aiutato da altri.

La Corte affronta anche il problema sotto il profilo della discriminazione fra categorie di soggetti, rispondendo alla tesi per cui vi sarebbe illegittima diversità di trattamento fra coloro che sono legati a terapie salvavita e coloro che non lo sono. La differenziazione, secondo la Corte, lungi dall'essere discriminatoria, si fonda su principi di elevata importanza nell'ordinamento americano: il divieto di suicidio assistito, infatti, si fonderebbe sul principio del rispetto della vita umana, sulla necessità di prevenire la piaga del suicidio, sulla necessità di proteggere soggetti più vulnerabili, sulla necessità di tutelare la professione medica dal "degrado etico" a cui andrebbe incontro: il ruolo dei medici, infatti, è quello di soggetti volti a curare (si deve pensare: curare secondo una visione predefinita di "cura", visto che contraria alle concezioni del paziente).

Ma secondo la Corte vi sarebbero anche differenze per così dire concrete e materiali fra le due ipotesi. Nel primo la morte, una volta, per così dire, "staccata la

⁷⁷ Ulteriori riferimenti in C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, p. 1744 e ss.; C. CASONATO, *op. ult. cit.*, p. 139.

macchina” sarebbe pur sempre causata dalla malattia, nel secondo sarebbe invece causata dal medico che prescrive il farmaco. Inoltre, quanto al rilievo della volontà, nel caso dell’aiuto al suicidio il medico non può che voler uccidere, mentre, secondo la Corte, il paziente che rifiuta il trattamento salvavita non necessariamente vuole morire.

Allo stesso modo, in Inghilterra, nel 1993, la *High Court* di Londra aveva ritenuto legittima la richiesta avanzata per conto dell’allora incapace *Tony Bland* di vedersi interrompere le terapie, con ciò andando incontro alla morte; nello stesso senso, la medesima Corte ha ritenuto recentemente legittima la richiesta di *Miss B* di interrompere il trattamento di respirazione artificiale. Ma, in linea con quanto accade negli Stati Uniti, si è ritenuto di negare a *Diane Pretty* la possibilità di essere aiutata a morire, condannandola alla fine che essa non voleva e riteneva non dignitosa.

Anche in questo caso, la *House of Lords* ritenne di dover individuare una fondata distinzione fra eutanasia attiva e passiva, sebbene ci si trovasse di fronte in entrambi i casi ad una chiara ed evidente volontà di morire. La distinzione emerge già nella citata sentenza *Airedale NHS Trust v. Bland*, laddove si sostiene che il medico che spegne la macchina non compie un’azione, ma sostanzialmente un’omissione, e ciò non costituisce un’infrazione agli obblighi del medico, che non è tenuto a preservare la vita anche in un caso senza speranza.

La situazione italiana, ben più complessa, sembra avviarsi verso la liceità della eutanasia passiva di cui al caso Welby, ma ha ancora grosse difficoltà per ciò che attiene ai casi di incoscienza, sebbene la recente sentenza della Cassazione sul caso Englaro, la n. 21748 dell’ottobre 2007, possa aprire nuove interessanti prospettive, di fatto riaffermando l’importanza della ricerca delle presumibili volontà della persona⁷⁸. Ancora più evidenti chiusure si riscontrano in tema di eutanasia attiva.

Fra i modelli ritenuti permissivi si individuano invece, generalmente⁷⁹, gli esempi dell’Olanda, del Belgio, dell’Oregon (già ricordato), della Colombia⁸⁰ e della Svizzera. In tutti questi casi, sebbene, ovviamente, con alcune diversità spesso di non poco conto, dalla legittimità dell’eutanasia passiva si passa alla possibilità di essere aiutati a morire, sebbene all’interno di alcune specifiche tutele che si caratterizzano sul piano contenutistico e procedurale. In queste esperienze, inoltre, si individuano talora affermazioni esplicite del principio pluralista nel senso kantiano dell’essere umano come fine e mai come mezzo che assumono livelli di chiarezza invidiabili per chi vive nel

⁷⁸ Quando questo contributo era ormai concluso, la Corte d’appello di Milano ha accolto, in attuazione del principio di diritto espresso dalla sentenza della Cassazione, la richiesta dei genitori di Eluana Englaro nel senso della sospensione delle terapie salvavita. La vicenda non è però ancora definita, stante la possibilità di impugnazione della sentenza.

⁷⁹ Ancora si fa riferimento alla distinzione operata da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, op. cit. p. 139 e ss.

⁸⁰ Su queste esperienze cfr. C. TRIPODINA, op. ult. cit., p. 1725 e ss.

vecchio continente: si pensi alla sentenza della Corte costituzionale colombiana del 1997⁸¹, le cui affermazioni ci pare di dover sottoscrivere in pieno. Sostiene infatti la Corte che *“Il dovere di non uccidere trova eccezioni nella legislazione tramite la formulazione di figure come la legittima difesa e lo stato di necessità, per ragion delle quali uccidere non risulta antiggiuridico, sempre che sussistano i presupposti oggettivi previsti dalle rispettive disposizioni. Nel caso dell’omicidio pietoso, quando vi è il consenso del soggetto passivo del reato, il carattere relativo di questo divieto legale si traduce nel rispetto della volontà del soggetto, affetto dalla malattia terminale che gli procura grandi sofferenze e non desideroso di prolungare la sua vita di dolore. La condotta del soggetto attivo non appare antiggiuridica, poiché si tratta di un gesto di solidarietà determinato non dalla decisione personale di sopprimere una vita, bensì dalla domanda di colui che, per via delle intense sofferenze procurate da una malattia terminale, chiede che lo si aiuti a morire. Secondo la Corte colombiana, quindi, il fondamentale principio del rispetto della vita umana, che pure la Costituzione di quel Paese sancisce espressamente, non può tramutarsi in un dovere assoluto di vivere, con il rischio di rendere la persona “strumento di preservazione della vita come valore astratto”.*

6. Rilevanza e fondatezza di una distinzione: azione vs omissione; la necessità di preferire il criterio della “interferenza fra le sfere soggettive” dei soggetti coinvolti. La cosiddetta eutanasia passiva ed il “caso Welby”.

Nella proposta definitoria che si è avanzata in precedenza, si è considerato la nozione di eutanasia passiva e attiva riferendosi rispettivamente alla verifica della morte attraverso omissione da parte del medico, o tramite azione dello stesso. In realtà, già in quella sede si è reso opportuno precisare come nella fenomenologia concreta delle vicende eutanasiche questa distinzione non sia affatto così netta, e ciò si rifletta inevitabilmente anche sul piano della valutazione dei fatti in termini di diritto.

La distinzione in parola affonda le sue radici in una valutazione del fenomeno che trova origine nella filosofia morale, sebbene sia poi traslata in ambito giuridico e abbia in questo campo assunto un ruolo dirimente di non poco conto⁸². Il fondamento della distinzione concettuale fra azione ed omissione trova fondamento nella cosiddetta teoria del “doppio effetto”, o del “male minore”, secondo la quale vi è differenza tra ciò che è direttamente voluto e messo in pratica e ciò che invece costituisce un effetto collaterale e non voluto di un determinato atto⁸³.

