

LE D.A.T. (DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO), OVVERO QUANDO IL DIRITTO DIVENTA LATITANTE

di

Cecilia Vigilanti[▲]

Indice-sommario: 1. *Premessa.*- 2. *Incertezze definitorie e distinzioni concettuali nell'evoluzione storica del problema dell'eutanasia.*- 3. *I caratteri e i tipi dell'eutanasia pietosa. Tre schemi: A (Classificazione delle diverse figure di eutanasia viste sia dal punto di vista del malato sia dal punto di vista dell'agente); B (Classificazione dei diversi tipi di eutanasia in relazione al consenso del malato); C (Posizioni dottrinarie, in relazione all'ordinamento giuridico italiano, circa la liceità o l'illiceità delle principali tipologie di eutanasia).*- 4. *Diritto alla vita e diritto di rifiutare le cure: il bilanciamento come unica via percorribile.*- 5. *Il diritto di rifiutare le cure come diritto di morire con dignità.*- 6. *Le direttive anticipate di trattamento come mezzo per l'attuazione del diritto di rifiutare le cure. I limiti entro cui il rifiuto può validamente e legittimamente esprimersi...*- 7. (segue): *Brevi riflessioni sul d.d.l. all'esame della Camera.*- 8. *Uno sguardo oltre i confini: Inghilterra, Stati Uniti, Canada.*- 9. *Conclusioni.*

1. *Premessa*

Per capire le reali radici del problema etico-giuridico posto dal rifiuto di quelli che, talvolta impropriamente, vengono definiti trattamenti di sostegno vitale, occorre fare alcune precisazioni sul contesto culturale e sociale più recente in cui esso si è sviluppato. Un contesto che forse ha prodotto — e questo è l'aspetto fondamentale — un nuovo modo di *vivere la morte*.

Nell'era dell'invincibilità della volontà, la morte, momento conclusivo del ciclo biologico attraverso cui si sviluppa la vita umana, ha cessato di essere pensata come qualcosa d'ineluttabile¹, per divenire oggetto eventuale del controllo della tecnica e della scelta dell'individuo². La smania di onnipotenza, propria dell'uomo occidentale, si è manifestata nel tentativo di conquistare ogni ambito prima sotto l'esclusivo dominio della Natura, finanche i limiti assoluti della vita e della morte³.

Il desiderio — tendenzialmente comune ad ogni soggetto — di essere padrone unico della propria esistenza fino alla sua conclusione nasce, dunque, dalla difficoltà, tutta moderna, di riconoscere il limite come condizione propria dell'esistenza umana⁴, un'incapacità che ci rende totalmente disarmati dinnanzi alla sofferenza. Nella nostra instancabile corsa per l'acquisizione di un pieno dominio sulla vita, abbiamo rinunciato a sviluppare gli strumenti *interiori* utili per dare un senso alla morte e prima ancora al dolore⁵: il fatto, ad esempio, di poter oggi sfidare la morte con le tecniche di rianimazione non ci garantisce che arriveremo pronti e consapevoli al momento ultimo

[▲] Dott.re in Giurisprudenza, Tutor scientifico del Master in Governo delle Regioni e degli Enti Locali (G.R.E.L.), Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

¹Sul punto vedi A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 1/2010, 7: «tutti ricordiamo la distinzione scolastica tra “atti” e “fatti” [...]. Sulla base di questa classica distinzione la fine vita era considerata appunto un fatto, esterno alla volontà. Se, al contrario, essa derivava da un “atto” — era cioè la conseguenza della volontà cosciente — certamente ci trovavamo fuori del diritto, nel campo dell'illecito o dell'antigiuridico».

² Vedi E. LECALDANO, *La bioetica e i limiti del diritto*, in *Dem. e dir.*, IV, 1988, 21 ss.

³ «Dove esistevano necessità, oggi sono possibili scelte»: S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 144.

⁴ «Laddove, come nelle nostre società, il senso della radicale precarietà del volere umano venga rimosso, è resa assai più difficile l'elaborazione culturale, la condivisione simbolica, e quindi l'istituzione di un costume civile, che consenta di reagire al negativo rappresentato dalla sofferenza e dalla morte»: P. CATTORINI, *Sotto scacco la bioetica di fine vita*, Napoli, 1993, 35.

