

Progresso bio-tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita.

di Fernando Puzzo *

(testo rielaborato dell'intervento al Convegno internazionale "Del diritto alla vita", organizzato dalla Università di Messina e dalla Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Messina, 24-25 marzo 2011)

Sommario: 1. Considerazioni introduttive con riguardo al prisma dei rapporti tra diritto e scienza. 2. Il ruolo della Costituzione e del diritto costituzionale. 3. Una breve approssimazione giuridico-costituzionale al tema del fine vita: principi di diritto e profili sostanziali. 3.1. Le garanzie costituzionali e il ruolo della riserva di legge. 3.2. Luci e ombre a proposito della necessità della legge per dichiarare il rifiuto di ogni atto medico, oltre l'accanimento terapeutico. 3.3. La dignità e la libertà della persona: l'art. 32 della Costituzione e i limiti alla legge.

1. Considerazioni introduttive con riguardo al prisma dei rapporti tra diritto e scienza.

Nel corso degli ultimi anni appare con tutta evidenza il forte sviluppo delle scoperte scientifiche in campo biologico, oltre che la loro diretta applicabilità in medicina e dunque sull'uomo: l'ingegneria genetica, i procedimenti di clonazione, la fecondazione artificiale, l'eutanasia, l'accanimento terapeutico, la brevettabilità delle scoperte tecnologiche, la libertà di cura, i rischi di discriminazione genetica, rappresentano solo una parte delle tante problematiche su cui si domanda ormai da più parti una disciplina giuridica più aggiornata e attenta. L'evoluzione della scienza ha investito le basi elementari della natura vivente, i confini dell'individualità biologica umana (nascita e morte) e il loro stesso significato, alimentando aspettative di speranza e inquietudini, finendo così per portare tali temi problematici di là del campo degli addetti ai lavori, verso il mare aperto del dibattito pubblico e delle sue coordinate etiche, sociali, politiche. Infatti, è ormai manifesta l'accresciuta sensibilità al tema della vita, sia prima del distacco dall'utero materno sia a quello del progressivo deperire delle energie vitali, che oggi possono essere, anche per lungo tempo, mantenute dai progressi della tecnologia in una sorta di limbo che non è pienamente vita (nel senso che non è più la vita di chi autonomamente opera come individuo consapevole, immerso in attive relazioni sociali) e, tuttavia, non è ancora la fine; esso costituisce quindi un processo, un progressivo venire al mondo, un altrettanto inesorabile itinerario del suo abbandono, salva l'eventualità di un decesso istantaneo.

L'esperienza giuridica è attraversata in pieno da queste nuove tensioni, le sue categorie tradizionali (come il concetto di persona, l'autonomia individuale, la nozione di discriminazione, il rapporto delle azioni umane con lo spazio e con il tempo, ecc.) subiscono un effetto di spiazzamento e di riformulazione, che sembra quasi richiedere la configurazione di un 'nuovo diritto', appunto un 'bio-diritto', ove il rapporto tra ordinamento giuridico, persone fisiche, idee di vita, sia costruito secondo basi e modelli inediti, di reciproca permeabilità.

Il rapporto tra diritto e scienza bio-tecnologica appare pertanto particolarmente complicato ed eterogeneo, posto che esprime innanzitutto un rapporto tra due "incertezze"¹; il sapere scientifico è intrinsecamente un sapere sottoposto a costante aggiornamento e rivisitazione, un segmento della conoscenza con enormi margini di discrezionalità e molteplici prospettive di analisi, e questi connotati di 'mobilità' e di 'provvisorietà' si ripercuotono sulla formazione del diritto, sia legislativo che giurisprudenziale, e sui punti di equilibrio tra le due dimensioni².

Difatti, l'accelerazione dello sviluppo delle scienze biologiche ha permesso che la ricerca

¹ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto Pubblico* n. 2/2004, p. 411.

² M. VOLPI, *Introduzione*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, p.1.

applicata, con le sue immense potenzialità, superasse il livello della riflessione giuridica ed etica, lasciando gli ambiti interessati in una situazione di estrema incertezza; un'incertezza a cui il sistema giuridico complessivo, legato a concetti in parte inadatti o superati, non riesce ancora a rispondere con piena efficacia: in definitiva, si è in presenza di un diritto sempre più in difficoltà di fronte alle incalzanti evoluzioni della biotecnologia, le cui categorie concettuali tradizionali mostrano sempre più la propria inadeguatezza ad accogliere al proprio interno le nuove realtà da queste indotte e assolutamente imprevedibili fino a pochi anni orsono.

Di fronte all'incertezza scientifica, non appare più sicuro il diritto, troppo lento nei suoi meccanismi conoscitivi e di adeguamento in rapporto alle accelerazioni della conoscenza scientifica e delle applicazioni tecnologiche, e soprattutto in difficoltà a mediare non solo tra le acquisizioni scientifiche e le posizioni sociali e politiche, quanto – all'interno di queste – tra diversi modelli etici, religiosi, ideologici di riferimento.

Tutte le principali categorie del diritto sono, in diversa misura e modo, investite dal cambiamento scientifico in ragione del rapido evolversi delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, del loro continuo ampliamento e il crescendo di orizzonti applicativi che dischiudono, che si riflettono inevitabilmente per diversi profili nel campo del diritto; s'introducono, cioè, sempre nuove esigenze di regolazione anche in ambiti in passato impensabili³.

In generale, la scienza può essere *oggetto del diritto* e cioè oggetto di disciplina giuridica, oppure *strumento del diritto*, così che i rapporti tra scienza e diritto sono diversi a seconda che ci si trovi nell'uno o nell'altro contesto.

La scienza è oggetto del diritto quando il diritto disciplina alcune pratiche scientifiche (o scientifiche e tecniche), e, in questo caso, le questioni principali che rilevano attengono ai limiti entro i quali la scienza può essere "*saisie par la droit*", e ai criteri che devono ispirare il regolatore del fenomeno scientifico⁴.

La realtà, però, non è soltanto mutevole e, come tale, sfugge continuamente agli schemi nei quali si vorrebbe costringerla: è pure straordinariamente ricca, e non può essere compresa con le vecchie categorie⁵.

A fronte dei molti problemi sollevati dalle biotecnologie, il diritto è prevalentemente afono, esso appare costantemente scavalcato dalla scienza, tanto che, sebbene le regole giuridiche cerchino sempre di inseguire il progresso scientifico (normandone i risultati), il loro sforzo risulta disperato, poiché quel progresso non è (interamente) prevedibile nei tempi e negli sviluppi, con la conseguenza che lo strumentario del giurista e dello stesso legislatore si mostrano costantemente e fatalmente inadeguati⁶.

Tuttavia, è vero che di fronte alla potenza della tecnica si registra una difficoltà di metabolizzazione giuridica dell'innovazione scientifica e tecnologica, parallela alla difficoltà di metabolizzazione sociale di novità, come quelle riguardanti la procreazione assistita o i diversi usi del corpo e delle sue parti⁷, tuttavia è anche vero che la scienza non riesce mai a sfuggire interamente al diritto. Cosicché, se grandi sono le difficoltà che s'incontrano nel normare i nuovi processi determinati dallo sviluppo scientifico, non sono meno grandi le difficoltà dello sviluppo scientifico nel sottrarsi alla pretesa regolativa da parte del diritto, nella fase della ricerca, della sperimentazione, dell'applicazione, dello sfruttamento economico.