Sul piano giuridico, la distinzione fra azione ed omissione si è prevalentemente sviluppata in ambito penalistico⁸⁴, laddove si sono ricercate ricostruzioni teoriche che potessero risolvere proprio i problemi che sorgevano nell’ambito dell’eutanasia,

⁸¹ Di cui riportano significativi passaggi C. CASONATO, *op. cit.*, p. 159 e ss. e C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, p. 1725 e ss, e rinvenibile in traduzione integrale in *Bioetica*, 1999, p. 536 e ss.

⁸² Cfr. ad esempio, A. D’ALOIA, *Diritto a morire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1998.

⁸³ Sulla teoria del doppio effetto cfr. S. PRIVITERA, *Duplici effetto*, in *Dizionario di bioetica*, Acireale, 1994, p. 309. Per una valutazione morale della differenza fra azione ed omissione cfr. anche J.Y. GOFFI, *Pensare l’eutanasia*, trad. it. Torino, 2006, p. 9 e ss.

tentando, probabilmente in ossequio alla percezione morale della differenza di disvalore fra azione ed omissione, di evitare la punibilità del medico che procedesse ad omettere un intervento. Si è così affermato che la differenza fra le due tipologie di condotta sarebbe apprezzabile sul piano del nesso di causalità fra condotta ed evento: nel caso di eutanasia passiva il medico si inserirebbe con una condotta omissiva in un decorso causale degli eventi che è già in atto, senza incidere su di esso, mentre nell'eutanasia attiva egli determinerebbe con la propria azione un decorso causale che non si sarebbe verificato, o si sarebbe verificato in maniera essenzialmente diversa, essendone egli un fattore causale unico o concorrente. L'approccio è quindi volto a dare rilevanza alla mancanza, sul piano naturalistico e materiale, di un apporto volto alla verifica dell'evento.

Questa ricostruzione, che pare essere mossa da un intento "depenalizzatore", può rispondere ai tentativi di descrizione di fattispecie come quelle che potremmo chiamare di omissione "pura", ovvero la totale astensione del medico di fronte all'inizio della terapia, o anche della prosecuzione, qualora però la terapia da sospendere e già iniziata non sia tale che, per essere sospesa, sia necessario un intervento "attivo" (perciò siamo nei casi esemplificati *supra*, sotto i numeri 1 e 2, salvo che si tratti di "macchine salvavita").

In realtà, l'esclusione causale dell'attività del medico quale evento che determina la morte, sulla base della teoria della *conditio sine qua non*⁸⁵, non pare sufficiente a ritagliare un'area di liceità alle varie tipologie di eutanasia passiva. Non può evitarsi, infatti, il passaggio successivo della legittimità dell'astensione, che andrà valutata su un piano del tutto distinto e conseguente alla eventuale esclusione del rapporto causale. Si tratta dell'obbligo di intervento che è previsto all'art. 40 del codice penale, secondo il quale "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo", e che si sostanzia nella cosiddetta posizione di garanzia che senza dubbio il medico assume in riferimento al paziente, per lo meno fino a quando non si rilevi un elemento, di fatto o di diritto, che ponga un limite a detta posizione.

Peraltro, si è soliti ricondurre all'ipotesi di eutanasia passiva anche il caso del distacco delle apparecchiature di sostegno vitale, (il caso Welby), che però, a voler adottare un approccio esclusivamente naturalistico, è in tutto e per tutto una condotta attiva: è infatti evidente, sulla base della ricostruzione sopra descritta, che, soprattutto nel caso di eutanasia passiva diretta, la morte è immediata conseguenza di un decorso causale di eventi posto in essere da colui che "stacca la macchina".

L'elemento distintivo, inoltre, diventa ancora più sfumato in casi in cui il nesso causale sia di non facile individuazione, sia per l'elevato numero di variabili mediche, a

⁸⁴ Cfr. M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 134 e ss, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸⁵ Fra le varie teorie della causalità elaborate nell'ambito degli studi penalistici, la teoria della *conditio sine qua non* costituisce una base logica, variamente modulata ed integrata nelle teorie che la affiancano. Il principio fondamentale è, come è noto, quello per cui un determinato evento si riterrà causato da una determinata condotta qualora sia possibile, eliminando ipoteticamente quella condotta, affermare, sulla base di leggi scientifiche o esperienziali, che quell'evento non si sarebbe verificato. Sul punto cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit, p. 158 e ss.

causa delle quali non sarà presumibilmente possibile determinare dei rapporti certi di causa effetto, sia per la compresenza di più terapie possibili, delle quali una tenda probabilmente più lontana la morte, ma non curi la causa della stessa, l'altra tenda a curarla, ma se non efficace ne determini un'anticipazione⁸⁶.

Pertanto, basare la distinzione delle varie forme di eutanasia sulla dicotomia azione-omissione, se può senza dubbio essere utile al livello descrittivo (e infatti si è adottata anche in questo lavoro), non pare essere un elemento utile per distinguere il lecito dall'illecito, anche perché laddove, come appena sopra si ricordava, questa distinzione naturalistica non fosse accertabile, si dovrebbe per ciò stesso rinunciare a decidere della valutazione giuridica di quel comportamento.

Ma l'esempio più evidente della inadeguatezza della distinzione azione-omissione, che pone problemi consistenti, come si vedrà, anche sotto altri profili, è proprio quello che ormai viene definito "caso Welby"⁸⁷, ovvero il distacco delle apparecchiature salvavita da parte del medico. In casi come questo, la dottrina ha dovuto escogitare una complessa ricostruzione della condotta attraverso la nozione di "omissione mediante azione" (*Unterlassung durch Tun*), al fine di poter ricondurre all'ipotesi omissiva una condotta che naturalisticamente non può che definirsi attiva.

Secondo questa teoria, l'agente, pur ponendo in essere un comportamento attivo, essendo questo diverso da quello che, in base alla normativa vigente, avrebbe dovuto attuare, proprio sulla base di questa diversità è da considerarsi un "agente omissivo"; la estraneità dell'azione esercitata rispetto a quella presunta dalla legge (*aliud agere*) la rende "irrilevante", cosicché si dovrebbe parlare di omissione. Pare evidente il travisamento della realtà a cui si presta questa teoria, che costituisce una vera e propria finzione, che rende un'azione equiparabile ad un'omissione⁸⁸. La giustificazione di essa è rinvenibile nel medesimo "senso sociale" della condotta, che non potrebbe determinare differenti esiti giuridici⁸⁹.

Tuttavia, come già si accennava, ampia parte della dottrina ritiene di fondare su questa distinzione il termine di liceità dell'eutanasia, sostenendo che se è

⁸⁶ Per una critica alla dicotomia azione-omissione, cfr. J. RACHELS, *Uccidere, lasciar morire e il valore della vita*, in *Bioetica*, n. 1, 1993, p. 271; P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milano, 1996, p. 88 e ss; M. REICHLIN, *L'eutanasia nella bioetica di impostazione utilitaristica. Analisi critica dei testi di J. Rachels e di H. Kuhse*, in *Medicina e morale*, 1993, p. 331; D. NERI, *Eutanasia. Valori scelte morali, dignità delle persone*, Bari, 1995.

