

Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale

di Antonio Ruggeri

(Relazione all'incontro di studio "G. Mor" su
Sanità e salute alla prova del regionalismo, Milano 3-4 dicembre 2009)

SOMMARIO: 1. La questione preliminare se sia opportuna o necessaria una disciplina legislativa del c.d. testamento biologico, quale ne debba essere la fonte e quale la estensione, in relazione al bisogno di coniugare la certezza delle regole, in conformità ai principi costituzionali, con la loro duttilità, che comporta un vistoso ampliamento degli spazi di decisione degli operatori, in ragione dei casi, e però pure ne rimarca le relative, pesanti responsabilità. – 2. Il genuino significato dell'autodeterminazione del soggetto, che porta ad intendere libertà e solidarietà come una sola, inscindibile cosa e ne orienta quindi le manifestazioni verso l'etica repubblicana e i suoi valori. – Il suicidio come *fatto*, non *diritto costituzionale*, cui dunque corrisponde il dovere dei terzi di far di tutto per impedirlo, non già per assecondarlo. – 3. La questione cruciale riguardante l'accertamento dell'*effettivo* ed *attuale* volere e il ruolo, di primario rilievo, che i medici sono al riguardo chiamati ad esercitare, specie al servizio dei soggetti più deboli e bisognosi. – 4. La conversione della *solidarietà* in *fratellanza*, per il tramite dell'armonica integrazione di rigore e *pietas* costituzionale.

1. La questione preliminare se sia opportuna o necessaria una disciplina legislativa del c.d. testamento biologico, quale ne debba essere la fonte e quale la estensione, in relazione al bisogno di coniugare la certezza delle regole, in conformità ai principi costituzionali, con la loro duttilità, che comporta un vistoso ampliamento degli spazi di decisione degli operatori, in ragione dei casi, e però pure ne rimarca le relative, pesanti responsabilità

Toccherò in questa mia succinta riflessione solo alcuni tra i molti punti riguardanti il c.d. testamento biologico, fatti – come si sa – oggetto di varie e non poco discordanti ed accese opinioni, rimandando per aspetti ora non considerati ad altra riflessione precedentemente svolta¹, della quale peraltro riprendo qui ed ulteriormente preciso alcuni dei più salienti passaggi.

Il primo ha carattere preliminare; e riguarda la stessa opportunità e/o necessità di una legge che riconosca il diritto a redigere il c.d. testamento biologico. È infatti di tutta evidenza che, ove si risponda al quesito – come più d'uno fa² – in modo negativo, l'intera questione oggi nuovamente discussa non avrebbe più ragion d'essere e il discorso, dunque, dovrebbe chiudersi qui. Basterebbe, tuttavia, già solo considerare quanto animato sia il dibattito, tanto tra gli operatori politici quanto in seno alla dottrina (giuridica e non), sulla esistenza del c.d. diritto a disporre di sé, la sua natura giuridica, se sia cioè da annoverare tra i "nuovi" ovvero tra i "vecchi" e, in tal caso, quale ne sia il fondamento e la complessiva caratterizzazione, per avere riprova della necessità di fare finalmente al riguardo chiarezza³. D'altro canto, le tristissime vicende Welby ed Englaro (ed altre

¹ V. dunque, volendo, il mio *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it, anche per riferimenti alla ormai incontenibile lett.

² Per tutti, L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, relaz. al Seminario su *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, in www.astrid-online.it, a cui opinione il diritto in parola non si discute, mentre la disciplina legislativa potrebbe tornare utile unicamente al fine di stabilirne le modalità di esercizio. In argomento, v., ora, anche S. AGOSTA, *Note di merito al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruttiva)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³ A riprova del disorientamento che affligge gli operatori e del modo di procedere a tentoni della pratica giuridica, si consideri che un numero crescente di Comuni si sta attrezzando – mi sfugge, invero, in virtù di quale competenza – per istituire ovvero ha già istituito dei registri nei quali annotare le dichiarazioni anticipate di trattamento.

ancora) dimostrano che né gli operatori sanitari né i giudici né, soprattutto, coloro che pagano sulla loro pelle gli effetti dell'attuale stato di mancanza di regolazione possono ancora per troppo tempo essere abbandonati a se stessi⁴.

Il necessario riferimento ai principi costituzionali ovviamente non è da mettere in dubbio, costituendo un passaggio obbligato, la bussola che orienta la pratica giuridica nel suo affannoso e sofferto cammino; e, tuttavia, per un verso, i principi stessi sono non di rado, come in relazione al tema qui trattato, fatti oggetto di varie ricognizioni di senso e reciproche combinazioni, con conseguenti esiti ricostruttivi di vario segno ed orientamento, mentre, per un altro verso, il riferimento in parola da sé solo, comunque, non basta. È un po' quanto è accaduto, ad es., con la televisione o in altri campi di esperienza ancora, laddove gli interessi in gioco sono pur sempre suscettibili di essere riguardati alla luce dei principi (nell'esempio appena fatto, in relazione alla libertà di espressione del pensiero o a quella d'iniziativa economica, e via dicendo), che nondimeno non posseggono da soli la forza di dare una compiuta e complessivamente appagante regolazione. È, d'altronde, un dato di comune acquisizione quello per cui i principi hanno bisogno di essere accompagnati e sorretti dalle regole, così come queste di rifarsi ed alimentarsi senza sosta da quelli, tutti assieme offrendo quindi alla pratica, nella varietà delle sue manifestazioni ed esigenze, le indicazioni di cui ha bisogno al fine della risoluzione di casi assai spesso reciprocamente non poco differenziati, al punto da richiedere l'allestimento di discipline positive duttili, che aprano (e non chiudano) gli spazi a beneficio degli operatori (ma su ciò si dirà meglio più avanti).

Riguardata, poi, la questione nei suoi risvolti prettamente istituzionali, s'impone – a me pare – la necessità di porre rimedio allo squilibrio, ad oggi vistoso, tra il ruolo del legislatore e quello dei giudici (e dei pratici in genere) che, per effetto della carenza di disciplina in materia, si sono trovati innaturalmente investiti di una sorta di *delega di fatto*, che potrebbe dirsi – riprendendo una nota espressione ad altro riguardo utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale – essere stata “non richiesta e non gradita”⁵.

Ora, la sempre possibile diversificazione degli indirizzi giurisprudenziali non si discute: è una risorsa preziosa, che connota il nostro come pure molti altri ordinamenti, da non disperdere e, piuttosto, da salvaguardare e trasmettere anche per il futuro. Solo che altro è la diversificazione di soluzioni interpretative tutte argomentabili in relazione a testi normativi più o meno espressivi e, nondimeno, appunto *esistenti*, ed altro ancora un'anomala sussidiarietà dei giudici rispetto al legislatore, imposta da quest'ultimo col fatto stesso di restare totalmente inerte ed insensibile, a fronte di una domanda sociale di regolazione avanzata in modo sempre più pressante ed intensamente avvertita.

Si aggiunga, poi, la varietà delle soluzioni al riguardo astrattamente possibili, quale peraltro testimoniata anche solo da un rapido raffronto delle discipline adottate in altri ordinamenti (riferimenti, ancora nello scritto sopra cit. di S. AGOSTA, nonché, da ultimo, in L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel d.d.l. sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, relaz. all'incontro di studio su *Il testamento biologico. Profili medici, bioetici e giuridici*, Messina 15-16 ottobre 2009, in *paper* e M.L. CHIARELLA, *Interrogativi sul “diritto al rifiuto delle cure”: consenso e incapacità nelle scelte di fine vita*, in AA.VV., *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Napoli 2009, 118 ss.).