L'influenza non distruttiva dell'innovazione scientifica e tecnologica sul diritto può essere messa in evidenza dal fatto che proprio per le nuove tecniche si è avuta una proliferazione straordinaria di regole, la creazione di un vero e proprio nuovo diritto, la rigenerazione di

3 H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, (trad. it.) Torino, 1990, p. XXVII.

4 M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 619.

5 Cfr., S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, p. 9.

6 M. LUCIANI, *Relazione di sintesi ... cit.*, p. 620.

7 S. RODOTA', *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. COMANDÈ-G. PONZIANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004, p. 398, ss.

diritti classici come la *privacy* e l'invenzione di tutta una serie di diritti nuovi che hanno comportato l'arricchimento del patrimonio della persona: inoltre, quell'innovazione non solo ha aperto all'intervento normativo aree dalle quali prima era escluso, ma ha pure modificato dinamiche interne al sistema giuridico. Si è via via individuato un insieme di principi e di valori "aggiunti", per la loro capacità espansiva di là dall'ambito delle tecnologie⁸.

Il codice giuridico è continuamente sfidato dal codice tecnologico, e perciò deve comporsi in modo tale da cogliere in quest'ultimo le opportunità che consentono di utilizzarlo in conformità ai valori ed ai principi fondativi dell'ordinamento.

Accanto a questa vicenda bisogna registrarne un'altra, che ha visto l'innovazione scientifica e tecnologica irrompere nel diritto della vita e della sua fisicità, nel suo investire il corpo. Qui il diritto deve fare i conti non solo con un mutamento culturale, ma soprattutto con una radicale trasformazione di un suo storico paradigma di riferimento, quello della naturalità. L'innovazione scientifica e tecnologica, segnando il passaggio da situazioni dominate dal caso a situazioni governate dalla scelta, ha avuto l'effetto di evidenziare la scomparsa di leggi "naturali" che, per la loro immodificabilità, esoneravano dall'obbligo di pensare ad una possibile legge "giuridica" in quel settore.

È proprio da questa nuova situazione si ha la necessità di riflettere su un mondo mutato da cui il diritto deve prendere le mosse, valutando quale debba essere la sua misura⁹. Sicché l'innovazione scientifica e tecnologica ha posto il problema della considerazione integrale della persona in un ambiente profondamente mutato, finendo per cambiare, in questa prospettiva, le griglie concettuali utilizzate. Per descrivere i cambiamenti determinati dalla progressiva attrazione nell'ambito giuridico di tematiche prima affidate soprattutto alla riflessione etica si è cominciato a parlare di "biodiritto".

Invece, la scienza è strumento del diritto quando il diritto se ne avvale, facendola in qualche modo propria, e in tal caso s'impone il problema delle norme tecniche e della loro giuridificazione, sul cui sfondo si agita soprattutto la questione della natura delle norme tecniche e della loro giustiziabilità¹⁰.

La capillare presenza della scienza nella vita quotidiana e la dipendenza tecnologica che ha plasmato le società contemporanee trovano anche nel diritto un diretto riscontro.

In un mondo in cui l'inizio e la fine della vita non sono più determinati soltanto da "eventi di natura"; ove anche l'appartenenza di genere non è più un dato incontrovertibile, ma è anch'esso soggetto a manipolazione; in cui le tracce dell'agire umano possono essere individuati dopo svariati anni grazie alle capacità d'indagine di un ristrettissimo novero di tecnici: in un mondo di tale complessità tecnologica anche il contenuto dei diritti ormai ha subito un profondo mutamento. I diritti della personalità (l'identità sessuale, la procreazione, gli atti di disposizione del proprio corpo, il riconoscimento e il disconoscimento dei figli), la *privacy*, il diritto alla salute, il diritto alla difesa, il diritto di proprietà intellettuale, questi e tanti altri profili dei diritti fondamentali sono stati profondamente incisi dalle acquisizioni della scienza e delle tecnologie¹¹.

Tutto ciò si riflette immediatamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ponendo il giudice in una posizione di "dipendenza necessaria" dai risultati della scienza¹².

Il cammino congiunto del diritto e dello sviluppo scientifico (in generale, e particolarmente sul terreno delle bio-tecnologie) appare talmente intrecciato che non è facile capire quando siamo di fronte a situazioni di "regolazione giuridica della scienza", in cui il diritto svolge una funzione preponderante di legittimazione del sapere scientifico, di definizione

8 S. RODOTA', *Diritto, scienza, tecnologia ...* cit., p. 400.

9 S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Roma, 2006, p. 15.

10 M. LUCIANI, *Relazione di sintesi ...* cit., p. 619.

11 R. BIN, *La Corte e la scienza*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1-2.

12 È un fenomeno ben noto, da tempo studiato nell'ambito del processo civile e penale, che spesso mette in crisi il concetto stesso di giurisdizione. Nella sentenza n. 121/1999, avverte la Corte "La consulenza tecnica d'ufficio è strumento sovente indispensabile per l'esercizio della giurisdizione, quando bisogna attingere a conoscenze scientifiche per dirimere le controversie che il giudice è chiamato a decidere".

dei suoi limiti di azione e del contesto amministrativo e burocratico; ovvero, a casi in cui è la scienza a “dettare il tempo”, ad imporre direttamente o indirettamente determinate soluzioni normative o giurisprudenziali, in cui – in altri termini – è “il diritto ad essere regolato scientificamente”.

Si è parlato, con una formula assai efficace, di “co-produzione” del diritto¹³, come attività complessa nella quale la scienza e il sapere tecnologico svolgono un ruolo attivo, che oltrepassa la mera funzione di presupposto tecnico di esercizio della discrezionalità normativa o interpretativa; in altre parole, l’adozione di un modello scientifico si traduce quasi immediatamente, e nonostante la sua non definitività, in un criterio di decisione giuridica di un caso o di una fattispecie più generale, che restano tuttavia controversi ed esposti a nuove sintesi conformative.

Si pensi ai problemi legati al trattamento clinico del paziente in SVP (stato vegetativo permanente): in molte prospettazioni (anche della giurisprudenza¹⁴), a prescindere dalla divisibilità o meno del criterio, la scelta tra sospendere la nutrizione e l’idratazione artificiale, ovvero continuare il trattamento, sembra dipendere dalla configurazione scientifica di queste tecniche, e dunque se possono essere considerati interventi terapeutici o meno.

D’altra parte si pensi alla questione della definizione dello stato di morte. Il nostro ordinamento ha adottato normativamente il criterio della morte cerebrale legata alla cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo¹⁵; e da questa premessa sono fatte derivare una serie di conseguenze rilevantissime, tra l’altro, in tema di ammissibilità pratica dei trapianti di organo¹⁶, che costituiscono ambedue un altro dei ‘nodi’ di grande rilievo per la bioetica.