⁸⁷ Definizione della quale ci si è serviti anche in questo lavoro, sebbene si condividano le riserve espresse da vari autori sul punto: cfr. l'intervento di E. RIPEPE nel *Forum della Rivista di diritto costituzionale*, 2007, in corso di pubblicazione.

⁸⁸ Così F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 93.

⁸⁹ La teoria esposta è elaborata prevalentemente nella dottrina penalistica tedesca, in particolar modo nelle opere di K. ENGLISH.

costituzionalmente ammissibile il lasciarsi morire, non lo è il farsi uccidere⁹⁰. Questa distinzione, inoltre, come già detto, è tipica anche delle esperienze straniere.

Per evitare le difficoltà che la dicotomia azione-omissione determina, converrà forse porre il problema in altri termini, ovvero dare rilievo alla differenza fra l'intervento necessario di un terzo per l'esercizio dei propri diritti o libertà e il caso opposto in cui il soggetto possa agire compiutamente da solo. Proprio ponendo il problema in termini di libertà, in ossequio alla concezione personalista della nostra Costituzione, si deve infatti ritenere che scelte come quelle che coinvolgono il corpo e la salute del soggetto siano da tutelare e rispettare in ogni caso finché i loro effetti rimangano all'interno della sfera del soggetto agente, mentre si debba valutare in modo ponderato il bilanciamento da operare laddove gli effetti dell'atto coinvolgano terzi⁹¹, così seguendo il condivisibile insegnamento della già ricordata sentenza della Corte costituzionale colombiana del 1997.

Questo principio si riferisce al coinvolgimento della sfera soggettiva di terzi, all'intersezione, potremmo dire, fra le sfere soggettive dell'agente e di uno o più componenti della comunità; è questa intersezione, sembrerebbe di poter pensare, che rende necessario un bilanciamento. Utilizzando una terminologia che deriva dal diritto penale, che spesso viene in gioco in tema di eutanasia, si potrebbe dire che laddove vi sia un concorso nella condotta in questione sarà necessario vagliare opportunamente la sua ammissibilità, mentre laddove vi sia una condotta monosoggettiva, la liceità parrebbe presunta.

Affrontare il problema sotto questo punto di vista consente di evitare l'insidioso piano della diversità di valutazione del nesso causale fra condotta ed evento a seconda del fatto che la condotta sia attiva od omissiva.

Si pone comunque, a questo punto, il problema del distacco dalle macchine salvavita, considerare, cioè, se sia lecito oppure no.

Il problema non si pone per la dottrina che accoglie il concetto di sacralità ed indisponibilità della vita⁹², secondo la quale senza dubbio il rifiuto di cure in sé sarà

⁹⁰ Così, fra i molti, A. D'ALOIA, *Diritto a morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, cit., p. 615; ID., *Diritto e diritti di fronte alla morte. Ipotesi ed interrogativi intorno alla regolamentazione normativa dei comportamenti eutanasiaci*, in L. CHIEFFI, (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, S. COTTA, *Aborto e eutanasia: un confronto*, in *Rivista di filosofia*, n. 52/27, 1983, p. 22; F. D'AGOSTINO, *Criteri di valutazione giuridica*, in *Parere del Comitato nazionale per la bioetica sulla proposta di risoluzione sull'assistenza ai malati terminali*, in *Società e istituzioni*, settembre 1991; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano, 2000, p. 133 e ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire (voce)* in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 5; A. G. SPAGNOLO, *Perché non condivido l'eutanasia*, in *Bioetica*, n. 2, 1993, p. 287; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984, p. 1012; C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e la libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Revista espanola de derecho canonico*, 1997, n. 142, p. 202.

⁹¹ Così R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit. p. 241; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1980, p. 244 e ss.

⁹² L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, p. 735; M. ADAMO, *L'eutanasia nei suoi riflessi*

illegittimo. L'analisi del caso in esame pone maggiori problemi per coloro che ritengono che sia lecito il rifiuto di cure finanche alla morte, tesi che in questo lavoro si è ritenuto di accogliere. Si sostiene, al proposito, che nel caso del distacco delle "macchine salvavita" non si versi in un caso di eutanasia, ma bensì di rifiuto di cure, che sarebbe perciò legittimo. L'affermazione è di natura formale, e si fonda su delle distinzioni terminologiche che forse, ad uno sguardo più attento, non nascondono una distinzione concettuale. Applicando infatti il criterio sopra riportato, sembra infatti davvero difficile poter negare che, in questo caso, le sfere soggettive degli individui coinvolti siano interferenti fra loro; senza porsi il problema della dicotomia azione-omissione, sembra chiaro che il sig. Welby non potesse esercitare il suo diritto a rifiutare le cure da solo, al pari di chi decida di alzarsi dal suo letto di ospedale ed andarsene a casa ad aspettare la morte, e avesse perciò bisogno di un intervento di un terzo. Il suo rifiuto di cure, che è atto di autodeterminazione che non gli poteva essere negato, aveva bisogno, per essere esercitato, dell'intervento di terzi soggetti. Pare che sia esattamente il caso in cui, coinvolgendo altre persone, la liceità dell'atto debba essere sottoposta ad opportuno bilanciamento.

Pare di poter dire che la Procura della Repubblica che ha ritenuto di chiedere l'archiviazione del dott. Riccio⁹³, nonché il giudice dell'udienza preliminare che ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere⁹⁴, nonché infine, il consiglio dell'ordine dei medici competente che ha ritenuto lo stesso dottore non perseguibile⁹⁵, abbiano svolto questo bilanciamento, traendone un risultato nel senso della liceità. Si è perciò affermato che, fra il "divieto di causare la morte" (Welby, si ricordi, avrebbe continuato a

giuridici e medico legali, cit., p. 254 e ss.; E. DINACCI, *L'omicidio del consenziente in un'equivoca sentenza della Corte d'assise di Roma*, in *Giurisprudenza di merito*, 1986, p.146; G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte speciale*, II, Bologna, 1958, p. 755 e ss.; A. BOMPIANI, *Analisi del documento "Proposta di risoluzione del Parlamento europeo circa l'assistenza del malato terminale"*, in *Parere del Comitato nazionale per la bioetica sulla proposta di risoluzione sull'assistenza ai pazienti terminali*, in *Società e istituzioni*, settembre 1991, p. 48 3 ss.; P. CATTORINI, *Eutanasia e chiacchiere sulla morte* in *Bioetica*, 1993, n. 2, p. 294; G. GRASSO, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Quaderni della giustizia*, 1986 n. 60, p. 69 e ss.; G. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *La giustizia penale*, 1985 n. 6, p. 188 e ss.; E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita e santità delle decisioni*, in P. BARCELLONA, (a cura di), *Nuove frontiere del diritto*, cit., p. 98; E. MONTERO, *L'eutanasia è un diritto?, Autonomia, dignità, pluralismo*, in *Studi cattolici*, 2000, n. 469, p. 164; I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema di valori nella Costituzione*, cit., p. 147 e ss.; A. ODDONE, *L'uccisione pietosa*, in *Civiltà cattolica*, 1950, p. 254 e ss.; A. G. SPAGNOLO, *Perché non condivido l'eutanasia*, in *Bioetica*, n. 2, 1993, p. 287; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984, p. 1012; C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e la libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Revista espanola de derecho canonico*, 1997, n. 142, p. 202; C. CASINI, *Non è in gioco la libertà ma il valore della vita*, in V. SALVOLDI, (a cura di), *Oltre l'eutanasia e l'accanimento: politica, scienza, morale*, Bologna, 1991, p. 77 e ss.;

⁹³ Formulata dalla Procura della Repubblica di Roma in data 5 marzo 2007, in *Bioetica*, 2007, n. 2

⁹⁴ Tribunale di Roma, sent. n. 2049 del 2007, in www.lucacoscioni.it

⁹⁵ Il Consiglio dell'Ordine dei medici di Cremona, in *Bioetica*, 2007, n. 2, che peraltro, come *ivi* riportato, non ha mancato di generare dissensi anche fra i suoi stessi "associati".

vivere a tempo indefinito, non quanto un uomo “sano” ma la sua morte non era affatto imminente) e il diritto a rifiutare le cure, debba prevalere quest’ultimo. Pertanto, la condotta del medico non può essere perseguibile⁹⁶.