⁴ Il testamento biologico – come sta scritto in un noto parere reso nel 2003 dal Comitato Nazionale per la Bioetica, opportunamente ora richiamato anche da M. GENSABELLA FURNARI, nella sua *Introduzione all'incontro su Il testamento biologico*, sopra cit. – trova giustificazione nell'esigenza di rimediare a due solitudini, quella “di chi non può più esprimersi” e l'altra “di chi deve decidere”.

⁵ Rilievi critici alla tesi secondo cui si darebbe in materia lo squilibrio di cui è parola nel testo sono nello scritto sopra cit. di S. AGOSTA, il quale nondimeno conviene sulla “necessità di sgravare l'ordine giudiziario di un carico di responsabilità divenuto ormai intollerabile”. Una riflessione di ordine generale sulla innaturale competizione venutasi a determinare tra legislativo e giudiziario, per effetto del “*surplus* politico e valoriale” espresso dalle regole giurisdizionali, può ora vedersi in V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di L. Arcidiacono*.

Se poi si considera il diritto a “testare” per sé e di sé, *in vita*, cosa *ictu oculi* diversa dal diritto a disporre *post mortem* del proprio patrimonio e, dunque, se ne rileva la originalità o, diciamo pure, la “novità” rispetto a questo come ad ogni altro diritto, ancora più evidente appare il bisogno di una sua adeguata regolazione.

Altra questione, che mi limiterò ora solo a sfiorare (anche per non ripetere cose già dette nel mio scritto sopra richiamato), è quella relativa alla fonte idonea a dare la regolazione in parola, se cioè occorra un atto costituzionale ovvero sia al riguardo sufficiente una disciplina con legge comune – come comunemente si pensa e, peraltro, implicitamente risulta dalle iniziative prese e dal confronto in atto nelle aule parlamentari – e, in tal caso, se essa debba spingersi in puntuali e dettagliate prescrizioni, che perciò circoscrivano in rilevante misura l’ambito delle scelte possibili rimesse agli operatori (e, segnatamente, ai giudici e/o al personale sanitario), ovvero se debba contenersi, rimandando quindi agli operatori stessi per le ulteriori determinazioni, in relazione ai casi ed alle peculiari forme di bilanciamento da ciascuno di essi sollecitate.

La questione della estensione o, diciamo pure, della *struttura nomologica* degli enunciati che compongono la disciplina in discorso – come si vedrà a momenti – è di cruciale rilievo, al pari di quella riguardante l’orientamento dei contenuti della disciplina stessa, dall’una dipendendo un certo assetto nelle relazioni tra le istituzioni e i soggetti in genere implicati dalla disciplina stessa, in particolare venendo a determinarsi una maggiore o minore responsabilizzazione dei pratici per effetto della intensità prescrittiva, minore ovvero maggiore, dei disposti normativi, del loro linguaggio insomma.

Il mantenimento dell’equilibrio tra legislatore e pratici, peraltro, non è il solo più pressante ed avvertito bisogno in gioco; c’è, infatti, anche l’ulteriore bisogno di mettere al riparo la disciplina in parola, che – non si dimentichi – dispone di vita e morte di persone umane, da troppo mutevoli ed improvvisati rifacimenti ad opera della maggioranza di turno (ovviamente, quale che ne sia il colore). Ed è anche (e soprattutto) in considerazione di ciò che, a mio modo di vedere, s’impone la scelta a favore dello strumento costituzionale o, comunque, di altro pur sempre conducente allo scopo.

Né varrebbe opporre⁶ che l’approvazione di legge costituzionale fa correre il rischio che attorno ad essa possa crearsi un clima da “*Crucifige!*”, in caso di sottoposizione della legge stessa a referendum.

L’argomento è invero assai serio; e, tuttavia, sembra provare troppo: vuoi per la circostanza che la legge in parola potrebbe comunque sottrarsi alla consultazione popolare (ora perché venuta alla luce a maggioranza qualificata ed ora, ma meno realisticamente, in quanto, pur laddove approvata a maggioranza assoluta, non sia fatta oggetto di referendum), vuoi ancora perché *proprio* la legge comune potrebbe essere (e verosimilmente sarebbe) investita da richieste anche plurime di referendum abrogativo e vuoi, infine, per il fatto che il timore del clima suddetto, pur sempre idoneo a formarsi in ogni tornata referendaria, dovrebbe a conti fatti portare a privare sempre il corpo elettorale dell’arma referendaria, cancellandola una volta per tutte dalla lavagna costituzionale⁷, nel presupposto che la democrazia, di cui il referendum rende una delle più espressive testimonianze, possa sempre degenerare in olocrazia⁸.

⁶ ... come fa ora S. BAGNI, *Dov’è finita la carità? Riflessioni etico-giuridiche sul testamento biologico*, in www.forumcostituzionale.it.

⁷ D’altronde, così com’è, non riuscendosi ormai da anni a raggiungere il *quorum*, la tentazione di rimuoverla potrebbe rivelarsi davvero assai forte... Il vero è che lo strumento richiederebbe piuttosto di essere rivitalizzato, attraverso una sua nuova disciplina costituzionale (e, a seguire, legislativa) che, per una parte, anche attingendo alla giurisprudenza (che, come si sa, ne ha praticamente riscritto lo statuto) e, per un’altra parte, ad essa innovando, sappia coniugare efficacemente il bisogno di partecipazione con la messa al riparo di leggi che si riferiscano a beni o interessi in suscettibili di essere portati al giudizio popolare.

⁸ Cfr. sul punto, con riguardo al processo a Gesù, specie nella lettura del noto passo giovanneo proposta da H. Kelsen, le divergenti ricostruzioni che ne danno G. ZAGREBELSKY, *Il “Crucifige!” e la democrazia*, Torino 1995 e A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia*

In alternativa alla via costituzionale (ma pur sempre in rispondenza alle finalità, quali sopra illustrate, cui questa conduce), si potrebbe pensare di battere un'altra via, ma credo che essa possa, a conti fatti, rivelarsi ugualmente (se non ancora di più) tortuosa, per il fatto di passare attraverso l'"invenzione" (che, nondimeno, richiederebbe l'adozione di un atto costituzionale...) di un nuovo tipo di legge *quodammodo* intermedio tra il tipo comune e quello costituzionale, ad imitazione delle leggi organiche *et similia*, proprie di altri ordinamenti: un tipo comunque caratterizzato da un *iter* formativo in cui la maggioranza verosimilmente non possa, con le sue sole forze, pervenire alla meta dell'approvazione dell'atto.

Non si trascuri, inoltre, che la soluzione qui patrocinata presenterebbe l'ulteriore vantaggio di sottrarre la disciplina stessa alla tentazione – come si sa, quotidianamente ricorrente – del Governo di sostituirsi alle Camere, con decreti-legge (la *querelle* tra Presidente del Consiglio e Capo dello Stato in occasione della vicenda Englaro *docet*) ovvero con decreti legislativi adottati a seguito della concessione di deleghe fin troppo generose e accondiscendenti, peraltro – come si sa – in buona sostanza predisposte dallo stesso Governo.