⁵ Per un *excursus* sui modi in cui le diverse tradizioni filosofiche e religiose hanno cercato di dare un senso alla morte dall'antichità classica ad oggi, si veda l'intervento di G. FAGGIN in AA.VV., *Morte*, in *Enc. fil. Bompiani*, vol. VIII, Milano, 2006, 7641 ss.

della nostra esistenza; anzi, ci rende impreparati ad esso, giacché ci porta a riporre tutte le nostre speranze in un *rinvio* della fine.

Abbiamo perso la capacità di *vivere la morte* nel momento stesso in cui abbiamo pensato di poterla isolare o escludere dalla nostra vita⁶.

Questo tentativo di isolamento si è espresso nel progressivo allontanamento delle realtà della morte dalla nostra quotidianità⁷: essa – prima vissuta come evento “domestico”, vero e proprio rito cui tutta la famiglia partecipava o comunque assisteva – ha poi subito un processo di ospedalizzazione e medicalizzazione⁸, che l’ha spesso resa inumana, segnata da un profondo senso di solitudine⁹. Non più persone ad accompagnare il morente, ma solo macchine e tecnici¹⁰.

E’ ormai innegabile che uno dei maggiori rischi della medicina moderna sia quello di perdere l’attenzione per l’uomo: la malattia, e sua tragica degenerazione in morte, è vissuta dalla scienza come insuccesso tecnico¹¹ che talvolta fa dimenticare colui che la sta attraversando¹².

⁶ Cfr. M. ARAMINI, *L'eutanasia. Commento giuridico-etico della nuova legge olandese*, Milano, 2003, 12. L’Autore parla di una *clandestinizzazione della morte*, divenuta evento da nascondere, e tal proposito riporta le parole di P. ARIÈS che in *L'uomo e la morte dal Medioevo ad oggi*, Bari, 1979, descrive questo processo di tabuizzazione della morte: «Nel XX secolo la morte ha rimpiazzato il sesso come principale interdizione. Una volta si diceva ai bambini che erano nati sotto un cavolo, ma essi assistevano alla grande scena degli addii nella camera e al capezzale del morente. Oggi i bambini sono iniziati, fin dalla più giovane età, alla fisiologia dell’amore e della nascita, ma quando non vedono più il nonno e domandano il perché, si risponde loro, in Francia, che è partito per un grande viaggio molto lontano, e in Inghilterra, che riposa in un bel giardino cui spunta il caprifoglio. Non sono più i bambini che nascono sotto i cavoli, ma sono i morti che scompaiono tra i fiori».

⁷ Vedi G. VOLPE, *Per una dimensione umana della morte: nella medicina e nel diritto*, in *Giust. pen.*, 1993, 154. L’Autore arriva a parlare di «*morte proibita*» su cui, paradosso della tecnica, l’uomo ha perso ogni controllo: «nella camera anonima dell’Ospedale il malato è gradualmente espropriato della sua responsabilità, delle sue paure, delle sue angosce».

⁸ Sulla concetto di medicalizzazione si veda I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Milano, 1976, 144: «La medicalizzazione dà luogo a un prolifico programma burocratico basato sull’idea che non occorra affatto che ciascuno affronti personalmente il dolore, la malattia e la morte [...]. La civiltà medica è pianificata e organizzata allo scopo di sopprimere il dolore, eliminare la malattia e annullare il bisogno di un’arte di soffrire e morire».

⁹ Proprio per questo S. Rodotà parla della necessità di «riappropriarsi di un’umanità che la tecnica ha cancellato». Cfr. S. RODOTÀ, *Chi ha paura della morte*, in www.swif.uniba.it/lei/rassegna/000312b.htm tratto da il *Sole-24ore*, 12 marzo 2000. Sul punto si veda anche E. KÜBLER-ROSS, *La morte e il morire*, Assisi, 1990, 16: «Il morire diviene desolato e impersonale perché il malato è spesso allontanato dall’ambiente familiare e portato in fretta al pronto soccorso».