A voler trarre una norma dalla vicenda in esame, si potrebbe in astratto formulare il precetto per cui *“di fronte al soggetto che voglia rifiutare le cure, determinando la propria morte, ma non possa farlo autonomamente, il dovere di non causare la morte in altri soggetti debba recedere, ed il medico debba intervenire”*. Queste stesse affermazioni sembrano inoltre essere valide anche per quei casi provenienti dalle esperienze americana e inglese che hanno accolto la richiesta di sospensione delle terapie, indipendentemente, in questo caso, dalla condizione di capacità o incapacità del soggetto.

E’ utile precisare, a questo proposito, che la distinzione fra lasciarsi morire e “farsi staccare dalle macchine” non pare possibile; il diritto di rifiutare le cure, infatti, si fonda, come si è ricordato nelle pagine precedenti, sulla libertà personale e sull’inammissibilità di trattamenti sanitari obbligatori, se non in casi specifici previsti dalla legge. Ne consegue che, dal momento in cui il soggetto non voglia più il trattamento sanitario che gli è praticato, esso diventa senza consenso, e come tale imposto coattivamente, il che non è possibile. Pertanto, in base al combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost, il farsi staccare dalle macchine ed il diritto di sospendere una terapia farmacologica sono indistinguibili, o si accettano entrambi o non si accettano entrambi.

Fatta questa precisazione, può tornarsi alla norma che si ricordava nel penultimo paragrafo ed utilizzarla per affrontare il caso della cosiddetta eutanasia attiva.

7. L’eutanasia attiva al vaglio delle principali critiche.

Se quanto si è andati dicendo fino ad ora è corretto, come si è già ricordato, può dirsi che *“di fronte al soggetto che voglia rifiutare le cure, determinando la propria morte, ma non possa farlo autonomamente, il dovere di non causare la morte in altri soggetti debba recedere, ed il medico debba intervenire”*.

Questa norma, dedotta dalla considerazione di liceità dell’eutanasia passiva nella forma del distacco dalle macchine, pare però estremamente vicina all’ambito di applicabilità dell’eutanasia attiva. La differenza è che non si tratterà più di sospendere un trattamento tramite un intervento di un terzo, bensì ottenere un trattamento tramite l’intervento di un terzo. La differenza non necessariamente pare così indiscutibile, ed un esame delle principali argomentazioni in tema di rifiuto dell’eutanasia attiva, più precisamente quelle motivazioni che si è sostenuto essere impeditive di questa specie di eutanasia anche allorché si accettasse la forma passiva, possono forse dimostrarlo.

Detto in altri termini, le critiche che si muovono all’eutanasia attiva, che adesso brevemente si esporranno, sembrano altrettanto avanzabili nei confronti dell’eutanasia passiva, posto che la norma che sopra si riportava, relativa ad essa, sembrerebbe, se dette critiche si ritenessero fondate, altrettanto inaccettabile. La prima critica⁹⁷ che solitamente viene posta si fonda sul fatto che, nel caso dell’eutanasia attiva, si sarebbe

⁹⁶ Di contrario avviso il Giudice per le indagini preliminari di Roma che ha disposto l'imputazione coatta di Mario Riccio, (ord. del 7 giugno 2007, n. 9729/07 R.g.g.i.p), in *Bioetica*, 2007, n. 2.

in presenza di una *relatio ad alteros*: vi sarebbe cioè il coinvolgimento diretto di un'altra persona nell'evento morte. Questo porrebbe due inaccettabili conseguenze: in primo luogo, se ottenere la morte fosse un diritto, corrispondentemente si configurerebbe un dovere di uccidere in capo ad un soggetto, il che è inammissibile. Non potrebbe esistere, infatti, nel nostro ordinamento, un dovere di uccidere, così come una liceità dell'uccidere scientemente qualcuno.

Sotto questo profilo, potrebbe però avanzarsi qualche dubbio in riferimento a concrete esperienze giuridiche e di fatto: innanzitutto, la nostra Costituzione, almeno fino a tempi recentissimi⁹⁸, potrebbe essere interpretata anche nel senso di non escludere necessariamente la pena di morte, almeno in ambito di codice penale militare di guerra⁹⁹, così da dare ingresso ad un dovere di uccidere in determinate circostanze; non dicasi poi dell'esperienza statunitense, dove vi sono vari esempi di vigenza della pena di morte. Sempre nell'ambito dell'ordinamento militare, e particolarmente in caso di conflitto, non pare affatto escluso un ordine di uccidere impartito dal superiore ad un soldato, peraltro a partire dall'art. 52 della Costituzione che sancisce il dovere di difesa della patria¹⁰⁰.

Lo stesso sembrerebbe potersi dire in riferimento ai componenti delle forze dell'ordine, i quali, in certi casi, potranno ed anzi, secondo la normativa vigente, dovranno utilizzare le armi da fuoco, anche uccidendo, come peraltro è più volte successo. Siamo senza dubbio di fronte a casi eccezionali, dal momento che, nel secondo esempio riportato, il conflitto armato, in quanto ammissibile solo in caso di difesa ex art. 11 Cost., è volto ad evitare la compressione di altri principi costituzionali minacciati dalla aggressione di un altro Stato, ovvero la libertà e, naturalmente, anche la vita dei cittadini. Ma ciò significa che l'uccidere è legato a situazioni eccezionali e

⁹⁷ A. D'ALOIA, *Diritto a morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, cit., p. 615; ID., *Diritto e diritti di fronte alla morte. Ipotesi ed interrogativi intorno alla regolamentazione normativa dei comportamenti eutanasi*, in L. CHIEFFI, (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, S. COTTA, *Aborto e eutanasia: un confronto*, in *Rivista di filosofia*, n. 52/27, 1983, p. 22; F. D'AGOSTINO, *Criteri di valutazione giuridica*, in *Parere del Comitato nazionale per la bioetica sulla proposta di risoluzione sull'assistenza ai malati terminali*, in *Società e istituzioni*, settembre 1991; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano, 2000, p. 133 e ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire (voce)* in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 5; A. G. SPAGNOLO, *Perché non condivido l'eutanasia*, in *Bioetica*, n. 2, 1993, p. 287; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984, p. 1012; C. VENTRELLA MANCINI, C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e la libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Revista espanola de derecho canonico*, 1997, n. 142, p. 202.