Benché la scienza sia entrata in tanta parte delle scelte di *public policy*, la tematizzazione specifica dei problemi che essa pone dal punto di vista giuridico e politico, come pure l’elaborazione di garanzie specifiche, sono largamente *in fieri*¹⁷.

Tanto premesso, la necessità di non fare unicamente appello alla verità della scienza quale elemento di legittimazione giuridica acquista particolare evidenza quando le conoscenze scientifiche risultino intrinsecamente incerte e possano diventare fonte di rischi.

Il progresso della scienza avviene attraverso sempre nuovi dubbi e nuove soluzioni, e dunque il dubbio è altrettanto permanente quanto la certezza¹⁸.

Sempre più spesso la comunità scientifica, chiamata a pronunciarsi su temi da sottoporre a regolazione normativa, non è in grado di esprimere posizioni certe e univoche, ma presenta tesi disparate e divergenti. L’espressione “incertezza della scienza” allude a varie forme di indeterminazione del sapere in campo scientifico: la complessità delle conoscenze, la mancanza o l’insufficienza dei dati, l’imprevedibilità degli esiti, il carattere stocastico delle previsioni in molti settori di indagine naturalistica. Questa incertezza della scienza rende particolarmente delicata la posizione di chi, investito del compito di intervenire giuridicamente e trovandosi di fronte a una pluralità di descrizioni e previsioni eterogenee, debba scegliere la tesi da privilegiare in via normativa.

L’emergente sistema giuridico dell’innovazione scientifica e tecnologica quindi deve fare anche spazio alla disciplina del dubbio e dell’incertezza, collegata alla necessità di eliminare, o almeno ridurre in modo significativo, i rischi individuali e collettivi dell’innovazione soprattutto quando l’innovazione scientifica può mettere in gioco i beni

13 M.C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in A. SANTOSUOSSO-G. GENNARI, *Le questioni bioetiche davanti alle Corti, Notizie di Politeia*, n.16/2002, p. 126 ss.

14 Cfr., ad esempio, la decisione della Corte d’Appello di Milano nel noto caso di E. Englaro.

15 Si veda la legge n. 578/1993.

16 Si veda la legge n. 91/1999.

17 M.C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in A. SANTOSUOSSO-G. GENNARI, *Le questioni bioetiche ... cit.*, p. 130.

18 A. CERRI, *Diritto-Scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ-G. PONZIANI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 368.

dell'uomo. In ciò si coglie un mutamento nella valutazione del paradigma scientifico, non più considerato produttore di certezze, ma continuamente accompagnato anche dall'opposta considerazione dell'incertezza degli effetti delle scoperte. Questa è pure la conseguenza di un mutamento dello statuto sociale della ricerca scientifica, sempre più dominata dalla logica del mercato e dalle esigenze di profitto, che inducono a cercare immediate utilizzazioni pratiche delle scoperte anche prima di averne accertate tutte le eventuali conseguenze dannose.

2. Il ruolo della Costituzione e del diritto costituzionale

Il diritto costituzionale offre un quadro in cui cercare e, forse, individuare principi orientativi anche per quei temi che coinvolgono aspetti della bioetica¹⁹.

La Costituzione italiana tratta espressamente dei diritti inviolabili dell'uomo e della libertà personale (artt. 2 e 13), di eguaglianza e di sviluppo della persona umana (art. 3), di pari dignità sociale e di dignità umana come limite all'iniziativa economica privata (artt. 3 e 41), di libertà religiosa e di eguale libertà delle confessioni religiose (artt. 19 e 8) ma anche di indipendenza e sovranità, nei rispettivi ordini, di Stato e Chiesa cattolica (art. 7), di promozione della ricerca scientifica e tecnica, e della libertà della scienza (artt. 9 e 33), di tutela del paesaggio e, si è dedotto, dell'ambiente (art. 9), della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29) (ma anche del diritto di sposarsi, ex art. 9 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), del diritto-dovere di mantenimento ed educazione dei figli e della protezione della maternità e dell'infanzia (artt. 30 e 31), della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e della generale volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32), di soggezione dei giudici soltanto alla legge e di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 101). Nella ripartizione di competenze fra Stato e regioni, inoltre, l'art. 117 Cost. dispone che lo Stato abbia legislazione esclusiva sullo stato civile, sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e sulla tutela dell'ambiente, mentre sono comprese fra le materie di legislazione concorrente la ricerca scientifica e tecnologica, la tutela della salute e la valorizzazione dei beni ambientali.

Appare, dunque, con evidenza come non manchino i riferimenti per una disciplina costituzionale in ordine alle tematiche bioetiche. Ma un primo problema è rappresentato dal fatto che lo stesso diritto costituzionale, se vuole mantenersi fedele al pluralismo dei valori racchiusi nella Carta fondamentale, non riesce a dare sempre risposte univoche, certe, valide una volta per tutte²⁰. I suoi parametri per una disciplina delle questioni bioetiche, come appena richiamato benché non siano poche²¹, sembrano prestarsi a diverse chiavi di lettura, nell'ambito delle quali il principio-valore di volta in volta evocato (vita, salute, autonomia individuale, consenso informato, solidarietà, dignità umana e sociale) appare idoneo a sostenere opzioni interpretative e scelte "anche molto distanti tra di loro"²².

In tale ottica, la Costituzione si pone come massimo "arbitro normativo" dei conflitti sociali e politici, finendo così col diventare una sorta di *jolly* che ciascuna "squadra" può utilizzare per legittimare le proprie posizioni e le proprie esigenze. Così che in questo gioco di adattamento delle formule costituzionali²³, il rischio è di uno svuotamento parziale della loro forza, almeno di quella forza che anche in questi casi appaiono in grado di esprimere.

19 Sui rapporti fra Costituzione e bioetica e sulle possibili diverse interpretazioni, si vedano: AA. VV., *Forum bioetica e Costituzione, ospitato nella Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 295; G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto*, Torino, 1993, p. 29; P. CAROTTINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR, *Bioetiche in dialogo*, Milano, 1999.

20 E. BOARIO, *Bioetica e diritto*, in G. MARINI (a cura di), *Bioetica e diritto penale*, Torino, 1998, p.108.

21 C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2005, p. 6 ss.

22 V. BALDINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche costituzionali*, Torino, 2004, p. 10.

23 V. BALDINI, *Introduzione ... cit.*, p.12

Per alcuni profili, la Costituzione pare poter esprimere, anche con riferimento alle tematiche bioetiche, un significato di base, per così dire, di primo livello. Sembra contenere, in altri termini, un nucleo duro di principi direttamente applicabili che costituiscono una sorte di *minimum* comun denominatore (ancora) dotato di autorevolezza e in grado di fornire una base sufficientemente chiara, coerente, condivisa ed efficace per una quantomeno parziale formazione e legittimazione del biodiritto²⁴.