¹⁰ Per una più completa lettura sociologica del fenomeno della medicalizzazione della morte occorre certamente tener conto del fatto che essa ha tendenzialmente coinciso con il mutamento del ruolo sociale e familiare della donna, prima titolare esclusiva delle funzioni di cura nel focolare domestico, unico spazio entro cui aveva modo di esprimere la propria personalità. Non a caso, infatti, l’identità sociale della donna, fino a 60-70 anni fa, si identificava con competenze e funzioni collegate strettamente alla sua posizione di sesso (la maternità) e al centro delle funzioni materne vi era il concetto di cura, inteso come preoccupazione ed occupazione insieme: «con la preoccupazione si designa un risvolto soggettivo: l’interesse, l’attenzione, il desiderio; con l’occupazione si designa il lavoro concreto: i compiti che sono molteplici e non frazionabili, l’insieme non separabile di atti concreti rivolti ad uno scopo preciso ma non puntiforme, che in ultima istanza è il benessere degli ospiti, dei malati, degli dei, di sé». Cfr. E. REALE, V. SARDELLI, *Il femminile come modello metodologico e operativo dei servizi: come fare per evitare il burn-out della "cura degli altri"*, in www.salutementaledonna.it/servizio_donne.htm. Il progressivo “abbandono” degli spazi domestici da parte delle donne e, quindi, il loro inserimento in nuove e molteplici posizioni lavorative, ha reso vacante il ruolo da esse prima occupato nella cura dei malati e degli anziani. E’ anche in questo dato che deve rinvenirsi uno dei motivi che hanno favorito il c.d. *boom* delle badanti, venuto alla luce nelle sue reali dimensioni a seguito della sanatoria prevista dalla legge Bossi-Fini: «ci voleva dunque la sanatoria per scoprire che l’attività delle badanti costituisce, dopo l’impegno diretto dei familiari, il servizio di welfare più utilizzato dalla popolazione non autosufficiente, a cominciare da quella anziana. Il ricorso ai servizi pubblici, in confronto all’assunzione di badanti, non solo è molto meno diffuso (non più della metà), ma è anche molto meno intenso (copre in media per cinque ore alla settimana), meno flessibile, anche se più affidabile sul piano professionale». Cfr. *Non si può più ignorare il ruolo delle badanti*, dal *Messaggero Veneto* del 05.12.2002, in www.friulicrea.it. Questo in conclusione in quadro complessivo e tendenziale: nelle famiglie in cui le donne non sono impegnate nella cura dei malati, questo compito ricade o sulle badanti, laddove il reddito familiare lo consenta, o sul servizio pubblico e più precisamente sugli ospedali e le case di cura.

¹¹ Sul punto vedi F. J. A. ROIG, *Eutanasia*, in AA.VV., *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica, e filosofia del diritto*, a cura di M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, Torino, 2007, 193.

Più specificamente, la problematica oggetto di questa riflessione costituisce una diretta conseguenza dell'affinamento da parte della scienza medica di nuove tecniche, sia di rianimazione sia di sostegno vitale, che rendono possibile il protrarsi a tempo indeterminato, per lo più appunto all'interno degli ospedali, di situazioni di terminalità che, per le sofferenze o per gli stati d'incapacità che li contraddistinguono, si pongono a metà strada tra la vita e la morte o, meglio ancora, s'inseriscono in quello che viene comunemente definito il *processo del morire*¹³. Il diritto di rifiutare le cure tende ad assumere, in questo quadro di riferimento, il significato di «*strumento per contrastare [...] l'eccessivo potere della medicina e dei medici sul malato e ripristinare un "ordine" morale violato dall'eccessivo potere sulla natura*»¹⁴.

Il timore che, in un settore tanto delicato quale quello ora richiamato, si possa far luogo a discriminazioni o abusi, rappresenta la motivazione principale per cui sembra necessario che si metta mano ad un intervento normativo. Tale affermazione sollecita immediatamente alcune riflessioni inerenti al modo in cui nel nostro ordinamento è stato negli ultimi anni trattato il tema dell'interruzione dei trattamenti di fine-vita, e prima ancora quello delle direttive anticipate di trattamento. Esso è certamente espressione di alcune tendenze patologiche, ma ormai costanti, proprie dell'azione politica del nostro Paese.

Mi riferisco, in particolare, all'insufficienza e all'inadeguatezza degli strumenti e delle categorie normative a disposizione, rispetto alle problematiche da trattare, specie laddove si tratti di materie connesse all'avanzare della scienza e della tecnica; ma anche alla tardività degli interventi legislativi ispirati nella maggior parte dei casi ad una logica "emergenziale" che, probabilmente, cela l'incapacità di approntare soluzioni di lungo periodo, realmente condivise e condivisibili.