⁹⁸ Infatti, la legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1 ha modificato l'art. 27 Cost., il quale all'ultimo comma prevede ora che "non è ammessa la pena di morte"

⁹⁹ Così anche P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit. p. 327.

¹⁰⁰ Secondo A. BARBERA, *Introduzione*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, 2003, p. 1 e ss., la nostra Costituzione non parla espressamente di diritto alla vita per evitare un possibile conflitto proprio con l'art. 52 e il dovere di difesa della patria.

determinate, non che sia a priori escluso. Il problema si sposta quindi sul considerare o meno l'esigenza del paziente di ottenere la morte come degna di essere accolta, ma è una valutazione di merito che potrebbe dare luogo anche ad una risposta affermativa, imponendo un'attivazione per esaudire il desiderio del soggetto.

E' poi da notare come non necessariamente la ammissione dell'eutanasia attiva debba portare ad un dovere di uccidere: sarebbe infatti configurabile l'obiezione di coscienza del medico, come peraltro avviene nel caso dell'aborto e della procreazione medicalmente assistita, così da doversi limitare a consentire la pratica, non ad imporla. Peraltro, questo aspetto è previsto in varie legislazioni in tema di eutanasia passiva, quale ad esempio il già ricordato *Natural Death Act* della California.

D'altra parte non sembra concretamente prevedibile il caso di un'assenza totale di medici disposti a compiere l'atto, vista la diffusa accettazione dell'eutanasia nella società contemporanea¹⁰¹; ed in ogni caso, la considerazione in termini di liceità del comportamento del medico sarebbe un passo avanti rispetto alla sua totale negazione.

In secondo luogo si individua come elemento che impedirebbe l'eutanasia l'irreversibilità della decisione e l'assenza di una possibilità di ripensamento fra il momento dell'"ultimo consenso" e l'intervento finale. In questo caso, il problema sembrerebbe spostarsi di nuovo sul piano generale della disponibilità della vita, posto che l'irreversibilità è certamente consentita negli atti di disposizione relativi ad altri beni o diritti ma, sembrerebbe secondo questa impostazione, non della vita. A questo proposito, si può forse notare che sulla base di questo assunto dovrebbe negarsi anche la possibilità dell'eutanasia passiva, dato che anche qui si può verificare una morte immediata o un percorso irreversibile di incoscienza e conseguente morte¹⁰².

Infine, posto che una scelta, se ammissibile, dovrà prima o poi essere fatta in modo definitivo, si potrebbe forse superare il problema con la previsione di un lasso di tempo congruo fra la scelta e l'esecuzione, magari frapponendo un percorso assistito di valutazione che consenta al soggetto di apprezzare ogni aspetto del gesto che sta per compiere¹⁰³.

¹⁰¹ Con ciò non si vuole naturalmente dire che l'eutanasia sia ormai ritenuta lecita nella coscienza sociale, soltanto che non è così avversata da non trovare un medico che sia disposto ad eseguirla.

¹⁰² La tesi dell'inammissibilità per irrevocabilità della scelta è sostenuta da D'ALOIA, *Diritto a morire*, cit., pag. 616; sottolinea il rapporto con l'eutanasia passiva C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, costituzione nell'età della tecnica*, cit., pag. 149.

¹⁰³ Tutte queste obiezioni sono esposte in D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, cit., p. 615 e ss., il quale si oppone al diritto a morire anche sul piano "teorico": "si tratterebbe di uno strano diritto soggettivo: inutilizzabile se non una volta sola è [...]; non giustiziabile rispetto comportamenti contrari [...]. Alla fine, se il risultato di questa costruzione di un diritto costituzionale finisce col esaurirsi nella semplice illegittimità di una legislazione di divieto di tale comportamento, appare eccessivo scomodare la categoria del diritto o della libertà costituzionalmente protetti". Non è chiaro, però, per quale motivo teorico non possano esistere diritti utilizzabili una sola volta, (ammesso che sia vero che non ne esistano: ogni singolo diritto di credito una volta esercitato e soddisfatto si estingue; pertanto è la categoria dei diritti di credito che è utilizzabile più volte, tante quanti sono i diritti di credito che vengono in essere, non il singolo diritto; e non si vede perché ciò non dovrebbe valere anche per il diritto a morire. Quanto poi alla mancata tutela di esso, in realtà questa, più

Queste, in sostanza, le critiche che si possono avanzare alle principali obiezioni sull'eutanasia attiva; ma per tornare a quanto accennato poco sopra, l'elemento forse di maggiore importanza da rilevare è che queste stesse obiezioni possono essere mosse anche nei confronti dell'eutanasia passiva.

In primo luogo, l'antirelazionalità: se chiedere la morte è antirelazionale, parrebbe di poter dire che lo sia sempre, sia che il medico "stacchi una spina", sia che inietti un veleno, sia che prescriva una pillola che il paziente ingerirà. E' ben vero che, si potrebbe sostenere, nel primo caso si esercita un diritto certo, quello di rifiutare le cure, nell'altro caso un ipotetico diritto a morire; ma l'obiezione non pare risolutiva ed anzi, forse rischia piuttosto di "spostare" anche il diritto di rifiutare le cure sul piano dell'antirelazionalità.

In secondo luogo, il dovere di uccidere: se un medico stacca la spina, determina la morte; si potrà sostenere che in questo caso ciò sia lecito in base ad un bilanciamento fra principi contrapposti, ma questo non fa che ammettere l'esistenza, in certi casi, di un dovere di intervenire ben sapendo, oltre ogni ragionevole dubbio, che ciò causerà la morte. E' innegabile che individuare un dovere di distacco delle macchine non significa, formalmente, individuare la doverosità dell'uccidere: a dimostrazione di ciò basta osservare, sempre formalisticamente, che nel primo caso si ha un obbligo di condotta, nel secondo un obbligo di scopo. Ma sostanzialmente, siamo sempre di fronte all'imposizione ad un medico di una condotta con certi esiti mortali per venire incontro ad una volontà di morte di un paziente; ciò sembra essere non molto diverso, sul piano della tutela dei fondamentali valori costituzionali.

In terzo luogo, quanto all'immediatezza dell'evento infausto, già si è detto che ciò può accadere anche nella forma passiva di eutanasia.

Avviandoci verso delle provvisorie conclusioni sul punto, parrebbe di poter dire che, ammesso che non vi è differenza fra rifiuto delle cure tramite il rifiutare le terapie e rifiuto di cure tramite distacco delle macchine, perché entrambi legittimi; che nel caso del rifiuto delle cure tramite distacco delle macchine vi è un coinvolgimento di un terzo soggetto, il quale determina la morte; che tutte le critiche generali all'eutanasia attiva possono essere mosse anche all'eutanasia passiva, fondate o infondate che siano; tutto ciò posto, pare che la conclusione possa essere che l'ammissibilità dell'eutanasia passiva per rifiuto di cure non trovi una così certa distinzione basata sui principi costituzionali rispetto al caso dell'eutanasia attiva in soggetto incapace di procedere autonomamente.