L'art. 32, secondo comma, Cost., ad esempio, fonda un principio cardine in ambito sanitario: il cd. consenso (che significa anche dissenso) informato. Il testo della disposizione, infatti, non pare lasciare alcuno spazio per imporre trattamenti sanitari non espressamente previsti da legge che siano liberamente accettati dal paziente²⁵. Anche a voler prescindere dal carattere rinforzato della riserva di legge prevista, che fa riferimento ad una delle formule (rispetto della persona umana) più controverse di tutto il bio-diritto, il testo ed il significato della disposizione escludono la legittimità, in mancanza appunto di una disciplina legislativa, dell'imposizione di trattamenti sanitari contro la volontà del soggetto²⁶. La legittimità o addirittura la doverosità dell'imposizione di misure anche di sostegno vitale in assenza di una legge in materia non possono quindi considerarsi compatibili con il quadro costituzionale, oltre che con uno dei principi cardine della famiglia giuridica di appartenenza²⁷. E a conferma di tale diritto costituzionale all'autodeterminazione, si può interpretare anche la posizione di chi, per impedire che la nutrizione e l'idratazione artificiale vengano interrotte in pazienti anche in stato vegetativo permanente, non revoca in dubbio il diritto al rifiuto delle cure, ma il fatto che tali metodi di sostegno non siano qualificabili tecnicamente come "trattamenti sanitari" e che quindi non facciano parte del bene protetto dalle fonti giuridiche, oltre che deontologiche ed etiche, sul consenso²⁸.

La libertà di coscienza costituisce un altro profilo su cui il diritto costituzionale può dare indicazioni chiare, precise e vincolanti. Intesa come «relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso» trova fondamento in una lettura sistemica degli articoli 2, 19 e 21 della Costituzione offerta dalla Corte costituzionale in una serie di sentenze²⁹. Su questa base, sarebbe incostituzionale, ad esempio una legge che non garantisse al personale sanitario il diritto di non intervenire in materie "eticamente sensibili" (si pensi all'interruzione volontaria di gravidanza, alla procreazione medicalmente assistita o all'atto di sospensione di un trattamento di sostegno vitale) e questo anche a scapito di rischiare che determinati interventi siano svolti da una minoranza anche esigua del personale sanitario.

Altri temi su cui pare essersi decantato un sufficiente grado di condivisione anche su basi costituzionali riguardano il diritto a determinate prestazioni sanitarie essenziali, l'alleviamento della sofferenza e la palliazione, la condanna delle cure futili³⁰.

I problemi, tuttavia, riemergono non appena si abbandoni questo primo livello per cercare

24 C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo*, op. cit., p. 8.

25 Il testo recita: «Nessuno può essere obbligato a 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».

26 Il fondamento del principio (anche costituzionale) del consenso, infatti, pare consistere nel fatto che la scelta sull'an del trattamento sia di carattere personale e possa essere quindi motivata non solo da motivi oggettivi di ordine medico-sanitario, ma anche, e talvolta soprattutto, da criteri individuali più complessivi di carattere morale che fanno riferimento all'auto-percezione di sé, del proprio corpo, della propria immagine, della propria vita.

27 Il riferimento alla vicenda delle emotrasfusioni nei confronti dei Testimoni di Geova può far riflettere sul ritardo con cui un chiaro principio costituzionale ha ricevuto applicazione, e applicazione non ancora completa.

28 Al riguardo si veda il parere sulle dichiarazioni anticipate di trattamento emesso nel dicembre del 2003 dal Comitato nazionale per la bioetica (p.11) in cui è riassunta la posizione di alcuni componenti del collegio, i quali sostengono che l'alimentazione e l'idratazione artificiale «quando non risultino gravose per il paziente, costituirebbero invece, atti eticamente e deontologicamente doverosi, nella misura in cui – proporzionati alle condizioni cliniche – contribuiscono ad eliminare le sofferenze del malato terminale e la cui omissione realizzerebbe una ipotesi di eutanasia passiva», in <http://www.governo.it/bioetica/pdf>.

29 Si tratta delle sentenze n. 409 del 1989 e n. 467 del 1991. Al riguardo, in generale, cfr. E. ROSSI, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, p. 257.

30 Sul diritto alla salute si vedano, fra i molti, i contributi all'interno di L. CHIEFFI, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003.

di trovare una disciplina su ambiti di maggior complessità. Se le indicazioni su base costituzionale a questo ulteriore livello sono numerose, il segno da dare alle stesse dipende da criteri ampiamente soggettivi e, effettivamente il grado di condivisione delle interpretazioni e la certezza del diritto giungono a livelli di rarefazione insostenibili.

Il diritto costituzionale viene incalzato dal progresso bio-tecnologico e dalle sue applicazioni a cominciare dai suoi materiali di fondazione: i diritti (e i doveri) fondamentali, che ne rappresentano la cifra assiologica prioritaria.

‘Nuovi’ diritti e nuove proiezioni contenutistiche delle figure ‘classiche’ del personalismo costituzionale (vita, autonomia individuale, salute, libertà fisica e morale, protezione dalle discriminazioni) si manifestano in forme assolutamente magmatiche e prive di linearità³¹.

I nuovi strumenti tecnologici creano o alimentano rivendicazioni inedite, che prendono la copertura semantica e la forza giuridica dei diritti (si parla espressamente di “diritti bioetici”): sia perché aprono spazi di fattibilità ad istanze prima non praticabili (si pensi al diritto di “cambiare sesso”, che a sua volta ha aperto la strada a tutta una serie di nuove configurazioni della libertà e dell’identità sessuale; o al diritto di procreare con tecniche non naturali); sia perché appaiono in grado di incidere sul senso stesso dell’identità umana e dell’esperienza relazionale delle persone, producendo in qualche caso logiche paradossalmente ‘resistenziali’ o preoccupazioni di tipo discriminatorio.

Il “diritto di morire”, in fondo, non è una reazione, o meglio una riappropriazione del controllo sulle fasi finali della propria esistenza, a fronte di una tecnologia che consente forme di sopravvivenza private di qualsiasi percezione o coinvolgimento cognitivi (si pensi soprattutto ai casi di SPV)?

Queste nuove linee di approfondimento del linguaggio dei diritti, come è probabilmente inevitabile per ogni prospettiva di avanzamento e di ridefinizione degli spazi di libertà e di autonomia, non intervengono però in un ambiente ‘vuoto’, ma vengono a confrontarsi e spesso a scontrarsi con le istanze e i modelli concreti di tutela già presenti³².

Peraltro, le situazioni soggettive connesse allo sviluppo delle tecnologie della vita evidenziano una dimensione intrecciata, nel senso che il conflitto interpretativo è in realtà un conflitto tra differenti traduzioni interpretative del medesimo sfondo assiologico.

Richiamando ancora una volta, ad esempio, il cd. “diritto di morire”, appare evidente che le ragioni che lo sostengono, così come gli argomenti che ad esso e alla sua configurazione giuridica si contrappongono, muovono da opposte o comunque differenti concezioni dello stesso valore della vita e dei suoi significati oggettivi, relazionali, cognitivi, ‘di qualità’.

Questi sono solo accenni della straordinaria complessità che le tematiche biotecnologiche impongono alla norma e alla cultura costituzionale, sottoponendo le sue categorie principali ad una serie di torsioni e di bilanciamenti inediti, che mettono a confronto concezioni della vita e concezioni dell’autonomia individuale, la salute come diritto individuale e interesse collettivo, il diritto di procreare anche con metodi non naturali con l’interesse del nascituro o la configurazione della famiglia, le logiche del mercato e la protezione della salute, i diritti e i bisogni di oggi, tra cui certamente l’esigenza e la libertà della ricerca scientifica.