Troppo spesso, infatti, il nostro diritto, anziché operare come attento ricettore delle esigenze e dei bisogni che emergono nella collettività nel quadro dei valori costituzionali, si è trovato a rincorrere la prassi¹⁵, ad assistere impotente al consolidarsi di comportamenti giuridicamente opinabili, posti in essere dai cittadini abbandonati a se stessi, a causa del silenzio della legge, ma costretti ad agire nell'urgenza del momento. Si pensi, per richiamare un esempio che ha a che fare con il tema oggetto di questo studio, ai tanti medici che hanno dichiarato di aver fatto luogo a pratiche eutanasiche nel corso della loro carriera¹⁶, pur in assenza di una precisa disposizione normativa, ed anzi nonostante i dubbi di illiceità esistenti in relazione a tali pratiche: casi rimasti a

¹² Cfr. E. KÜBLER-ROSS, *op. cit.*, 17: «Quando un paziente è seriamente ammalato, spesso è trattato come una persona che non abbia alcun diritto di avere un'opinione [...]. Ci vorrebbe così poco per ricordarsi che la persona malata ha dei sentimenti, dei desideri e delle opinioni e soprattutto ha il diritto di essere ascoltato». Nello stesso testo l'Autrice esamina in modo dettagliato, e dimostrando un profondo senso di umanità, le diverse fasi psicologiche che il malato affronta nel vivere una malattia inguaribile. Parla in particolare di 5 fasi, le ultime quattro accompagnate da un'inespressa e forse anche inspiegabile speranza: 1) rifiuto ed isolamento; 2) collera; 3) venire a patti; 4) depressione; 5) accettazione.

¹³ Cfr. M. C. BELLUCCI, *L'accettazione della realtà della morte nella medicina*, in AA.VV., *Inizio e fine vita: soggetti, diritti, conflitti*, a cura di F. G. PIZZETTI, M. ROSTI, Milano, 2007, 5.

¹⁴ Vedi G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro. It.*, II, 2003, 33.

¹⁵ Sul ritardo sociale del diritto si veda S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 143.

¹⁶ Il 12 novembre 2002 il Corriere della Sera ha pubblicato i risultati di un'indagine realizzata dal Centro di Bioetica dell'Università Cattolica di Milano, sotto la direzione del professor Adriano Pessina, docente di Filosofia morale presso la stessa Università. L'indagine si è svolta attraverso la somministrazione di un questionario composto da 100 domande a 259 medici rianimatori. Ha risposto l'87% dei soggetti coinvolti. Il 3,6% ha dichiarato di aver somministrato, almeno una volta, volontariamente farmaci letali. Il 96,4% ha negato di averlo mai fatto. Il 15,8% degli intervistati ritiene, tuttavia, questa iniziativa accettabile. Il 19,3% del campione nega, poi, di aver mai sospeso le cure (staccando il respiratore, interrompendo l'erogazione dell'ossigeno, eccetera). Il 38,6%, invece, riconosce di averlo fatto almeno una volta, il 42% 'più spesso'. In nessun caso questo atto medico viene riportato sulla cartella clinica, per il timore di essere denunciati. L'eutanasia passiva è attuata anche senza il consenso contestuale del paziente incapace che tuttavia in passato aveva fatto intendere al medico le sue volontà. Il 21,3% afferma di aver tenuto conto di questo testamento biologico qualche volta, il 9,2% spesso o sempre. Quasi il 50% di coloro che hanno staccato la spina ha preferito non coinvolgere nella decisione i familiari, neppure quelli più stretti. Cfr. M. DE BAC, *Il 4% dei rianimatori pratica l'iniezione letale*, <http://archiviostorico.corriere.it>

lungo senza voce, in cui il singolo si è dovuto dare una norma da sé, facendo appello essenzialmente alla sua morale.

Troppo spesso, poi, i poteri dello Stato, ciascuno in relazione alla propria funzione, hanno dimostrato un'innata tardività, accompagnata dalla tendenza ad attivarsi solo di fronte a situazioni estreme e "spettacolari".