Sotto un secondo profilo, il dubbio che si è avanzato sulla presenza di distinzioni fra le due forme di eutanasia, conduce inevitabilmente alla valutazione del profilo relativo all'art. 3 della Costituzione, che fonda il principio di uguaglianza. Se infatti è legittimo lasciarsi morire, chiedere il distacco dalle macchine anche attraverso l'intervento di un terzo, risulta davvero difficile accettare che un medesimo "obiettivo" non sia ottenibile da un individuo esclusivamente per una situazione di fatto che lo rende incapace di agire autonomamente.

L'art. 3 secondo comma, come è stato notato, presenta una "*caratterizzazione in senso (anche) programmatico*", alla quale possono annettersi varie conseguenze, ovvero "*l'inesauribile mobilità della sua indicazione riequilibratrice, l'ampiezza enorme*

che un indice di inesistenza del diritto, è una conseguenza dell'assunto della sua inesistenza.

dell'orizzonte operativo"¹⁰⁴; esso determina una tensione aperta, teleologicamente pervasiva, che sfocia in tutti i settori del sistema giuridico¹⁰⁵. La dimostrazione ne sono sia le formule impiegate: "rimozione degli ostacoli", "pieno sviluppo della persona", "partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"; sia il concetto stesso di "ostacolo" che non pare riconducibile ad una matrice unitaria, ma anzi si pone come estremamente sfuggente (situazioni di squilibrio, svantaggio, ineffettività, debolezza sociale ed economica), e che non è certamente ricollegabile esclusivamente "a quelle condizioni personali su cui incidono i diritti sociali costituzionalmente garantiti"¹⁰⁶. L'articolo in esame è stato infatti definito "supernorma"¹⁰⁷, nonché "l'articolo formalmente supremo di ogni ordinamento giuridico"¹⁰⁸. Insomma, come è stato autorevolmente sostenuto "i grandi principi, tra cui l'eguaglianza sostanziale, o sono universali o non sono veri principi"¹⁰⁹.

Quanto sopra ricordato, sembrerebbe condurre in tema di eutanasia attiva a conclusioni inevitabili. Converrà precisare che non sembra rilevante affrontare la tematica dell'esistenza o meno di un diritto al suicidio¹¹⁰; pare infatti di poter dire, per quanto si è tentato di mostrare nei capitoli precedenti, che sussiste almeno una libertà di lasciarsi morire, a maggior ragione in casi così peculiari come quello dell'eutanasia attiva. Pertanto, parrebbe di poter dire che l'art. 3, secondo comma, della Costituzione sia in tutto e per tutto applicabile al caso in esame: il soggetto in questione (si pensi al tetraplegico che non vuole più vivere ma non è materialmente in grado di uccidersi da solo, o colui che possa comunicare solo tramite un computer, pur non essendo collegato a macchine salvavita) è senza dubbio un soggetto "debole", o "svantaggiato"¹¹¹, che vuole esercitare una propria libertà che è riconosciuta ad altri i quali, nient'altro che per puro

¹⁰⁴ Così, testualmente, A. D'ALOIA, *Uguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Padova, 2002, p. 65 e ss.

¹⁰⁵ Così L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, p. 320; Nello stesso senso, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati, libertà del terzo*, in, *Politica del diritto*, 1975, p. 601; ID, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 753;

¹⁰⁶ Così testualmente ancora A. D'ALOIA, *op. ult. cit.* p. 66.; Sul punto cfr. anche M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, p. 25 e ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, p. 89 e ss.

¹⁰⁷ Così A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, ed. 1978, p. 167.

¹⁰⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *Marginalità civilistiche*, in N. LIPARI, (a cura di), *Teorie giuridiche e sviluppo della persona*, Roma, 1974, p. 569; Cfr. ancora A. D'ALOIA, *op. ult. cit.*

¹⁰⁹ Così G. U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, relazione tenuta al Convegno dell'associazione italiana dei costituzionalisti su *Eguaglianza e legalità negli ordinamenti contemporanei*, Trieste, 17-19 dicembre 1998.

¹¹⁰ Sul punto, fra i molti, R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 301 e ss.; D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, cit., p. 615 e ss.

¹¹¹ Sul concetto di "debolezza" cfr. l'ampia ricostruzione di L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. CALVIERI, (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, nell'ambito dei *Quaderni della Rivista di diritto costituzionale*, Torino, 2006, p. 35 e ss

caso, ed a differenza di lui, possono esercitarla. Resta davvero difficile pensare che non si tratti di un ostacolo che deve essere rimosso¹¹².

8. Modelli a confronto: comunitaristi vs. individualisti. Indisponibilità della vita e pluralismo.

Se il confronto con le esperienze straniere porta ad individuare, nei modelli ritenuti più impositivi, una situazione di diversità di disciplina legata soltanto ad una distinzione che lascia alcuni dubbi, è opportuno chiedersi il perché. Quale sia, cioè, la costruzione teorica che sta alla base di una così netta chiusura verso le forme attive di eutanasia. A tal proposito, è forse possibile avanzare qualche ipotesi. Pare di poter evidenziare, nella differenza fra modelli permissivi e impositivi, una distinzione profonda quanto alla reale attuazione del principio personalista che dovrebbe essere alla base di ogni costituzione (ed ogni ordinamento) di origine, come si è soliti dire, liberale. Le resistenze ad un completo riconoscimento della signoria del soggetto sulla propria vita si mostrano, infatti, nel percorso che ha portato e sta portando, nel tempo, gli ordinamenti a riconoscere maggiori spazi di autodeterminazione all'individuo, sebbene limitandoli attraverso categorie discutibili. Il possibile motivo di queste "resistenze" è forse da individuarsi nel permanere, come emerge spesso in varie sentenze fra cui anche quelle esaminate più sopra, di un principio generale di indisponibilità della vita rispetto al soggetto, e di una sua sostanziale intangibilità. Il permanere di questo principio porta talora a dover disciplinare, attraverso quelle che paiono delle *fictio*, l'ampiezza delle scelte di fine vita dell'individuo. Nell'esperienza americana, ad esempio, si giunge fino a sostenere, con un'argomentazione che lascia davvero perplessi, che nel caso del rifiuto di terapie il paziente non necessariamente vuole morire¹¹³. Viene davvero da chiedersi quale fosse l'intenzione del sig. Welby o di Miss B, se non scegliere la morte rispetto ad un qualcosa che per loro non era più vita. Ancora, si sottolinea la necessità di proteggere il diritto alla vita dell'individuo ed il principio del non uccidere, come se i medesimi principi non rischiassero, in ipotesi, di essere lesi anche dall'accoglimento del rifiuto di cure con esiti letali. Infine, si afferma l'inesistenza di un generale *right to die*, senza però affrontare in profondità il problema della insussistenza di un *dovere di vivere*¹¹⁴.

¹¹² Cfr., A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 3219; M. AINIS, *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, Milano, 2004, p. 83, il quale, facendo riferimento alle diverse decisioni giudiziarie nei casi di Miss B di fronte all'Alta Corte britannica e Diane Pretty di fronte alla Corte dei diritti dell'uomo, rileva che "viene allora da chiedersi perché mai il suicidio sia giuridicamente lecito, salvo per chi ne venga impedito da una ragione fisica, come era per l'appunto il caso della paralitica Diane Pretty"; Nello stesso senso M. LUCIANI, *Suicidio, diritto dei sani*, in *La Stampa* del 30 aprile 2002.