Al di là dei profili di forma, si pone, come si accennava poc'anzi, la questione relativa all'ampiezza strutturale degli enunciati, la quale poi fa tutt'uno con quella della loro connotazione sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale). L'agilità e duttilità della disciplina, nondimeno, non può né deve significare abdicazione a certi principi, evocati in campo e bisognosi di essere in modo chiaro e fermo ribaditi, senza tentennamenti o ambiguità di sorta. È per ciò che, ad es., non può, a mio modo di vedere, condividersi l'iniziativa patrocinata da alcuni esponenti politici del PdL e concretatasi in una lettera inviata a *Il foglio* e da quest'ultimo resa pubblica in data 23 settembre 2009, con la quale si auspica una disciplina estremamente contenuta del "fine vita" che, ribadito il divieto di eutanasia e di accanimento terapeutico, per il resto rimetta per intero a medici e pazienti (o loro familiari o fiduciari) ogni decisione al riguardo⁹: una sorta di *delega in bianco*, come si vede, spendibile *in ogni caso*, laddove a me pare che si diano circostanze nelle quali – come si tenterà di mostrare – è categoricamente precluso a *tutti* (ai medici per primi) di adottare comportamenti idonei a spegnere una vita umana.

Allo stesso modo, la duttilità della regolazione non può tradursi, a pena di rivoltarsi contro i principi della Carta, nella precostituzione di "zone grigie" o, diciamo pure, "oscure", nelle quali il medico o altri ancora possa sovranamente determinarsi¹⁰; tutt'all'inverso, la flessibilità della disciplina (auspicabile, nei limiti che qui si tenta di rappresentare), poggia, deve poggiare, sulla fermezza dei principi, dai quali è obbligata a costantemente e saldamente tenersi, alimentandosi e rinnovandosi quindi senza sosta in ragione dei casi.

Il vero è che – come si fa notare da parte di molti, pur di diverso orientamento – sotto l'etichetta di "testamento biologico" si comprendono casi non poco diversi tra di loro: casi che, per un verso, reclamano appunto un parimenti differenziato trattamento

relativista e assolutismo etico, Milano 1994, part. 183 ss., del quale v. pure, da ultimo, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, V, Sez. Prima, *Della democrazia e delle sue dinamiche*, Napoli 2009, 2007 ss. Pure *ivi*, altri punti di vista, tra i quali quello di G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, 1991 ss.

⁹ Il punto debole, tuttavia, di questa come di altre, simili proposte sta proprio nella difficoltà, da tempo rilevata dalla più sensibile dottrina, di tenere nettamente distinta l'eutanasia (specie nella sua forma passiva) rispetto a pratiche mediche di altra natura, ancorché alle volte conducenti ai medesimi effetti (riferimenti al riguardo nella mia *op. cit.*, cui *adde*, ora, AA.VV., *Thanatos e nomos*, cit.).

¹⁰ ... così come, invece, vorrebbe più d'uno (e, tra questi, A. PANEBIANCO, *La zona grigia tra vita e morte*, in *Corriere della sera*, 30 settembre 2009; ma v. la pronta e secca replica di F. D'AGOSTINO, nell'*Editoriale* a *l'Avvenire* dell'1 ottobre 2009, dal titolo *Con Ippocrate e con ogni malato senza costruire "zone grigie"*).

normativo e, per un altro verso, rimandano a precise assunzioni di responsabilità da parte degli operatori (in ispecie, come subito si vedrà, del personale sanitario). V'è, dunque, sì spazio, entro la cornice fissata dalle norme, per "deleghe" di bilanciamento in concreto, così come peraltro ancora di recente si è auspicato, ma *mai* in bianco.

Il punto però da chiarire è quale sia la complessiva consistenza della cornice stessa e, ancora prima (e più a fondo), quale orientamento di ordine assiologico venga dalla legge fondamentale, imponendosi, in prima battuta, allo stesso autore della disciplina sul testamento e, in seconda, a coloro che sono chiamati a metterla in atto, applicandola e rimettendola ogni giorno a fuoco, in relazione alla tipicità dei casi ad essi sottoposti.

Di questo dobbiamo ora, pur se con la necessaria rapidità, dire, facendo sintetico richiamo alle indicazioni al riguardo offerte dai principi costituzionali.

2. Il genuino significato dell'autodeterminazione del soggetto, che porta ad intendere libertà e solidarietà come una sola, inscindibile cosa e ne orienta quindi le manifestazioni verso l'etica repubblicana e i suoi valori. – Il suicidio come fatto, non diritto costituzionale, cui dunque corrisponde il dovere dei terzi di far di tutto per impedirlo, non già per assecondarlo

Dopo la questione di carattere preliminare, si passa così alle questioni di merito.

La prima di esse riguarda il senso complessivo dell'autodeterminazione dei soggetti. C'è chi la esalta oltre misura, dandone dunque una rappresentazione, a mio modo di vedere, radicale e deformata e chi, di contro, la svilisce e mortifica: in un caso e nell'altro, *irragionevolmente*.

La verità è che l'autodeterminazione non è, per Costituzione, né *tutto* né *niente*¹¹. È di sicuro un valore; ma, proprio per ciò, è da se medesima portata (e, comunque obbligata) a comporsi armonicamente in sistema coi valori restanti. La "logica" dei valori è – come si sa – quella del reciproco contemperamento, non già l'altra della tirannica sopraffazione di un valore sull'altro (o sugli altri). La tesi che vuole pienamente salvaguardata, *sempre e comunque*, la volontà del soggetto, *quale che essa sia*, è frutto di una *Weltanschauung* ispirata ad un individualismo esasperato, nel migliore dei casi ingenuo o utopico, ad ogni buon conto ripudiato dalla Costituzione, nella cui trama le istanze del singolo sono chiamate a confrontarsi con quelle dell'intera collettività, alla ricerca di soluzioni mediane e concilianti: che non portino, dunque, all'annientamento della personalità dell'individuo ma neppure alla dispersione dei beni che costituiscono patrimonio dell'intera comunità, indispensabili alla sua stessa sopravvivenza e trasmissione nel tempo.

V'è, insomma, un'etica pubblica, che poi – com'è chiaro – è l'etica costituzionale, che permea di sé l'intero ordinamento e ne dà la cifra identificante maggiormente espressiva, che richiede di essere costantemente, fedelmente osservata e che – sembra superfluo rammentare – vale per *tutti, sempre*¹².

¹¹ Sulla molteplicità delle sue forme espressive, v., ora, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it. Un quadro delle varie opinioni al riguardo può, poi, vedersi in S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008.

¹² Maggiori ragguagli sul modo con cui l'etica stessa è, a mia opinione, complessivamente da intendere possono aversi dal mio *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, relaz. conclusiva del Convegno del Gruppo di Pisa su *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Acqui Terme-Alessandria, 9-10 giugno 2006, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-E. Grosso-J. Luther, Torino 2007, 551 ss., oltre che dallo scritto su *Il testamento biologico*, cit. Di una "meta-etica" costituzionale ha, poi, ancora di recente, discorso A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino 2008, spec. 160 ss., del quale v., inoltre, *Costituzionalismo versus populismo*, cit. Infine, A. RAUTI, *Certus an, incertus quando: la morte e il diritto del paziente all'ultima parola fra diritto, etica e tecnica*, in AA.VV., *Thanatos e*

Chi vive in una comunità organizzata ha, sì, il diritto di pensare a se stesso, valorizzandosi e realizzandosi come crede, ma ha anche, allo stesso tempo e nella identica misura, il dovere di pensare agli altri, sia come singoli che per l'“insieme” da essi composto, la comunità stessa.

Per come poi le cose sono qui viste, la separazione tra diritti e doveri non è così netta come invece la comune opinione ritiene. Non ci sono, insomma, solo i diritti da una parte e i doveri dall'altra, gli uni e gli altri di contro integrandosi reciprocamente, fino a sostanzialmente immedesimarsi, a confondersi (quanto meno, così dovrebbe essere secondo modello costituzionale). E dunque l'individuo che si prende cura di sé lo fa, appunto, per sé ma lo fa anche per gli altri, perché sa di essere una risorsa in ogni tempo spendibile a beneficio della collettività. Allo stesso tempo (e circolarmente), credo che non vi sia modo migliore di prendersi cura di sé, di realizzarsi, di quello di chi, per vocazione o per altro, fa del senso quotidiano della propria esistenza un servizio alla collettività, un dono.