Ora, di fronte alla non univocità di traduzione di molti dei valori richiamati, è difficile rintracciare nel livello normativo costituzionale indicazioni risolutive in un senso o nell’altro. Il quadro complessivo delle posizioni e delle esperienze normative sembra lontano dall’esprimere soluzioni e linee ricostruttive consolidate, se non per alcuni profili, quali (tra gli altri) il diritto a rifiutare consapevolmente le cure, anche fino alle estreme conseguenze, e dal lato opposto il divieto di pratiche eutanasiche non volontarie³³.

31 S. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, p. 291.

32 S. PACE, *Diritti ‘fondamentali’ al di là della Costituzione?*, in *Politica del Diritto*, 1993, p. 8.

33 G. CHIEFFI, *Riflessioni di un biologo sulle “norme in materia di procreazione assistita”*, Roma, 2005, pp. 4-5

3. Una breve approssimazione giuridico-costituzionale al tema del fine-vita: principi di diritto e profili sostanziali.

Appare evidente come l'oggetto della riflessione prospetti una problematica di grande complessità, ma al contempo di altrettanta delicatezza; e dunque nell'affrontarlo, in via preliminare, si impone una trattazione analitica della questione, che conduce a separare i profili di maggiore problematicità, così da trattarli distintamente nel tentativo di non ingenerare confusione³⁴.

In tale ottica, pertanto, conviene distinguere i profili dei possibili piani di analisi, dagli aspetti di sostanza, e quindi approcciarsi alla problematica privilegiando il punto di vista giuridico-costituzionale³⁵.

Quanto ai primi, e cioè ai molteplici piani di analisi, è noto come la questione possa considerarsi ricorrendo a diverse chiavi di lettura che concernono la dimensione morale/religiosa, ovvero il piano della bioetica, piuttosto che lo strumentario deontologico, od ancora quello giuridico; con riguardo ai profili di sostanza, d'altro canto, vengono in rilievo taluni aspetti che sono da ricondurre all'interpretazione giuridico-costituzionale, allorché ci si interroghi, nella prospettiva *de jure condendo*, sui temi che, in sintesi, vanno dal diritto al rifiuto del capace alla ricostruzione della volontà dell'incapace, ma anche sulle argomentazioni riguardo alla disponibilità del bene vita od anche sulla definizione dell'accanimento terapeutico, la nutrizione e l'idratazione artificiali.

Ora, trattando la questione dall'angolo visuale giuridico-costituzionale, si conviene di focalizzare l'interesse sugli aspetti di sostanza, e ciò a partire dall'irreversibilità dello stato vegetativo e dalla ricostruzione della volontà.

A tale riguardo, innanzitutto bisogna richiamare quei principi di diritto sanciti dalla giurisprudenza della Cassazione³⁶, in base alla quale il giudice avrebbe potuto autorizzare (non ordinare) la disattivazione della nutrizione e dell'idratazione artificiali – previa richiesta del tutore in contraddittorio con il curatore speciale – a fronte dell'esistenza di due specifiche condizioni: a) il carattere irreversibile dello stato vegetativo, in base agli standard medico-scientifici internazionali; la ricostruzione della volontà della persona, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti relativi alla sua personalità, stile di vita e concezione della dignità, ma tuttavia tali principi presentano un certo tasso di problematicità oggettiva, e quindi non possono assumersi come pacifici. A tale proposito, rispetto ad un possibile problematico contrasto tra una "giurisprudenza creativa" e l'esistenza di "materiale normativo rilevante per la decisione", di cui alla suddetta sentenza n. 21748/2007 della Cassazione, rileva l'ordinanza della Consulta n. 334/2008³⁷, in sede di

34 Per una trattazione generale in tema di testamento biologico, tra altri, si veda F. G. PIZZETTI, "Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona", Milano, 2008.

35 Sul punto, cfr. C. CASONATO, "Introduzione al biodiritto", (seconda edizione), Torino, 2009.

36 In proposito, si vedano le sentenze della Cassazione (sezioni unite) nn. 21748 del 2007 e 27145 del 2008.

37 Con riguardo alle vicende che hanno caratterizzato il caso Englaro bisogna ricordare peraltro che hanno poi fatto seguito i ricorsi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica innanzi alla Corte Costituzionale volti a far valere il conflitto di attribuzione nei confronti della Corte di cassazione con riguardo alla n. 21748 del 16 ottobre 2007 e della Corte di appello di Milano in riferimento al decreto del 25 giugno 2008), in particolare, sostenendo che i suddetti atti giurisdizionali avrebbero "creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non desumibili dall'ordinamento vigente mediante il ricorso ai criteri ermeneutici disponibili in capo al giudice, mettendo così in questione il ruolo del giudice e della connessa funzione interpretativa-creativa. Il conflitto piuttosto sembra aver assunto il significato di una nuova schermaglia tra potere politico e magistratura. La Consulta nega decisamente la sussistenza del requisito oggettivo per l'instaurazione dei conflitti sollevati, adottando l'ordinanza n. 334/2008, la quale che costituisce una vera e propria ricostruzione di ognuna delle fattispecie fattuali e normative richiamate dalla vicenda. Con specifico riguardo al tema della interruzione del trattamento, la Corte sottolinea che la stessa può essere disposta soltanto "a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona". Con riferimento al fatto che l'autorità giudiziaria avrebbe "proceduto all'auto produzione della disposizione normativa", il giudice costituzionale afferma che non rileva la sussistenza nella specie di dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di

conflitto di attribuzione, in base alla quale il nostro ordinamento contiene già alcuni principi in materia di fine della vita, e tuttavia a volte ignorati.

Infatti, con riguardo al diritto al rifiuto e alla disponibilità/indisponibilità del bene vita, *in primis* bisogna sottolineare l'esistenza di un principio di relativa, o parziale o condizionata, disponibilità del bene vita che esclude tanto un generale diritto di morire, quanto un'assoluta indisponibilità della propria esistenza.

Nell'ottica comparatistica, in realtà, nessun paese, in termini generali, sancisce un diritto di morire (ad esempio, Olanda, Belgio, Svizzera, Oregon, Stato di Washington, ecc.), semmai si prevede la non punibilità per il medico che, a determinate condizioni, ponga attivamente fine alla vita di un malato, ovvero l'eutanasia attiva è giustificata quando è accompagnata dall'osservanza di una serie di condizioni sostanziali e procedurali il cui mancato rispetto esporrebbe l'attore al reato di omicidio del consenziente³⁸.

Di converso, la grande maggioranza degli ordinamenti di derivazione liberale riconoscono e tutelano, anche con norme di rango costituzionale, il "diritto al rifiuto di trattamenti sanitari" – anche di sostegno vitale –, e tra questi vi rientra anche l'ordinamento italiano.