¹¹³ Così. Come già ricordato si esprime la Corte Suprema americana nel caso *Vacco v.*

Quill.

¹¹⁴ Il riferimento è ancora alla Corte Suprema, ma è estendibile alla *House of Lords* ed in generale al filone giurisprudenziale che queste fondano.

Spesso si espone la dicotomia in relazione alla ammissibilità dell'eutanasia come contrapposizione fra concezioni liberali o comunitariste¹¹⁵, legate rispettivamente ad un'idea di sacralità e indisponibilità della vita o ad un'idea di qualità della vita (che si traducono, in una concezione di vita biologica contrapposta ad una concezione di vita biografica). La domanda che si pone sarebbe perciò quella relativa a chi sia il vero "proprietario" della vita del soggetto, se il soggetto stesso o la collettività¹¹⁶.

In realtà, non sembra che si debba necessariamente ritenere che l'appartenenza all'una o all'altra "teoria sociale" debba automaticamente condurre ad una determinata scelta in tema di ammissibilità dell'eutanasia¹¹⁷. A questo proposito, paiono illuminanti le riflessioni di E. Ferri¹¹⁸, il quale deduce da quello che, pare di poter dire, è un personalismo costituzionale *ante litteram*, la compatibilità della scelta di porre fine alla propria vita con una visione "organicista" della società. Si sostiene, infatti, che l'esclusione di quella che si è definita disponibilità della vita da parte del titolare, sia da imputare ad un duplice ordine di ragioni. In prima battuta, essa si basa su una teoria finalistica e metafisica dell'umanità, cosicché il privarsi della vita costituisce un ostacolo alla realizzazione di questo fine supremo. In un secondo momento, depurando il ragionamento da istanze escatologiche, il principio "laico" che ne deriva sarebbe quello

¹¹⁵ Così, ad esempio, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, cit., p. 170 e ss. Queste categorie costituiscono in realtà una semplificazione in buona parte indebita di una riflessione teorico-filosofica ben più ampia; così come fa l'A. citata, dunque, ce ne serviremo solo incidentalmente al fine di esporre le principali problematiche attinenti all'oggetto di questo studio.

¹¹⁶ La domanda è stata così efficacemente posta nel titolo del film "*Di chi è la mia vita*" (*Whose Life Is It Anyway?*), di R. Badham, Usa, 1981, (su cui vedi *Il Mereghetti. Dizionario dei film 2006*, Milano, 2005, p. 745), che appunto affronta il tema di un tetraplegico che combatte con medici e tribunali per il suo diritto alla morte. E' stato già notato che la problematica dell'eutanasia pone problemi di natura morale e filosofica, che spesso rischiano di mettere "sotto scacco" il giurista. Peraltro, non sembra così sicuro che questo aspetto emerga esclusivamente di fronte a questo tema: come è stato autorevolmente sostenuto, "*i giuristi, che lo sappiano o no poco importa, non possono non affrontare discorsi filosofici, e trarne modi conseguenti di pensare ed agire*". Così G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2005, p. 43.

¹¹⁷ O se si preferisce, che coloro che accettano l'eutanasia siano dei "liberalisti" e coloro che la rifiutano dei "comunitaristi".

¹¹⁸ Cfr. E. FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Roma, Torino, Firenze, 1884, p. 21 e ss.: "*Parrebbe che questo ragionamento avesse dovuto trovare i suoi più caldi fautori in coloro che nelle discipline giuridiche prendono un indirizzo socialista (nel senso non economico o generale della parola), che danno cioè allo Stato la prevalenza sull'Individuo, perché qui appunto si stabilisce quasi una specie di dominio preminente sulla vita individuale. E perciò si potrebbe anche credere che le nuove idee di sociologia, per le quali la società viene considerata come un tutto organico, un vero organismo vivente, dovessero rafforzare quell'affermazione. E tuttavia, è nei più caldi propugnatori dell'individualismo, malgrado il loro principio politico e giuridico che l'individuo è fine a se stesso e non è strumento dei fini dello Stato, che quella affermazione ha trovato le difese più frequenti; ciò che, a mio parere, non si spiega se non pensando alla preoccupazione delle conseguenze, che si pensava sarebbero derivate dalla negazione di quel diritto della famiglia e della società sulla vita dell'individuo, e che si ritenevano immorali od irreligiose, mentre non hanno e non devono avere che un carattere giuridico*".

per cui *“la vita dell’individuo è necessaria alla vita della società, dunque una società ha diritto all’esistenza di ciascuno dei suoi membri”*¹¹⁹. In realtà, non necessariamente le visioni organiciste portano alla preminenza della collettività fino al punto di imporre la vita al singolo individuo. Pur volendosi riconoscere l’aspetto della rilevanza della collettività nella determinazione dell’“essenza” dell’essere umano come essere sociale, così escludendo visioni tipiche di un “individualismo ossessivo”¹²⁰ (e così dichiarandoci “comunitaristi”), non necessariamente se ne deve trarre un’appartenenza della vita del soggetto allo Stato, giacché *“l’individuo ha dei doveri giuridici verso la società soltanto finché vive, ma egli si sottrae ad ogni rapporto giuridico colla società stessa quando rinuncia alla vita in modo assoluto, od anche quando rinuncia soltanto alla vita nel senso di questa stessa società”*. Così, da una prospettiva “comunitarista”, *“la società, finché l’uomo vive e vive in essa sotto la sua protezione, ha diritto di esigere da lui il rispetto dei diritti sociali, come essa ha il dovere di rispettarne i diritti individuali, nei limiti reciproci della necessità; ma la società non ha diritto di imporre all’uomo l’obbligo giuridico di esistere o di rimanere in essa”*¹²¹.

La ricostruzione così descritta non pare “fuori bersaglio” rispetto alla Carta costituzionale; ma non pare neanche in contrasto con i principi fondamentali delle esperienze giuridiche che si sono richiamate a mo’ di comparazione. Non pare revocabile in dubbio l’assunto per cui non può concepirsi una visione del soggetto come strumento per raggiungere fini “superiori”: il principio personalista della Costituzione consente soltanto la limitazione degli interessi individuali per venire incontro ad un opportuno bilanciamento con le esigenze della collettività, il cui scopo è interno alla società stessa, che costituisce lo strumento per lo sviluppo dell’uomo in quanto “valore” in sé. Nessun approccio metafisico, dunque; ma deve negarsi allo stesso modo anche un approccio strumentale “laico” come quello sopra ricordato, che comunque pone un’inaccettabile violazione del già ricordato principio personalista, considerando l’individuo come mezzo perché la società si perpetui.