Mi sembra di poter dire che la linea di azione seguita, in generale ma più precisamente in tema di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, sia tendenzialmente questa: quando la vicenda personale di un cittadino assume caratteri di eccezionalità, o anche solo di drammaticità, tanto accentuati da giustificare la nascita di un caso mediatico, l'attenzione pubblica che su quel caso si concentra "attira", forse per il ritorno di immagine che si cerca di ottenerne, l'intervento pubblico. Volendo ricostruire più nel dettaglio i passaggi attraverso cui si svolge, almeno nella maggior parte delle situazioni — lo si è potuto verificare, ad esempio, nella vicenda Englaro — l'azione politica, l'urgenza o la presunta urgenza del provvedere limitatamente a quel caso specifico, sollecitano l'azione del Governo, che preso dall'ansia dell' "intervenire", dal "desiderio" di un fare che però spesso diventa azione senza pensiero, ricorre o cerca di ricorrere, all'esercizio temporaneo della funzione legislativa. Il Governo, quindi, si rivela l'organo più sensibile alle pressioni dell'opinione pubblica, e pretende di intervenire in prima linea su temi che per il resto del suo mandato potrebbero non interessarlo, sostituendosi al Parlamento.

Non mancano, però, casi in cui l'ordine di intervento dei poteri dello Stato si inverte: o perché non ci sono i presupposti giustificativi della decretazione governativa o perché semplicemente il primo organo ad intervenire è effettivamente il Parlamento, su iniziativa della maggioranza legata al Governo; allora la funzione legislativa torna a svolgersi con modalità fisiologiche, ma spesso i lunghi tempi di approvazione della legge alla fine fanno desistere dall'intento. I mesi passano, il sipario scende sulle vicende che hanno acceso l'opinione pubblica, e acquietatasi questa, il problema, che aveva sollecitato l'intervento, si percepisce come meno stringente di quanto non sembrasse inizialmente.

Ciò comporta ovviamente che si giunga impreparati al successivo caso di specie che si venga a presentare, poiché l'intervallo tra un caso mediatico e l'altro non è pensato come tempo di riflessione per maturare soluzioni normative di lungo periodo, solide e fondate, frutto di un dibattito strutturato, competente e allargato, ma come tempo in cui occuparsi di nuove e più pressanti emergenze.

Il tema del diritto di interrompere o rifiutare alcuni trattamenti, da cui dipende la sopravvivenza del soggetto, esige soluzioni che siano *le più condivise possibili*. Il formarsi di tali scelte condivise richiede tempi lunghi, incompatibili con le soluzioni emergenziali pensate dal nostro Governo nel "caso Englaro". Appare quindi necessario che si appronti in tempi ragionevoli una disciplina di questa materia, che definisca un quadro stabile di riferimento. La predisposizione di tale regolamentazione, che non potrà a parer mio che essere una legge¹⁷, credo dovrebbe essere accompagnata o preceduta:

1. da una seria attività di studio svolta con tecniche interdisciplinari;
2. da una capillare ed onesta campagna di informazione, che consenta ai cittadini di capire cosa comporterebbe in concreto, ad esempio, il riconoscimento della vincolatività giuridica delle direttive anticipate di trattamento;
3. dalla creazione di sedi, anche diverse da quelle istituzionali, di confronto tra i sostenitori delle varie soluzioni etiche, religiose e giuridiche possibili.

Ritengo, dunque, che oggi più che mai si imponga con forza l'esigenza di tornare a parlare in modo diffuso di fine vita, di trattamenti *life-sustening*, di direttive anticipate di trattamento

¹⁷ Quanto alla natura dell'intervento normativo da porre in essere e sulla opportunità, dunque, di ricorrere alla procedura aggravata di cui all'art. 138 Cost. si veda A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it: «la procedura aggravata presenta comunque il pregio di obbligare le forze politiche presenti in Parlamento ad una ponderazione che, quanto meno sulla carta, offre garanzie maggiori di quelle insite nelle procedure ordinarie di formazione della legge».

(D.A.T), perché non ci si debba più ritrovare nell'“urgenza del provvedere”, perché la soluzione di casi tanto drammatici che mettono in gioco il labile confine tra la vita e la morte non sia approntata sulla scia della commozione, della pressione mediatica, perché possano trovare una risposta certa, adeguata e rispettosa del valore della vita, le istanze di autodeterminazione dei migliaia di pazienti che vivono o che si apprestano a vivere situazioni di terminalità o di irreversibile compromissione della qualità della vita.