La formula mirabilmente iscritta nell'art. 2 della Carta, laddove fa congiunto ed inscindibile riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo ed ai doveri inderogabili di solidarietà¹³, se rivista dalla prospettiva qui consigliata, rivela una inusitata densità concettuale, proprio col fatto stesso di riconoscere la carica deontica – per ciò che qui più preme mettere in chiaro – riscontrabile nei diritti, in ciascun diritto ed in tutti assieme.

Libertà e solidarietà così fanno tutt'uno: più ancora che sorreggersi ed implicarsi a vicenda, sono una sola cosa, le due facce di una stessa medaglia, inautonome l'una rispetto all'altra, inespressive ed incomprensibili se viste in modo disgiunto e, all'opposto, dotate di senso, un senso che solo nella loro congiunta, inscindibile considerazione può pienamente cogliersi ed apprezzarsi in prospettiva assiologicamente orientata e che incessantemente si rigenera nelle sue concrete applicazioni ai fatti della vita.

La solidarietà – come mi sono sforzato di mostrare nella mia precedente riflessione sul tema – non è solo della comunità degli uomini sani nei riguardi degli uomini malati, tanto più se gravemente malati ed in imminente pericolo di vita. Per quanto il concetto sia duro da digerire, è anche del malato verso gli altri, fintantoché il malato stesso è in grado di concorrere – come dice la Carta ad altro riguardo ma con proiezione che va ben oltre l'ambito lavorativo – al “progresso materiale o spirituale della società”.

Ora, è proprio sulla seconda specie di progresso, quello spirituale, che consiglieri di tornare per un momento a riflettere (ammesso, ma non concesso, che l'una specie sia distinguibile dall'altra, come invero darebbe a pensare l'uso della disgiuntiva presente nella lettera dell'enunciato costituzionale).

Si può – è da chiedersi – dubitare che una vita umana, per il solo fatto di esserci, concorra ad un progresso siffatto? Anche però per l'aspetto “materiale”, mi pare che la conclusione non possa essere diversa, salvo ad accedere ad una visione utilitaristica e “proprietaria”, puramente economica o patrimoniale, degli esseri umani, della loro vita. Solo che, in tal modo, l'uomo da *persona* si tramuterebbe fatalmente in *cosa*, smarrendo la propria identità e dignità¹⁴.

nomos, cit., 225 ss.

¹³ Su questi ultimi, ai quali – come si viene dicendo – si assegna qui uno speciale rilievo, v., tra i molti altri, F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali*, cit., 3 ss. e, pure *ivi*, L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, 517 ss., nonché ora E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, relaz. al Convegno dell'AIC su *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in www.astrid-online.it, spec. par. 4.

¹⁴ Per i vari modi d'intendere quest'ultima, v., da ultimo, con specifica attenzione alla giurisprudenza, G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in www.forumcostituzionale.it, dove sono altresì notazioni critiche avverso la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, che qualifica la dignità stessa quale valore “supercostituzionale”, come tale insuscettibile di bilanciamento. Ad avviso della dottrina ora richiamata, siffatta qualifica non sarebbe infatti compatibile con la circostanza per cui i diritti inviolabili, che nella dignità hanno il loro fondamento e il limite del loro esercizio,

Il punto è di cruciale rilievo.

Dalla prospettiva qui adottata, non è esatto affermare che un essere umano afflitto da insopportabile sofferenza, fisica o morale, perda la propria dignità¹⁵. Semmai, è vero proprio l'inverso; e, fermo restando che occorre fare di tutto per alleviare le pene altrui, va comunque riconosciuto che la sofferenza, esaltando l'*humanitas* della persona, per ciò pure ne illumina la dignità (dal punto di vista religioso, poi, la sofferenza può essere addirittura considerata un dono, avvicinando, come in nessun altro modo si può, l'uomo al Cristo sulla croce).

Al di là di come sono al riguardo viste le cose, a me pare certo che il *diritto alla vita* e il c.d. *diritto a morire* non possono mettersi sullo stesso piano, la Costituzione riconoscendo l'uno e facendone anzi il perno attorno al quale ruota l'intero ordinamento, il presupposto di ogni esperienza, dalla più piccola alla più grande, da quelle liete a quelle dolorose, e non prevedendo invece l'altro¹⁶; ed è francamente stupefacente, paradossale¹⁷, che proprio la norma costituzionale sulla salute sia da molti evocata in campo e innaturalmente rovesciata su se stessa, traendone la giustificazione della "non cura", persino a pregiudizio della vita.

I costituzionalisti sanno molto bene che proprio al tetto dell'edificio giuridico, al piano costituzionale, si danno precetti non sorretti (o non adeguatamente sorretti) da sanzioni, quanto meno da sanzioni giuridiche, che nondimeno non per ciò cessano di essere tali. Piuttosto, è vero proprio l'inverso: che la *vis* prescrittiva risulta essere maggiormente intensa proprio laddove il precetto si consegna nudo e disarmato ai suoi destinatari, confidando sul loro senso (*rectius*, sul dovere) di fedeltà all'ordinamento di

sono soggetti ad operazioni di bilanciamento secondo i casi. Di contro, a me pare che sia *proprio* grazie ai bilanciamenti stessi che possono (e devono) ricercarsi sintesi assiologiche orientate verso la dignità e da quest'ultima illuminate, sì da dar modo all'intero patrimonio dei valori costituzionali di inverarsi e farsi apprezzare *magis ut valeat*, alle condizioni complessive di contesto. Che, poi, della dignità non debba farsi un uso eccessivo ed improprio, come anche Monaco opportunamente segnala, si conviene senza riserve di sorta. Più in genere, non si rende certo – a me pare – un buon servizio alla Carta e ai suoi valori facendo un uso inflazionato e dozzinale sia della dignità che dei diritti (e doveri) sulla stessa fondati.

¹⁵ La più avvertita dottrina, d'altronde, da tempo invita a tenere distinta la dignità dalla qualità della vita (per tutti, ora, M. GENSABELLA FURNARI, *Lasciar morire? Gli interrogativi etici aperti dalla sospensione di idratazione ed alimentazione in pazienti da anni in stati vegetativi*, in *Questioni di bioetica*, 8/2009, 35 ss., spec. 39 ss.).

¹⁶ La questione è per vero animatamente discussa: variamente sul punto, A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Pol. dir.*, 4/1998, 601 ss.; F. RIMOLI, *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, II, Torino 2006, 545 ss.; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008, 168 ss.; N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. cost.*, 2/2007, 2366 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 1/2008, 85 ss., spec. 92 ss. e 102 ss. V., inoltre, gli interventi al forum su *L'eutanasia tra bioetica e biodiritto*, a cura di P. Passaglia e R. Romboli, in *Riv. dir. cost.*, 2007, nonché, ora, G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere. Profili di diritto interno e comunitario*, Torino 2009, spec. 174 ss.; G. GEMMA, *Diritto a rinunciare alla vita e suoi limiti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, cit., III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, 1005 ss. e AA.VV., *Thanatos e nomos*, cit. Con specifico riguardo alla prospettiva penalistica, tra gli altri, A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il "caso" Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi*, 1/2008, 49 ss. e L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, della quale v. pure *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in www.statoechiase.it, marzo 2009.