Sotto questo ultimo profilo, in particolare, non pare individuabile un obbligo di garantire la perpetuazione della specie in capo al singolo individuo: non è concepibile infatti una regolamentazione delle nascite “in positivo” da parte dello Stato. Né pare accettabile l’affermazione per cui se si consentisse a ciascuno di disporre della propria vita nel senso del suo porvi fine si avrebbe, nell’ipotesi in cui tutti si risolvessero in questo senso, la fine della società umana. Questa obiezione è infatti mal posta: se infatti tutti decidessero di suicidarsi (al di là dell’assurdità dell’ipotesi) non vi sarebbe dissenso su nulla, e quindi nessuno porrebbe l’obiezione, né vi sarebbero “danneggiati” da questa scelta (tranne chi ancora non esiste). Questo aspetto pone esattamente la differenza fra l’ammissibilità di una regolamentazione delle nascite in senso limitativo e una in senso “impositivo”, come poco sopra si accennava: nel primo caso, infatti, il decidere di procreare senza limiti determinerebbe possibili “danni” a terzi (si pensi all’ipotesi di scarsità di risorse), che subirebbero gli effetti della sovrappopolazione; nel secondo caso, al contrario, coloro che decidessero di non riprodursi non danneggerebbero nessuno,

¹¹⁹ Così E. FERRI, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁰ Cfr. D. H. CORRADINI BROUSSARD, *Ego immaginale e storia*, Pisa, 1994, p. 203 e ss.

¹²¹ E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 23

posto che chi avesse a cuore la specie umana come valore in sé potrebbe industriarsi autonomamente e liberamente per perpetuarla.

In generale, infatti, la maggior parte dei richiami che certa dottrina avanza a sostegno di una concezione escatologica della vita¹²² risalgono al periodo precedente l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, quando il principio personalista non poteva darsi nel senso comunemente accettato¹²³.

In secondo luogo, pare utile precisare che il "campo d'esistenza" della riflessione in esame è pur sempre *un* ordinamento giuridico, che si pone necessariamente come un'opzione di appartenenza, nonché di condivisione valoriale. Così, come è consentito sottrarsi alla disciplina, anche costituzionale, attraverso l'emigrazione e l'abbandono della cittadinanza, allo stesso modo non può essere negato al soggetto la possibilità di abbandonare l'intera società. Sarebbe infatti assurdo conferire ad un testo costituzionale necessariamente limitato (nello spazio, nel tempo e negli individui a cui si riferisce), l'autorità di escludere la massima possibilità di dissociazione. Del resto, l'equiparazione del suicida all'emigrante non è certo nuova, essendo stata proposta dal Beccaria, e non solo¹²⁴, giacché "*l'emigrazione assoluta (con perdita di ogni notizia) sta alla propria nazione come il suicidio sta alla intera umanità*"¹²⁵.

In questo, la nostra Carta costituzionale sembra offrire agganci normativi non secondari, laddove prevede un diritto di associarsi specularmente comprendente un diritto di non associarsi, (qual'è unanimemente ritenuto essere il contenuto dell'art. 18 Cost.¹²⁶). Naturalmente, non si dubita del fatto che i costituenti non pensassero certo all'utilizzazione della libertà di associazione in questo senso; né che l'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale avesse lo scopo di enucleare un generale principio di recesso dal consesso sociale. Tuttavia, questo può probabilmente dirsi per

¹²² Così si esprime esplicitamente I. NICOTRA GUERRERA, "*Vita*" e sistema di valori nella Costituzione, cit., p. 82.

¹²³ I. NICOTRA GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 82 e 83, ricorda infatti Aristotele, *Etica e Nicomaco*, V, "*La vita non appartiene soltanto alla persona singola ma anche a Dio che l'ha data, allo Stato che se ne giova*"; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini in teoria generale del diritto*, Padova, 1939; V. CAMPOGRANDE, *Il diritto sulla propria vita*, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, p. 84. In alternativa, l'A. ricorda invece dottrina "liberale" secondo interpretazioni discutibili: sostiene l'A che "*La salvaguardia della vita, infatti, non è soltanto tutela delle singole individualità, ma fatto da riconoscere e garantire per assicurare continuità alla organizzazione della collettività*". La conferma sarebbe in J. LOCKE, nei *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, trad. it. Torino, 1968, cap. II, par. 6, p. 242, laddove lo stesso, secondo l'A. "*considera la protezione della vita come finalità prioritaria per cui il gruppo umano si organizza in Stato*". In realtà, lungi dal confermare l'assunto proposto dall'A., il pensiero di Locke pare contraddirlo espressamente, parlando di uno Stato che nasce per tutelare la vita, e non di una vita tutelata per perpetuare lo Stato.

¹²⁴ Cfr. E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 27. E così Montesquieu, nella n. 76 delle sue *Lettres persanes: io sono obbligato a obbedire alle leggi, quando vivo sotto le leggi; ma quando più non vivo sotto di esse, come potrebbero legarmi ancora?*" Analogamente sembra anche M. DOGLIOTTI, *Persone e famiglia*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, p.72.

¹²⁵ Cfr. E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 23

¹²⁶ Sulla libertà di associazione cfr. fra i moltissimi G. GUZZETTA, *Il diritto costituzionale di associarsi*, Milano, 2003.

ogni tentativo volto a ritenere applicabile una disposizione costituzionale al tema dell'eutanasia, che certo, all'epoca, non era presente come adesso nella riflessione giuridica.

Il fondamento di ogni diritto e di ogni "vincolo" giuridico presuppone perciò la volontà di appartenenza ad una collettività, in questo caso quella prevista dalla Costituzione italiana. Finché il soggetto vorrà farne parte, ne dovrà rispettare le regole, anche fortemente incidenti sulla sua libertà personale, in caso di necessità per il bene comune; ma quando ciò non sia più, dovrà essergli consentito di dissociarsene. Non potendo vantarsi un interesse costituzionale alla permanenza in vita dell'individuo che giunga a trascinare in un obbligo di vivere, l'ordinamento dovrà, in attuazione di un'istanza autenticamente personalista, consentire l'esercizio della libertà negativa di associazione, proprio perché, con la nascita dell'individuo, *"la società non acquista sul cittadino altro diritto da quello [...] ch'egli si presti al bene comune (od almeno non lo impedisca finché vive). La libertà di lui non può trovare altro limite che il necessario vivere civile: e nella società egli non è in rapporto da servo a padrone, ma da socio a socio"*¹²⁷.

Un personalismo compiutamente attuato, pertanto, dovrebbe portare gli ordinamenti che accolgano questo principio a consentire, attraverso opportuni strumenti di tutela e controllo, la libera decisione dell'individuo in ordine al come e al quando della fine della propria vita.

Illuminanti e, ci pare, conclusive, sono le parole utilizzate dalla Corte costituzionale colombiana nella già citata sentenza del 1997, secondo la quale, *"se il modo in cui [gli individui] considerano la morte riflette le loro convinzioni, [essi] non possono essere costretti a vivere quando, per le circostanze estreme nelle quali si trovano, non lo stimano desiderabile né compatibile con la loro dignità, con l'inalterabile argomento che una maggioranza lo stima un imperativo religioso o morale"*.

¹²⁷ Così L. TOLOMEI, *Corso di diritto naturale*, Padova, 1855, II ed., § 675, citato da E. FERRI, *op. cit.*, p. 28, il quale così continua *"Giacché, in ultima analisi, codesto dominio della società sulla esistenza di ciascuno individuo, non potrebbe appunto assumere un vero e proprio carattere giuridico, se non quando si trasportasse nei rapporti da individuo a società quel vincolo di schiavitù che in altri tempi si ammetteva da uomo a uomo"*.

Forum di Quaderni Costituzionali

Costituzionali