Non è, certo, più tollerabile che in un sistema costituzionale come il nostro, che riconosce quale suo fine e limite ultimo la dignità della persona umana¹⁸, esistano lacune nella disciplina di quelle situazioni che più di tutte le altre sono idonee a lederla, e a farlo, tra l'altro, in modo irreparabile: una volta per tutte.

Condizione imprescindibile per confrontarsi su queste tematiche è la consapevolezza che non esiste sul piano *oggettivo* una verità valida in senso assoluto: possono esistere tante verità *soggettivo-individuali*, o verità collettive di una comunità, quale la comunità dei credenti in una stessa divinità, ma di certo non si può — se non con il rischio di far diventare lo Stato uno Stato etico — affermare l'esistenza di una verità unitaria ed unica, su questo come su altri argomenti. Occorre, invece, pervenire sempre a soluzioni costituzionalmente compatibili: dunque *ragionevoli* e *inter-soggettive*¹⁹.

Il percorso che mi propongo di compiere con questa breve riflessione, parte dalla necessità di determinare con chiarezza, sgombrando il campo da possibili equivoci, l'ambito oggettivo-convenzionale di riferimento, fissando un “contenuto minimo” per i diversi termini e concetti che entreranno in gioco nel corso della trattazione. Credo, infatti, che condizione indispensabile per costruire un dialogo e un confronto che sia davvero tale, sia l'accordo sul significato dei termini utilizzati nella comunicazione²⁰. Cercherò quindi di individuare un senso “minimo” convenzionale per alcuni concetti centrali nel dibattito sul tema di nostro interesse.

2. Incertezze definitorie e distinzioni concettuali nell'evoluzione storica del problema dell'eutanasia

Nella ricostruzione del significato del termine eutanasia, si avverte la difficoltà, propria di ogni analisi semantica, di dover cogliere il senso profondo non solo del concetto astrattamente considerato, ma prima ancora della realtà che “dietro” quel concetto si vuole rappresentare. Tale difficoltà è in questo caso amplificata dal fatto che il termine in questione costituisce ancora oggi «*un ampio contenitore tematico, nel quale è possibile far rifluire situazioni e momenti di varia natura*»²¹. A ciò si aggiunge, con particolare rilevanza per la nostra analisi, che, come non mancano di evidenziare alcuni²², l'eutanasia non si può considerare ancora una nozione giuridica: essa non costituisce, infatti, una fattispecie rigorosamente tipizzata, ma continua ad avere «*carattere*» meramente «*socio-pragmatico*»²³.

Nella storia di tale nozione è possibile, anzitutto, riscontrare un'*evoluzione* interna al concetto che ha assunto in alcuni passaggi i tratti di un'*involutione* — a causa del determinarsi, come vedremo, di una sorta di discrasia tra il senso etimologico del termine e il significato riconosciutogli nel concreto utilizzo — ed ha avuto come esito finale il configurarsi di una sorta di ritorno alle

¹⁸ Sul punto si veda spec. A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, Torino, 2008, 61. L'Autore definisce la dignità umana come «*l'obiettivo ultimo ed il limite estremo di ogni sistema costituzionale*» personalista e liberaldemocratico.

¹⁹ Cfr. ancora A. SPADARO, *op. cit.*, per es. 164.

²⁰ Sulla necessità che sul punto si instauri un dialogo non “apparente” si veda A. RUGGERI, *op. cit.*

²¹ Cfr. P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003, 201.

²² Cfr. M. PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 103 e ss.; G. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *Giust. pen.*, 985, 186.

²³ Cfr. M. PORZIO, *op. cit.*, 104.

origini. Le tappe di questo percorso evolutivo ed involutivo insieme, come vedremo meglio *infra*, possono essere così rappresentate:

1. Dall'eutanasia come condizione interiore di serenità davanti alla morte
(significato originario)
↓
2. All'eutanasia come strumento per la realizzazione di fini di pubblica utilità
(e. *eugenetica*: involuzione)
↓
3. All'eutanasia come pratica attiva od omissiva mediante la quale liberare il soggetto
malato, dietro sua richiesta o meno, dalla sofferenza
(eutanasia *pietosa*, propria dell'età contemporanea)

L'analisi dell'etimologia (dal greco *eu-* , che significa letteralmente – si sa – *buona morte*), infatti, ci induce a pensare che il termine eutanasia sia stato in origine concepito per descrivere non una realtà esterna al soggetto, ma piuttosto una condizione interiore che questi era auspicabile raggiungesse davanti al fatto morte²⁴. La dolce morte veniva intesa come trapasso reso sereno dalla «*consapevolezza di aver nobilmente speso la propria vita*»²⁵.