Dal mio canto, ho avuto già modo di rilevare esser "un dato di comune evidenza quello per cui la rivendica di un diritto, in tanto ha un senso, in quanto vi sia la vita; con il che è provato che un *diritto alla morte* è una *contradictio in adiecto*" (*Il testamento biologico*, cit., in nt. 25).

¹⁷ Pregnanti rilievi sul punto in A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, relaz. all'incontro di studio su *Il rifiuto dei trattamenti sanitari*, Messina 3 aprile 2009, in *paper*.

appartenenza, vale a dire sul loro senso di appartenenza alla comunità, sulla loro capacità di identificarsi riflettendosi nella comunità stessa¹⁸.

L'adesione ai valori repubblicani (ed all'etica che tutti li ricomprende e riassuntivamente esprime) o la si ha oppure non la si ha. La fragilità della condizione umana, specie in stato di particolare travaglio, può anche far abbassare, nel vivo di esperienze fortemente sofferte e coinvolgenti, il livello di effettiva, piena osservanza dei valori, senza tuttavia nulla togliere alla loro capacità di illuminare e pervadere le esperienze stesse, di porsi cioè a loro fermo, indisponibile punto ideale di riferimento. D'altro canto, com'è assai noto, i valori sono tali proprio perché *tendenziali*, avanzando pretese di appagamento crescenti proprio quanto più ad essi ci si accosta.

Su tutti noi grava l'obbligo di portare il massimo rispetto nei riguardi di coloro che non ce la fanno a restare fino in fondo fedeli alla Repubblica, *realizzando il massimo della libertà nel massimo della solidarietà* (e viceversa). Siamo infatti tutti chiamati a gesti di umanissima comprensione verso chi, per sconforto o per altro, dispone della propria vita. E, tuttavia, come mi è stata data l'opportunità di far osservare altrove¹⁹, *il suicidio è un fatto, dolorosissimo ed inquietante, non già un diritto costituzionale*²⁰. E, se non è un diritto, nessun dovere può perciò gravare su altri di assecondarlo, meno che mai su coloro che sono istituzionalmente preposti alla cura della salute; all'inverso, si ha il dovere di far di tutto per impedirlo.

Sarà dunque pur vero che nessuno può essere materialmente costretto a vivere; ma, di certo, nessuno può giuridicamente costringere altri a farlo morire, cioè ad ucciderlo²¹.

Di qui una prima, rilevante conclusione nel quadro della ricostruzione ora tentata: che la volontà, dichiarata ed accertata, di porre fine alla vita in nessun caso o modo attiva un dovere e neppure un potere di terzi (medici e non) di darvi seguito.

Sul punto è tuttavia necessario fare chiarezza, anche al fine di stabilire quale spazio possa residuare, una volta fissate le premesse sopra enunciate, a beneficio dell'autodeterminazione del soggetto.

¹⁸ Sul dovere di fedeltà alla Repubblica, rimando qui, per tutti, al denso studio di A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in AA.VV., *I doveri costituzionali*, cit., 140 ss.; adde, ora, E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., spec. parr. 4.1. e 4.2.

¹⁹ Ancora nel mio *Il testamento biologico*, cit. V., inoltre, ora, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit.

²⁰ Né, in avverso, può addursi la circostanza per cui il suicidio stesso sarebbe di per sé penalmente irrilevante, restando "confinato nella dimensione dell'*agere licere*", come da taluno si dice (ancora da ultimo, A. RAUTI, *Certus an, incertus quando*, cit., 243); di contro, la sanzione prevista a carico di coloro che "istigano" alla sua realizzazione mal si comprenderebbe qualora esso non fosse visto come un... *omicidio*). Il fatto, poi, che coloro che tentano di sopprimersi senza riuscirvi non siano, a loro volta, puniti trova piana spiegazione – a me pare (v., nuovamente, la mia *op. ult. cit.*, in nt. 38) – nella *pietas* dovuta a soggetti in stato di palese sofferenza, sui quali dunque l'ordinamento non ha inteso ulteriormente infierire.

Non a caso, dunque, in coerenza col previo riconoscimento di un vero e proprio diritto di morire, la dottrina che ne sostiene il fondamento costituzionale si trova obbligata a qualificare come illegittime (sia pure, a suo dire, solo in parte) le previsioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p. (v., dunque, G. GEMMA, *Diritto a rinunciare alla vita*, cit., 1029 s.).

²¹ Si è da molti distinto il "lasciar morire" dall'"uccidere" (v., ad es., il parere del CNB su *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, del 24 ottobre 2008, par. 4, e cfr. ad esso i punti di vista al riguardo manifestati da L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2008, II, 768 ss. e M. GENSABELLA FURNARI, *Lasciar morire?*, cit., spec. 47 ss., nonché della stessa, ora, *Rifiuto o rinuncia alle cure nella relazione paziente-medico*, in AA.VV., *Dovere di cura o diritto di rifiuto di trattamento?*, a cura di L. Palazzani, in corso di stampa, spec. par. 6). Una distinzione che – come si dirà ancora meglio più avanti, a riguardo del divieto di accanimento terapeutico – indubbiamente in alcuni casi ha ragion d'essere ma che in altri, quali quelli di cui ora si discute, non trova alcuna giustificazione, l'uno comportamento interamente risolvendosi ed identificandosi nell'altro.

Occorre al riguardo, innanzi tutto, tenere distinto il caso del rifiuto dei trattamenti sanitari da quello della interruzione di un trattamento in corso²². Una distinzione che, ovviamente, i sostenitori della libertà senza limiti non riconoscono, dovendosi in entrambe le circostanze a loro opinione dare piena ed incondizionata prevalenza alla volontà del soggetto (a loro dire, come si vedrà, anche presunta). È fuorviante affermare – come molti fanno – che, grazie alle dichiarazioni di fine vita, si dà modo a chi è divenuto incapace di poter far pienamente valere la propria volontà, esattamente così come può farlo colui che è (e fintantoché è) capace²³. Non è qui, infatti, il punto; il punto è piuttosto in relazione a ciò che si ha il diritto di fare e di chiedere ad altri e ciò che invece non si ha il diritto né di fare né di chiedere.

Il fuoco della questione sta, dunque, nella *natura dell'oggetto*, non già nella *qualità del soggetto*.

E il vero è che il modo di vedere le cose di quanti appiattiscono la relazione tra soggetto malato e cure, senza distinguere caso da caso, rifugge una volta di più dalla logica dei bilanciamenti su basi di valore, avendo piuttosto di mira l'obiettivo di preservare l'assoluto, schiacciante dominio *sempre e comunque* della volontà del soggetto. Chi invece, pensoso, si interroghi su queste (ed altre) evenienze può (e, a mia opinione, deve) essere indotto a dar spazio alla volontà stessa nel caso della opposizione a trattamenti sanitari pur vivamente consigliati dai medici e a tenere conto di una serie di circostanze, orientandosi di conseguenza, nel caso della (richiesta di) sospensione di cure in corso.