Difatti, dopo alcune oscillazioni nell'orientamento della giurisprudenza della Cassazione³⁹, il diritto al rifiuto è stato riconosciuto nell'ordinamento, sia su basi costituzionali che legislative e deontologiche⁴⁰. Le fonti di riferimento sono riconducibili innanzitutto, in linea con il principio personalistico, all'art. 32 Cost.⁴¹, e segnatamente nella disposizione dove si sancisce che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento se non per disposizione di legge". Inoltre, si rinvia all'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in ordine al diritto al rispetto del consenso libero e informato: esso, infatti, collocandosi nel Capo intitolato alla Dignità, si pone a conferma del fatto che, se il presupposto informativo che anticipa il consenso è di carattere tecnico-medico, la "scelta" che lo sostanzia è di carattere "morale" e si collega al ritenere la sottoposizione ad un trattamento compatibile o meno con l'immagine che ciascuno ha di sé e che vuole lasciare agli altri, con la percezione della sua umanità e, dunque, della sua dignità. Ed ancora, proseguendo in tale direzione, bisogna richiamare l'art. 35 del Codice di deontologia medica (riformato nel 2006) a proposito del principio del consenso, secondo cui "In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona". A quest'ultimo, si affiancano, inoltre, da un alto, la Convenzione di Oviedo del 1997, e, dall'altro, il parere, del 24 ottobre 2008, del Comitato nazionale per la Bioetica (CNB), in base al quale l'ordinamento non ammette "l'imposizione forzata di un trattamento autonomamente e coscientemente rifiutato, pur se necessario al mantenimento in vita delle persone".

produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare ... e che, d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti". A tale proposito, cfr. i commenti di R. BIN, "Se non sale in cielo, non sarà forse un raggio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008 e R. Romboli, "Il conflitto fra i poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità", in *Foro it.* 2009,

38 Sul punto, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto ... cit.*

39 Sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione, di recente, cfr. M. DI CIOMMO, "Dignità umana e Stato costituzionale, in particolare il Capitolo II, Firenze, 2010, p. 175.

40 A. PANTI, "Il codice deontologico dei medici, il dovere di curare e l'autodeterminazione del paziente. Quando dire basta" in G. BALDIN, M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando lo decido io?*, Firenze, 2011.

41 Con riferimento all'articolo in questione, si veda anche la sentenza n. 282/2002 del Giudice costituzionale, nella quale si afferma che la pratica terapeutica si pone "all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica.

In effetti, nella decisione n. 21748/08, la Corte di Cassazione si conforma ai principi e alle fonti appena richiamati, quando dispone che è “da escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene vita”.

In tale quadro, una problematica attiene alla qualificazione tecnica del concetto di nutrizione e di idratazione artificiali, come trattamento sanitario rifiutabile o come cura sempre e comunque doverosa.

In merito a tale questione, bisogna rilevare innanzitutto un vizio di origine riscontrabile in un parere del 2005 del Comitato nazionale per la Bioetica, dove si stabiliva che “nutrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere”. Ora, prescindendo dal piano etico, ma approcciando il tema dal punto di vista giuridico bisogna sottolineare che tale parere suscita una serie di criticità e perplessità, giacché nutrizione e idratazione artificiali costituiscono un trattamento sanitario, per come peraltro già sostenuto da una precedente Commissione scientifica⁴², ma anche da una parte minoritaria dello stesso CNB, la quale, nel richiamare la letteratura scientifica internazionale, qualificava le cure come “trattamenti che sottendono conoscenze di tipo scientifico e che soltanto i medici possono prescrivere, soltanto i medici posso mettere in atto ... e soltanto i medici possono valutare ed eventualmente rimodulare nel loro andamento”. Alla stessa stregua, l'art. 53 del Codice di deontologia medica stabilisce con formula chiara che, in presenza di un rifiuto volontario e consapevole di nutrirsi, “il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima”. In tale direzione si orienta anche la più recente giurisprudenza civile della Cassazione, in base alla quale si conferma che la nutrizione e l'idratazione artificiali sono qualificabili come trattamenti sanitari considerato che “integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche”.

Un altro profilo meritevole di riflessione concerne la definizione dell'accanimento terapeutico o clinico, od anche il concetto di cure futili, la cui principale incertezza si riferisce ai criteri per definirlo appunto, nonché al peso da attribuire agli stessi. Dal punto di vista del Codice deontologico si può osservare come l'accanimento vada costruito su basi sia tecnico-oggettive con riferimento all'impossibilità che le cure ottengano alcun beneficio clinico, sia in base alle situazioni soggettive e psicologiche in merito alla percezione che delle stesse cure ha la persona coinvolta. In tal senso, rileva, altresì, che, ex art. 16 del Codice deontologico, l'accanimento è vietato di per sé a prescindere dalla volontà del soggetto, e quindi in qualsiasi forma venga ricostruito, vietando appunto al medico di ostinarsi in esso. In definitiva, quindi, non serve invocare il rispetto della persona contro cure che si dimostrino futili, poiché il diritto al rifiuto serve a dare senso proprio alla rinuncia di trattamenti che non costituiscono accanimento terapeutico.

Un'ulteriore notazione al riguardo, infine, si pone in ordine al confine tra l'autodeterminazione in relazione alla scelta dei trattamenti sanitari (che si vuole garantire) e l'eutanasia (che non si consente), che forse esprime il punto di snodo essenziale.

In breve, nel tentativo di fermare, per così dire, qualche considerazione conclusiva, ma al tempo stesso prospettica, si può affermare che il tema del fine-vita rappresenta una questione complessa e delicata, al cui esame articolato e sistematico presenta aspetti cui l'ordinamento da risposte abbastanza chiare e coerenti: si tratta, cioè, del diritto al rifiuto di

⁴² U. VERONESI, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011.

trattamenti anche di sostegno vitale, della “parziale” disponibilità del bene vita, della “qualifica” di nutrizione e idratazione artificiali, del “ruolo” dell’acquanone terapeutico (ma anche dell’amministrazione di sostegno, ex art. 404 Codice Civile) e, infine, dell’“obbligo” di tener conto delle volontà anticipate di trattamento (ex art. 38 del Codice di deontologia medica).

Appare con evidenza, dunque, che i profili appena richiamati non possono essere negati, elusi o aggirati, a fronte di un inquadramento di tipo ideologico del tema, che, seppur rispettabile, sembra estraneo alla realtà clinica e all’autonomia tanto dell’assistito (di cui si disattende persino una eventuale direttiva anticipata), quanto del medico, e naturalmente anche della dimensione deontologica e giuridica. Ciò, dunque, dovrebbero rappresentare gli elementi di base che aprirebbro la strada al dialogo, finalizzato semmai ad affrontare quei profili suscettibili di maggiore incertezza, come, ad esempio, l’individuazione di strumenti utili a ricostruire e rispettare la volontà dell’incapace, o delle direttive anticipate di trattamento.

3.1. Le garanzie costituzionali e il ruolo della riserva di legge.

Il problema si pone in merito ad una recente e nota questione, e segnatamente a proposito del delicato caso di Eluana Englaro⁴³, per cui in una democrazia costituzionale e di diritto si avverte l’esigenza di porre in rilievo l’effettività dell’esercizio di diritti e libertà come limite all’ingerenza arbitraria e illegale dello stesso legislatore.