Se questo era, dunque, il significato originario della nozione di eutanasia, ci sembra possibile affermare che essa venisse intesa come afferente ad una dimensione di tipo *individualistico-umanitaria*.

Tale dimensione viene di fatto messa in crisi dal diffondersi di talune pratiche — alcune precristiane altre anche significativamente più tarde — che impropriamente, dato il significato etimologico sopra ricostruito, ma comunque stabilmente e diffusamente, furono qualificate come eutanasiche. Ci riferiamo, ad esempio: alla pratica sviluppatasi nell'India antica, di annegare nel Gange i malati inguaribili; all'*expositio* degli infanti deformi prevista dal diritto romano; all'uccisione dei minorati praticata a Sparta. Si tratta di forme di eutanasia pensate principalmente per “liberare” la società dal peso e dal costo dei sofferenti, di coloro che venivano considerati “inutili” per il perseguimento degli obiettivi della *res publica*²⁶. E' così, dunque, che l'eutanasia cessa di costituire il modo privilegiato di affrontare la morte proprio di colui che la vive libero dalla sofferenza fisica oggettiva o anche in uno stato di bene soggettivo, per diventare etichetta usata per indicare le pratiche di “selezione” poste in essere dai poteri pubblici o dai soggetti privati, pubblicamente autorizzati, al fine di realizzare quello che viene prospettato come il bene della collettività. Si compie in tal modo il passaggio da un'accezione *individualistico-umanitaria* ad una *collettivo-statuale ed utilitaristica* del concetto di eutanasia²⁷.

²⁴ Cfr. M. PORZIO, *op. cit.*, 104.

²⁵ Cfr. M. PORZIO, *op. cit.*, 103.

²⁶ Sul punto vedi C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 20.

²⁷ Vedi C. TRIPODINA, *op. cit.*, 20; F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 442: l'Autore, in particolare, distingue tra l'*eutanasia collettivistica* posta in essere per un fine di pubblica utilità e su larga scala, e quella *individualistica*. Sulla legittimità dell'uccisione dei soggetti adulti gravemente malati, *non utili a sé né agli altri*, si veda PLATONE, *La Repubblica*, trad. it. in *Opere complete*, Roma - Bari, 2003, III 406 c-e; ma anche T. MORE, *Utopia*, trad. it., Roma - Bari, 1991, lib. II, 5, il quale esorta i malati inguaribili ed esposti a continue sofferenze, a non prolungare «*quella peste funesta*» e a non «*esitare di morire*», ritenendo che il malato in tali condizioni è «*inetto in qualsiasi compito, molesto agli altri e gravoso a se stesso, sopravvive alla propria morte*». Per una ricostruzione della nozione di utilitarismo, più in generale si veda la relativa voce in E. MORSELLI, *Dizionario di filosofia e scienze umane*, Milano, 2001, 229 ss.: «*dottrina morale che pone l'utile come criterio di regolazione dell'agire morale, identificandolo con la felicità [...]. L'utile è tale nel momento in cui procura vantaggi non solo per il singolo, ma anche per l'insieme sociale: è in questo senso può diventare un criterio oggettivo, sovra individuale di valutazione morale*».

E' proprio in questa prospettiva collettivo-statuale che si giustificherà l'affermarsi, in epoca moderna, anche di forme di *eutanasia criminale*, concepita come strumento per l'eliminazione non più dei soggetti considerati "inutili" per la società, bensì di quelli "pericolosi, o di *eutanasia sperimentale*"²⁸, ove il soggetto passivo dell'atto eutanasiaco diventa cavia per la sperimentazione di trattamenti medici, di farmaci o di tecniche diagnostico-terapeutiche²⁹.

Ispirata sempre ad una finalità di pubblica utilità, e quindi alla realizzazione di scopi esterni al soggetto che subisce l'atto eutanasiaco, è, infine, l'*eutanasia solidaristica*, che si ha ogni qual volta l'anticipazione dell'evento naturale della morte ha luogo allo scopo di salvare altre vite, attraverso l'espianto degli organi utilizzabili.