Così, per riprendere esempi molte volte fatti, nessuno può essere obbligato a farsi amputare un arto in cancrena o a sottoporsi a chemioterapia o anche, più semplicemente, ad interventi chirurgici ed a cure in genere indicate dai medici che, se effettuate *manu militari*, comporterebbero una violazione della integrità psico-fisica di colui che le subirebbe, un vero e proprio atto gratuito di violenza, non ricorrendo in tesi le condizioni per la messa in atto dei trattamenti sanitari obbligatori, cui fa riferimento l'art. 32²⁴. Ma nessuno può altresì chiedere ai medici (ed a terzi in genere) di porre fine a trattamenti sanitari in corso o, addirittura, laddove già effettuati, di renderne reversibili gli effetti (ad es., di espiantare un organo trapiantato o di asportare un sussidio medico artificiale inserito nel corpo del soggetto, quale un regolatore del ritmo cardiaco²⁵), ogni qual volta per effetto di una pratica medica siffatta dovesse determinarsi un sicuro, grave ed irreparabile pregiudizio per la salute del paziente²⁶, a maggior ragione se dovesse aversi

²² Sulla distinzione tra rifiuto e rinuncia di cura, da ultimo (ed anche per ulteriori riferimenti), M. GENSABELLA FURNARI, *Rifiuto o rinuncia alle cure*, cit., e G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, cit., 146 ss.

²³ Sul bisogno di salvaguardare l'eguaglianza di trattamento tra soggetti capaci e soggetti incapaci ha, ancora di recente, insistito S. AMATO, *Il testamento biologico: dal parere del Comitato nazionale per la Bioetica al disegno di legge Calabrò*, relaz. all'incontro di studio su *Il testamento biologico*, cit.

²⁴ L'argomento, infatti, più forte (e, nella circostanza descritta nel testo – *ma solo in essa* –, invero fondato) portato avanti dai paladini dell'autodeterminazione del soggetto è quello che fa leva sulla protezione a questa offerta dall'art. 13, non già dall'art. 32, della Carta costituzionale [altri, invece, ragiona di un "diritto di ammalarsi e di rifiutare le cure (o di interromperle)" fondato esclusivamente sull'art. 32: così, ancora di recente, D. MORANA, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 6/2008, 4953 ss. e 4974, per il riferimento testuale]. Come tuttavia si viene dicendo, l'argomento stesso nulla può più al di fuori dell'ambito nel quale ha modo efficacemente di spiegarsi; altrimenti opinando, se nello stesso art. 13 (o, volendo, nell'art. 32) dovesse essere il fondamento della pretesa vantata dal soggetto per l'interruzione *in ogni caso* di cure non gradite, ugualmente ad esso dovrebbe poter (ma non può...) far riferimento la pretesa di asportazione di organi trapiantati o di quei sussidi medici di cui si fa subito di seguito menzione nel testo.

²⁵ L'esempio da ultimo fatto può vedersi nella *postilla* al già cit. parere del CNB su *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, a firma di A. Da Re e A. Nicolussi, cui hanno altresì aderito S. Amato e M. Gensabella. Di A. NICOLUSSI, v., inoltre, ora, *Rifiuto e rinuncia*, cit.

²⁶ ... mentre, ove il pregiudizio stesso non fosse certo ovvero fosse certo che non si abbia, tornerebbe ovviamente a farsi pienamente valere l'autodeterminazione del soggetto.

l'esito della sua morte *certa ed immediata*; e ciò, indipendentemente dal fatto che i trattamenti suddetti siano stati espressamente autorizzati dallo stesso paziente ovvero siano stati intrapresi senza che quest'ultimo fosse in grado di manifestare il proprio volere²⁷.

Si tocca così il cuore della questione oggi nuovamente discussa; e si viene a constatare come l'alternativa sia secca e, nella sua sostanziale durezza e crudezza, non ammetta mezze misure: o si ammette che l'autodeterminazione vada incontro a limiti suoi propri, nel senso che si tenta qui di precisare, oppure, in nome della incondizionata salvaguardia della stessa, è da riconoscere il diritto a ciascun soggetto a disporre in modo pieno di sé, fino appunto al suicidio, un diritto davanti al quale *tutti* sono obbligati a piegarsi; ed allora, allo stesso titolo in forza del quale si avanza la pretesa di sospensione di trattamenti sanitari in corso, si deve coerentemente dar spazio ad espunti di organi o sussidi vitali per l'organismo e, insomma, a vere e proprie pratiche di *eutanasia attiva*. È afflitta – a me pare – da una contraddizione vistosa ed insanabile la tesi di quanti, facendo appello agli artt. 13 e 32 (o ad altri ancora, a partire dall'art. 2) della Carta, vorrebbero spianata la via alla messa da canto di sussidi vitali, quali la respirazione assistita o l'alimentazione ed idratazione forzata, allo stesso tempo tuttavia dichiarandosi decisamente contrari all'eutanasia, pur se nella sua forma passiva. Di contro, riconosciuta la esistenza di un diritto costituzionale al suicidio è la stessa eutanasia attiva che *può* (e *deve*), per lineare sviluppo delle premesse poste, trovare finalmente accoglienza.

Come si vede, dal punto di vista ora adottato perde di significato la disputa, accesissima, riguardante la natura dell'alimentazione ed idratazione forzate, le quali – a dire di taluno²⁸ – potrebbero essere sospese, in rapporto alle indicazioni al riguardo offerte dall'art. 32 cost., in quanto da esse non si ricava alcuna utilità per l'interesse collettivo alla salute (il presupposto, dichiarato, di questa tesi è infatti che le libere determinazioni del soggetto circa la propria salute possano essere limitate unicamente laddove sia in gioco la salute degli altri). In realtà, si tratta – come si viene dicendo – di una prospettiva assai angusta, frutto di una lettura miope del dettato costituzionale, ristretta entro l'*hortus conclusus* del solo art. ora richiamato, del quale dunque si omette il doveroso riporto agli altri enunciati espressivi di valori fondamentali, coi quali è ad ogni modo tenuto a fare sistema. I sussidi in parola – si considerino o no di carattere "curativo" – sono, senza dubbio alcuno, *vitali*; e proprio per ciò, dunque, non possono essere sospesi, l'atto che invece dovesse farvi luogo determinando, *in modo certo ed immediato*, l'esito fatale per il soggetto²⁹.

²⁷ È stato fatto opportunamente notare, in chiusura di uno studio assai denso seppur complessivamente orientato in un senso sensibilmente divergente da quello invece in questa riflessione accolto, che "una cosa è richiedere l'omissione di un comportamento da cui la morte deriva solo come un evento futuro e ancora non integralmente determinabile nei modi e nei tempi. Altra è stabilire come e quando morire e pretendere il compimento di una serie di azioni che realizzino questa pretesa": così, S. AMATO, *Esiste un dovere di curarsi?*, relaz. all'incontro di studio su *Il rifiuto dei trattamenti sanitari*, cit. Cfr., poi, sul punto, M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Soveria Mannelli 2008, 242 ss., della quale v. pure, ora, *Lasciar morire?*, cit., spec. 47 ss. e *Rifiuto e rinuncia alle cure*, cit.

Va, dunque, tenuta ferma la distinzione, per disagiata e sofferta che ne possa praticamente essere il riscontro, tra il comportamento di chi non intende scientemente sottoporsi a talune cure e quello di chi rifiuta sostegni vitali, quali la respirazione assistita o l'alimentazione ed idratazione forzate: nell'una evenienza (e diversamente dalla seconda), infatti, come si è già segnalato altrove, "il soggetto non *sceglie di morire* ma *sceglie di vivere* in un certo modo, per il tempo che gli resta, con dignità" (v. il mio *Il testamento biologico*, cit., in nt. 30, ed *ivi* ulteriori riferimenti).

²⁸ Questo punto di vista è stato, ancora non molto tempo addietro, ribadito da B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana*, in www.astrid-online.it.