Difatti, in tale ottica, si avverte l’esigenza di considerare la funzione e l’essenza di un fondamentale istituto di garanzia qual è la riserva di legge e, di conseguenza, porsi l’interrogativo su quali siano gli atti costituzionalmente “esclusi” dalle materie riservate alla fonte parlamentare⁴⁴. Da qui, si prospetta la domanda, se il Governo, mediante l’uso della fonte decreto-legge, possa intervenire in tema di diritti e libertà? Il quesito non sembra vano e assume peso qualora si pensi che con la Costituzione del 1948, accanto alla potestà regolamentare, si ascrivano alle fonti governative anche gli atti aventi forza di legge, e pertanto si ripropone l’interrogativo se decreti-legge e decreti legislativi siano da considerare alla stregua delle “leggi” ai fini della riserva e possano incidere sui diritti e le libertà.

Ora, in primo luogo, c’è da rilevare che qualora si trascuri la “ratio” garantista e democratica della riserva di legge si finirebbe per travisarne il senso e la stessa portata, giacché si estende sia agli atti governativi con forza di legge, piuttosto che escluderli: infatti, è la legge a costituire una “garanzia”, sia per la “natura dell’organo” (rappresentativo anche delle minoranze), sia per la pubblicità e l’articolazione del “procedimento”.

Inoltre, l’indifferenza, e a volte persino la contrarietà, della dottrina ad escludere i decreti-legge dalla sfera della riserva di legge non sembra convincente, allorché si consideri che il decreto-legge non è previsto in nessun ordinamento costituzionale, od almeno tra quelli strutturati su principi simili a quello italiano; l’unico testo costituzionale ove esiste, e cioè quello spagnolo, all’art. 86, esclude l’utilizzazione del decreto-legge per tutte le materie coperte da riserva di legge, il cui elenco risulta corposo⁴⁵. E ancora, con riguardo

43 In proposito, tra gli altri, cfr. di recente almeno T. GROPPI, “Il caso Englaro, un viaggio alle origini dello Stato di diritto e dintorni”; C. SALAZAR, “Riflessioni sul caso Englaro”, in *Forum di Quad. costituzionali* del marzo 2009, e A. CERRI, “Osservazioni a margine del caso Englaro”, in *www.astrid.eu*.

44 Con riguardo al senso della riserva di legge, si aderisce a quanto autorevolmente sostenuto da L. CARLASSARE, “La Costituzione, la libertà, la vita”, in *costituzionalismo.it* del 28 gennaio 2011, pp. 1-2.

45 L’ultimo capoverso del comma 1 dell’art. 86 della Costituzione spagnola recita i decreti-legge “non possono modificare l’ordinamento delle istituzioni di base dello Stato, i diritti, i doveri e le libertà dei cittadini regolati al titolo I, il regime delle Comunità Autonome e il diritto elettorale generale”. Sul punto, cfr. E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA (a cura di), “Le Costituzioni dei paesi dell’Unione Europea”,

all'obiezione argomentativa fondata sulla preziosa necessità di utilizzare lo strumento del decreto-legge per rendere più agevole l'azione di governo, la risposta appare semplice e ovvia, nel senso che allora bisognerà domandarsi come fanno i Governi degli altri paesi dove appunto tale strumento non è previsto, quindi non disponibile a facilitare l'azione governativa. Pertanto, in definitiva, qualora tale limite, o per meglio dire tale divieto, fosse condiviso in dottrina, indubbiamente costituirebbe di per sé un motivo sufficiente a giustificare il rifiuto di firma da parte del Presidente della Repubblica⁴⁶.

3.2. Luci e ombre a proposito della necessità della legge per dichiarare il rifiuto di ogni atto medico, oltre l'accanimento terapeutico.

Partendo dalla considerazione che da qualche tempo nelle Camere vi è in discussione un progetto legislativo in tema di testamento biologico, che pare rimettere in questione diritti certi, bisogna chiedersi, in primo luogo, se risulta necessaria una legge sulle dichiarazioni di fine-vita. Una possibile soluzione a tale quesito sembra ammettere due risposte, in altri termini due sfaccettature. Per un verso, infatti, può accogliersi con favore una legge che disciplini, solo e soltanto senza pretendere di limitare un diritto, le "modalità di esercizio del diritto" stesso, volta a escludere possibili incertezze con riferimento ai casi concreti, quale, ad. esempio, nel caso Englaro dove era in discussione l' "accertamento della volontà della persona incapace"⁴⁷. Per altro verso, invece, può assumersi che una legge non sia indispensabile, posto che non desta dubbio di sorta la certezza che già esiste il "diritto di ogni persona a dichiarare anticipatamente la propria volontà in tema di cure", al fine di farla valere in futuro qualora non sia più in grado di esprimerla; si tratterebbe, in altri termini, di un esercizio superfluo, in base al suo riconoscimento sia da parte dei giudici che della Consulta, con riguardo al conflitto di attribuzione.

In effetti, tale diritto lo si ricava dall'impianto della stessa Costituzione fondata sulla centralità della persona: essa apre con la proclamazione dell'*habeas corpus*, di cui all'art. 13, ribadito dalla Corte costituzionale allorquando afferma che "il valore costituzionale dell'inviolabilità della persona" deve edificarsi "come libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo", e quindi come diritto di impedire illegittime intromissioni altrui.

In tale ottica, in considerazione della centralità della persona, il giudice costituzionale rinvia all'art. 2 Cost., rimarcando la stretta relazione esistente tra dignità e diritti inviolabili, nel senso di un rapporto ove i diritti inviolabili esprimono il mezzo per la tutela della dignità, da cui ne discende che il fondamento della dignità umana nell'ordinamento costituzionale italiano deve ricondursi proprio al combinato disposto degli articoli 2 e 3 della Costituzione⁴⁸.

Nell'ambito della cornice appena premessa, si colloca il dettato dell'art. 32 della Costituzione, ove si statuisce che nessuno può essere sottoposto a un trattamento sanitario se non per legge, consentendo di rifiutare le cure (e cioè qualsiasi cura, anche necessaria per la prosecuzione della vita e non soltanto quella superflua o eccessiva) quando non sia in gioco l'interesse della collettività (ad esempio, malattie contagiose). Da ciò, ne discende che la volontà dell'interessato è sempre prevalente su ogni altra, ossia è l'unica determinante, per cui quando per qualsiasi motivo il malato non sia più in grado di esprimerla validamente (per incapacità) o di manifestarla (per limiti fisici) è sempre alla

Padova, 2001, p. 808.

46 A. SPADARO, "Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le 'ragioni' di Napolitano", in *Forum di Quaderni costituzionali*.

47 Cfr., AA.VV., "Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi", *Forum BioDiritto* 2008, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI, (a cura di), 2009.

48 A tale riguardo si vedano almeno le sentenze della Corte costituzionale nn. 158/2001, 341/2006 e 78/2007.

sua volontà che bisogna fare riferimento per assumere decisioni che lo riguardino. Inoltre, in considerazione dell'ampia formulazione costituzionale bisogna rilevare che il Costituente non si limita a porre l'accento alla sola regola del "consenso informato e attuale", ma estende la sua portata fino ad affermare un principio di volontarietà dei trattamenti sanitari, segnando così il passaggio dalla fase del "paternalismo medico" a quella "dell'autonomia e dell'alleanza terapeutica medico-malato".