²⁹ Giustamente vietato dalla proposta di legge licenziata dal Senato e ad oggi all'esame della Camera (Cam., n. 2350), al pari dell'accanimento terapeutico di cui si fa parola subito appresso, è altresì l'abbandono terapeutico; tanto più – si tiene a precisare nel testo – ove dallo stesso dovesse conseguire il

Cosa diversa – e qui, come si vede, torna l'utilità di distinguere caso da caso – è che le cure in genere (nella loro più larga accezione), comprese dunque l'alimentazione e l'idratazione suddette, risultino ormai, in modo certo ed inconfutabile, vane, non reagendo più ad esse il soggetto cui siano applicate. Porre fine all'accanimento terapeutico, in circostanze siffatte, è diritto e dovere assieme del medico, rispondendo a quel fine-valore di solidarietà verso il paziente ed i suoi familiari, di cui si è ripetutamente discusso. Entra allora in scena la *pietas*, che fa vincere la morte sulla vita a tutti i costi, una vita che non è però più vita, valore, dignità³⁰.

3. *La questione cruciale riguardante l'accertamento dell'effettivo ed attuale volere e il ruolo, di primario rilievo, che i medici sono al riguardo chiamati ad esercitare, specie al servizio dei soggetti più deboli e bisognosi*

L'autodeterminazione dispone, dunque, come s'è veduto, di spazi anche non esigui, in ragione delle circostanze, per farsi valere.

La questione cruciale che tuttavia in molti casi si pone riguarda l'accertamento della effettività ed attualità del volere.

Da cosa nasce il bisogno di farvi luogo, nel modo più scrupoloso possibile?

La prescrizione relativa al consenso informato, in situazioni in cui il soggetto sia in grado di recepire le indicazioni dei sanitari e di autodeterminarsi di conseguenza, dimostra che il volere *effettivo, attuale e consapevole* deve stare a base dei trattamenti sanitari, eccezion fatta – naturalmente – dei casi in cui le condizioni del paziente e l'urgenza del provvedere non consentano il previo riscontro delle reali intenzioni del paziente stesso.

Da questa premessa discendono, a me pare in modo lineare, talune conseguenze.

La prima è che, dove non v'è una dichiarazione espressa ed inequivocabile di fine vita, la presunzione, che non ammette la prova del contrario, è per la vita stessa.

Riprendiamo, solo per un momento, l'esempio del testamento "patrimoniale". Chi non lo fa sa di affidarsi implicitamente al regime legale; ed anche se in effetti non lo sa, comunque questo è il regime valevole in ordine alla destinazione dei beni *post mortem*.

Una volta, dunque, entrata in vigore la disciplina sul testamento biologico, chi non lo redige (nelle forme normativamente stabilite) sarà retto dal regime legale, che ovviamente è, secondo Costituzione, per la vita e solo per la vita.

La seconda conseguenza, alla prima strettamente legata, è che nessuna delega tacita o in bianco in merito alla decisione più giusta da prendere può essere fatta a terzi, fossero pure i familiari più stretti. Com'è stato efficacemente rilevato³¹, la volontà "per sentito dire" non è in alcun caso o modo ammissibile, nessuna certezza da essa venendo circa l'effettivo ed attuale volere. Diverso, penosissimo, è ovviamente il caso riguardante i minori³², in relazione al quale qualsivoglia soluzione appare comunque estremamente problematica da argomentare, oltre che motivo di non poco travaglio e vistosa inquietudine; ma, al di fuori di questo, la conclusione non può essere – a me pare – diversa da quella sopra indicata.

sacrificio della vita del malato.

³⁰ Fa, ancora di recente, efficacemente osservare S. AMATO, *Esiste un dovere di curarsi?*, cit., rifacendosi ad un pensiero di F. Mantovani, che "solo sviluppando la 'pietà per la morte' si possono ridurre gli spazi della 'morte per pietà'". Dal suo canto, M. GENSABELLA FURNARI, *Rifiuto e rinuncia alle cure*, cit., par. 5, ha, ancora da ultimo, avvertito della estrema difficoltà per il medico di stare a mezzo tra il "non uccidere" e il "non far soffrire".

³¹ Ancora A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia*, cit., che riprende l'espressione richiamata nel testo da C. Castronovo.

³² Un discutibile accostamento, pur con talune precisazioni, tra la posizione del soggetto incapace per malattia (e, segnatamente, di colui che versi in stato vegetativo permanente) e il minore è, ora, in M.L. CHIARELLA, *Interrogativi sul "diritto al rifiuto delle cure"*, cit., 89 ss., spec. 93 ss.

Eccessiva appare la tesi, patrocinata da alcuni sostenitori della vita ad oltranza³³, secondo cui essendo molte volte praticamente impossibile l'accertamento dell'attualità del volere, anche in presenza di dichiarazioni recenti in merito al "fine vita" le stesse dovrebbero considerarsi prive di valore, quanto meno di valore vincolante (si rammenti, peraltro, che la stessa Convenzione di Oviedo si esprime a riguardo di tali dichiarazioni in termini di "desideri", bisognosi di essere tenuti in conto, non già di precetti vincolanti³⁴). Un indirizzo metodico-teorico volto, invece, a dar rilievo (ma, pur sempre entro la cornice costituzionale, così come sopra delineata) all'autodeterminazione del soggetto non distingue tra il carattere ora più ed ora meno risalente delle dichiarazioni suddette ma si interroga – come si viene dicendo – circa la loro perdurante validità³⁵.

La tesi qui patrocinata – come si vede –, proprio per il fatto di richiedere una scrupolosa verifica della volontà del soggetto, dà a quest'ultima sostanziale rilievo, non dovendosi mai in partenza escludere il caso della divergenza tra ciò che si è detto e ciò che effettivamente si vuole, tanto più in relazione a vicende fortemente segnate dallo sviluppo della scienza e della tecnologia, che può appunto portare ad esiti, sconosciuti al momento della manifestazione del volere, che, se invece noti, avrebbero potuto portare il soggetto a determinarsi altrimenti ovvero potrebbero portarlo, al momento dell'accertamento, ad altro orientamento.

Di qui l'importanza, alle volte davvero risolutiva, del ruolo giocato dal medico, che non può mai essere una mera pedina mossa sullo scacchiere da una mano altrui, fosse pure quella dello stesso paziente (e meno che mai di terzi, che si arroghino il titolo di interpreti – per dir così – "autentici" della volontà del paziente stesso).

³³ *Ex plurimis*, di recente, B. FORTE, *Rispettare quella soglia sacra*, in *Il Sole 24 ore*, 4 ottobre 2009, che, a ulteriore rinforzo della sua tesi, rammenta come la percentuale dei suicidi tra gli ebrei tedeschi si sia notevolmente abbassata dopo l'inizio della Shoah e conclude rilevando che "l'amore alla vita cresce in chi sente imminente il rischio di perderla".

³⁴ Ed è superfluo qui rilevare che le leggi comuni sono obbligate a prestare ossequio ai trattati internazionali, salvo il caso che gli stessi non si pongano in violazione della Costituzione, secondo quanto ha al riguardo tenuto a precisare, ancora non molto tempo addietro, la Corte nelle famose sentenze "gemelle" sulla CEDU. Ed è bensì vero che la Convenzione in parola non è ad oggi formalmente vigente; e, tuttavia, per un verso, anche altre Carte dei diritti, come quella di Nizza, sono già state, come si sa, ampiamente richiamate nella pratica giuridica (segnatamente, giurisprudenziale) ancora prima della loro formale ricezione, mentre, per un altro verso, a stare ad una argomentata (ancorché, per vero, discutibile) opinione, l'obbligo di osservanza delle norme internazionali sorgerebbe al momento stesso in cui tali norme vedano la luce nell'ordinamento di appartenenza, pur se non ancora eseguite in ambito interno.

Senza che ci si possa ora intrattenere come si conviene sul punto, meritevole di una considerazione che qui non può aversi, resta il fatto, al quale non hanno forse prestato adeguata attenzione i fautori di un testamento biologico "forte", che la relativa disciplina legislativa potrebbe mettersi al riparo dal sempre possibile annullamento per inadempimento agli obblighi internazionali unicamente se adottata con fonte costituzionale, il vincolo discendente dal I c. dell'art. 117 cost. risultando infatti circoscritto, per la comune opinione, alle sole leggi comuni (riferimenti in A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino 2008 e A. COSSIRI, *sub art. 117, I c.*, in *Comm. br. Cost.*², a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova 2008, 1048 ss., nonché, ora, R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2009, 95 ss.). Non foss'altro, dunque, che per questa ragione, è strano che non caldegino il ricorso alle procedure dell'art. 138, allo scopo di "blindare" nel modo migliore la disciplina suddetta. E, però, anche in siffatta evenienza, non si dimentichi che le stesse leggi costituzionali sono, ad ogni buon conto, obbligate a conformarsi appieno ai valori fondamentali dell'ordinamento; e l'ipotesi di un conflitto con questi ultimi – come si tenta qui di mostrare – è da prendere in seria considerazione.

³⁵ Inquietante il caso descritto da T.L. BEAUCHAMP e J.F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, ed. it. a cura di F. Demartis, Firenze 1999, 136 s., richiamato ora anche da M. GENSABELLA FURNARI, *Rifiuto e rinuncia alle cure*, cit., par. 4, del paziente che decide di non sottoporsi più alla dialisi, dichiarando altresì che, qualora avesse in seguito chiesto di essere nuovamente sottoposto al trattamento suddetto, indispensabile a tenerlo in vita, medici e familiari non avrebbero dovuto tenere alcun conto della sua richiesta. Una volta, poi, che, a motivo della sofferenza provata, effettivamente chiede di essere sottoposto a dialisi, la volontà successivamente manifestata non viene rispettata. Che dire, allora, del *reale ed attuale* volere del paziente? E che dire se si fosse trattato di soggetto divenuto non più consapevole?

Nei termini ora indicati, la disciplina positiva, quale che ne sia la fonte e la sua estensione, non può ad ogni buon conto prescindere dalla “delega” agli operatori sanitari, dal momento che mai come qui il trapasso dalle previsioni astratte delle norme alle loro applicazioni ai casi della vita richiede di essere mediato dagli esperti, in ragione dei casi stessi e della loro complessiva connotazione. Torna così, come si vede, ad acquistare rilievo quella conformazione strutturale duttile della regolazione delle dichiarazioni di fine vita, cui si faceva cenno dianzi, fermi nondimeno i principi ispiratori della stessa, quali discendenti dal dettato costituzionale. Una regolazione, dunque, che si tenga alla larga da soluzioni rigide e definitive, invece da molti patrocinate (specie in funzione di una malintesa, piena libertà di autodeterminazione), che però, per il solo fatto di chiudere alla speranza, non possono trovare accoglienza in uno Stato di diritto costituzionale.

Sta in questa “delega”, d'altronde, la collaborazione, da molti opportunamente sottolineata (pur se talora nel quadro di ricostruzioni diversamente orientate rispetto a quella qui sommariamente delineata), tra medici e pazienti, agli uni essendo demandato di offrire ai secondi il migliore servizio, in scienza e coscienza, che sono in grado di dare, in fedeltà al modello costituzionale ed ai suoi valori (primo su tutti, quello della vita dignitosa della persona umana). Ciò che appare tanto più meritevole di considerazione con riguardo ai soggetti psicologicamente più esposti e fragili, ai più bisognosi (anche per l'aspetto economico), a coloro che vivono in solitudine, ai più deboli in genere, che, in condizioni di sconforto, potrebbero essere indotti a dichiarazioni affrettate di chiusura alla vita e che però, proprio per ciò, hanno necessità di poter contare sul sostegno solidale degli altri, dei medici in primo luogo che, più ancora di altri soggetti, possono fare molto per venire loro incontro³⁶.

Come si vede, il principio di eguaglianza sostanziale ha qui modo di esprimersi e farsi valere in una sua peculiarissima manifestazione, saldandosi ai principi costituzionali restanti, che, per una parte, lo sorreggono e, da un'altra parte, però sono da esso sorretti.

4. *La conversione della solidarietà in fratellanza, per il tramite dell'armonica integrazione di rigore e pietas costituzionale*

La solidarietà – come si è venuti dicendo – è la forza trainante le esperienze di vita di cui qui si è sommariamente discusso, tale da darne il più ragionevole e fermo orientamento, alle condizioni di contesto complessivamente date, in vista della loro maturazione quanto più è possibile conforme a Costituzione.

Il rigore del medico, scrupoloso osservante del giuramento d'Ippocrate, non va dunque mai disgiunto dalla *pietas*, dalla vera e propria compassione, così come questa da quello; e in quest'opera quotidiana di “cura”, nella sua più ampia e densa accezione, unita a compartecipazione alle sofferenze altrui si riflette ed inverte il modello costituzionale, nel quale – come si è tentato qui di mostrare – rigore e *pietas* non si presentano come valori distinti o, peggio, contrapposti ma appaiono quali i due volti dell'etica repubblicana, sottoposti nondimeno a quotidiano *stress* e costante tensione, nell'affannosa e dolente ricerca di punti di equilibrio interno (di bilanciamento, come suol dirsi), in vista del conseguimento di sintesi assiologiche per quanto possibile appaganti, in relazione a casi comunque complessi, di non facile o scontata soluzione, in un senso o nell'altro.

La solidarietà del medico la si tocca con mano non soltanto quando questi fa di tutto per curare il paziente o, quanto meno, per alleviarne le sofferenze ma anche (e

³⁶ Scrive oggi M. GENSABELLA FURNARI, *Rifiuto o rinuncia alle cure*, cit., par. 3 del *paper*, rifacendosi ad un pensiero di W.T. Reich, che “di fronte all'avanzare positivo del progresso scientifico e tecnologico e alle sue ricadute negative in termini di rischi di de-personalizzazione della relazione di cura, emerge l'esigenza di integrare la *cure*, la cura medica competente, basata sullo sguardo oggettivo alla malattia, alla *care*, cioè al *prendersi cura* della persona malata all'insegna dell'empatia”.

soprattutto) quando lo fa *in un certo modo*, convertendo la solidarietà stessa in fratellanza, condivisione autentica, intensamente avvertita³⁷. Ciò che si coglie, forse, nel modo più pieno e genuino proprio nei momenti in cui nulla più di umanamente fattibile può essere fatto e non resta altro che accompagnare (con solidarietà-fratellanza, appunto) il malato verso il suo ultimo passo. È qui, infatti, che si vede se il medico, oltre ad essere un professionista scrupoloso, ha anche un cuore. E, poiché la Costituzione vive attraverso l'opera di coloro che *la servono* (e non di coloro che *se ne servono*, per fini più o meno inconfessabili), può dirsi che quando il medico si sente a posto con se stesso, avendo fatto ciò che aveva il dovere di fare, allora anche la Costituzione dimostra di essere non solo un pezzo di carta fatto di belle parole ma un autentico cuore pulsante, al servizio dell'uomo, della sua vita, della dignità.

³⁷ Su solidarietà e fratellanza una densa riflessione si deve ora ad A. RAUTI, *Certus an, incertus quando*, cit., pur in un contesto teorico diversamente connotato rispetto a quello qui delineato.