D'altronde, tanto ieri che oggi (anche senza un'apposita legge), è notorio che si debba procedere in considerazione della volontà del malato, ricostruita sulla base di quanto aveva detto o scritto e dalla testimonianza delle persone a lui vicine, e in particolare dei familiari.

In breve, quindi, può ritenersi che il diritto pieno di decidere appare fuori discussione e pertanto deve essere garantito in qualunque situazione, per come inoltre confermato da una sentenza della Cassazione⁴⁹, anteriore al caso di E. Englaro, per cui non sembrano esserci dei vuoti da colmare, ma piuttosto norme da interpretare⁵⁰.

In tale quadro, come già osservato, residua un unico profilo da acclarare che riguardava, e riguarda, le modalità di accertamento della volontà della persona e, dunque, di dichiararla anticipatamente, in modo da non subire eventualmente un trattamento nel momento in cui fosse incapace di esprimerla, così che la legge potrebbe essere utile qualora preveda forme sicure di dichiarazioni di volontà.

In tale ottica, al fine di evitare equivoci, tale ultimo profilo deve tenersi nettamente distinto dalla questione che concerne l'accanimento terapeutico, posto che quest'ultimo è già vietato ai sanitari da norme deontologiche (ma anche religiose), che devono solo valutarlo dal punto di vista tecnico, e quindi sgombrando il campo da possibili confusioni e incertezze ingenerate dall'errata opinione che il paziente (e per lui i familiari) possano rifiutare solo l'accanimento; sul piano giuridico-costituzionale, invece, possono rifiutarsi qualsiasi cura o trattamento – e dunque lo si può scrivere nelle Direttive anticipate –, a prescindere ovviamente dal fatto che sul piano morale o religioso si potrà distinguere fra rifiuto del solo accanimento terapeutico e rifiuto di ogni cura, sia pure adeguata e necessaria alla conservazione della vita.

In conclusione, la Dichiarazione anticipata, fugando dubbi e timori, assicura il rispetto della volontà del malato sulla quale altrimenti, nonostante i tentativi delle famiglie, prevalgono le decisioni dei medici, depositari del "sapere", finendo per imporre interventi e prolungamenti artificiali della vita oltre la soglia della dignità⁵¹.

3.3. La dignità e la libertà della persona: l'art. 32 della Costituzione e i limiti alla legge.

È ben noto che tanto la dignità quanto la libertà abbiano un rilievo e un ruolo di primissimo piano sia nelle Dichiarazioni fondamentali internazionali e costituzionali, sia nella giurisprudenza dei Tribunali costituzionali. Ambedue i concetti convergono sull'affermazione della centralità della "persona", la quale si offre dunque come principio sostanziale che delimita alla base la democrazia costituzionale del secondo dopoguerra

⁴⁹ Si veda la sentenza della Corte di Cassazione del 4 luglio 2005.

⁵⁰ Come già nel testo richiamato, si vedano le fonti di riferimento con riguardo al piano costituzionale, alla Carta dei diritti dell'Unione Europea, al Codice di deontologia medica, alla Convenzione di Oviedo, ecc.; Sulla falsa credenza del vuoto di normazione sulla fine della vita, in dottrina di recente, si veda S. STAIANO, "Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore", in *federalismi.it*, n. 9/2012.

⁵¹ Sul piano comparatistico in merito alle discipline legislative relative al testamento biologico, di recente si veda, la seconda parte del volume di F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita ... cit.*, pp. 395 ss.; nella letteratura spagnola, in particolare cfr., B. CASADO CASADO, "El testamento vital como instrumento jurídico de protección de derechos", G. RUIZ-RICO RUIZ, M. L. MORENO TORRES HERRERA, N. PEREZ SOLA (coordinadores), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, Valencia, 2010, pp. 29 ss.

dallo “Stato totalitario”.

Dall’ottica della Costituzione italiana, dove il concetto di persona si differenzia dall’ “individualismo” liberale, opponendo la “solidarietà all’egoismo”, i “diritti sociali alla mera libertà negativa”, con riferimento al tema oggetto della riflessione, bisogna interrogarsi se nella vita umana è possibile scindere la dignità dalla libertà, nella consapevolezza che a tale domanda evidentemente ne conseguono anche altre, e purtuttavia una risposta in via di principio può prospettarsi, nel senso che ciascuna persona è libera di “scegliere” fra il rischio di una morte naturale e trattamenti che implicino il prolungamento di una vita senza libertà e dignità.

Come si diceva, però, appare con altrettanta evidenza che sullo sfondo con tale risposta permangano delle incertezze riconducibili, in breve, a due considerazioni: la prima, si riferisce alla “naturalità” della morte in considerazione del progresso scientifico e tecnico; mentre, la seconda, rinvia all’apprezzamento, necessariamente soggettivo, del concetto di vita libera e dignitosa – in quanto le sensibilità al riguardo sono variegate –, così che la decisione, quale conseguenza della previa valutazione, non può che essere del malato, e dunque in tale apprezzamento appunto nessuno può sostituirsi al malato stesso.

Tale impianto aderisce plasticamente al contenuto dell’art. 32 della Costituzione, interpretato sistematicamente e nel suo insieme, secondo cui: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività (...). Nessuno può essere obbligato a 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”.

Partendo dalla lettera del dato costituzionale, se ne deduce quindi che due sono i riferimenti costituzionali, e cioè l’ “individuo” e la “collettività”, dove il diritto individuale può recedere, eccezionalmente, soltanto a fronte di un interesse collettivo, ma è risaputo che l’ordinamento costituzionale pone al centro del sistema la persona, marcando in ciò un’inversione con il passato autoritario il valore centrale veniva assegnato alla collettività identificata spesso con lo Stato.

In definitiva, in considerazione dei limiti che la legge conosce nell’imporre trattamenti sanitari, ne discende che la legge, nel nostro ordinamento costituzionale, non può disporre liberamente, prescindendo/ignorando dai confini/limiti posti dalla norma superiore, soprattutto quando si riferisce ai diritti fondamentali della persona.

Di converso, il trattamento sanitario quindi può essere imposto solo qualora sia direttamente in gioco l’interesse della collettività (e dunque, ad esempio, sarà legittimo qualsiasi intervento volto a prevenire o fermare malattie contagiose che si risolva in un diretto danno sociale).

In conclusione, quindi, il legislatore nel limitare la libertà individuale (inviolabile, in forza dell’art. 13 Cost.), si muove nell’ambito degli stretti confini marcati dall’art. 32 Cost., dove s’incrociano due elementi essenziali e ineliminabili che rappresentano lo spazio disponibile per l’interpretazione della norma: da un lato la salute come diritto fondamentale dell’individuo, e dall’altro la libertà di rifiutare ogni trattamento quando non sia in gioco l’interesse della collettività⁵².

* Università della Calabria

52 In proposito, cfr. le riflessioni di S. GAMBINO, Il diritto alla salute fra diritto a prestazioni sanitarie e libertà di non avvalersene. Le garanzie dell’art. 32 della Costituzione, in questo numero di *Politica del Diritto*.