Di eutanasia in senso *individualistico-umanitario*, ossia più aderente all'etimologia del termine, si torna, invece, a parlare in età contemporanea, con l'affermarsi della figura dell'*eutanasia pietosa*, intesa come atto di liberazione del malato dalla sofferenza che gli procura la sua patologia³⁰. Tale tipo di atto eutanasiaco muove, in particolare, da un sentimento di compassione per lo stato di dolore in cui versa la "vittima", unico soggetto che da tale atto può trarre un'utilità, identificabile proprio con la liberazione da una condizione umana angosciante. Come già l'uso dell'aggettivo "pietosa" ci può far intendere, l'elemento centrale non è in questo caso il carattere indolore della morte, bensì il movente, la pietà, che paradossalmente sarebbe in grado di trasformare l'uccisione in un gesto d'amore, di affrancazione dalle sofferenze³¹.

La figura dell'*eutanasia pietosa* è andata col tempo precisandosi, nei suoi elementi costitutivi, fino ad assumere, nella prassi e nell'uso ordinario, il valore di pratica di natura essenzialmente medica che s'inserisce, quindi, all'interno di un rapporto giuridico ben qualificato, anche sotto il profilo della responsabilità³².

Dalla veloce ricostruzione della storia della nozione di eutanasia, emerge la dicotomia tra due significati possibili del concetto, che ci danno probabilmente la vera misura della sua evoluzione: si tratta della distinzione tra *eutanasia interiore* ed *eutanasia esteriore*, richiamata da Bacone³³, ma mai adeguatamente approfondita dalla dottrina.

L'*eutanasia interiore* ha una dimensione puramente spirituale, si concretizza in una condizione interiore che non si costruisce tanto in relazione alla morte, che pure sembrerebbe

²⁸ Il caso storico più drammatico di attuazione di questo tipo di eutanasia fu senza dubbio quello dell'*Euthanasieprogramm* proprio della politica nazista. Sul punto si veda M. PORZIO, *op. cit.*, 110; M. BARNI, G. DELL'OSSO, P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1981, 56, nonché www.olokaustos.org/argomenti/eutanasia/eutanasia2.htm.

²⁹ Trattamenti questi ultimi che potrebbero in taluni casi sussumersi entro il divieto di pratiche eugenetiche di cui all'art. 3 della CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (firmata come Dichiarazione solenne al Consiglio europeo di Nizza, il 7 dicembre del 2000, riproclamata a Strasburgo nel 2007 e ora parte integrante del Trattato di Lisona), rubricato *Diritto all'integrità della persona*.

³⁰ Cfr. SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia Iura et bona*, AAS 72, 5 maggio 1980, ove si definisce l'eutanasia come ogni «azione od omissione che di natura sua, o almeno nelle intenzioni, procura la morte allo scopo di eliminare ogni dolore».

³¹ Cfr. G. IADECOLA, *op. cit.*, 187.

³² Può essere interessante ricordare che il primo ad impiegare in questa accezione specifica il termine eutanasia fu F. BACON (di quest'autore vedi *Della dignità e del progresso della scienza*, in *Opere filosofiche*, a cura di F. DE MAS, Bari, 1965, vol. II, 214). Egli, in particolare, sosteneva fosse altamente desiderabile che i medici «imparassero l'arte di aiutare gli agonizzanti a uscire da questo mondo con più dolcezza e serenità». Il tentativo di Bacon di ricondurre l'eutanasia entro i limiti imposti dal significato etimologico del termine fu, tra i tanti, riconosciuto e apprezzato da GIUSEPPE DEL VECCHIO (*Morte benefica. L'eutanasia sotto gli aspetti etico-religioso, sociale e giuridico*, Torino, 1928, 28 ss.), secondo il quale Bacon sarebbe l'unico vero «precursore [...] dell'odierna tesi eutanasiaca», essendo appunto scorretto, ad esempio, ricondurre all'eutanasia come *morte benefica*, le tradizioni degli Spartani, da noi sopra richiamate, così come le uccisioni "pietose" che si svolgevano sulle rive del Gange. In tali ipotesi, infatti, la morte non era indolore, come l'eutanasia in senso proprio richiederebbe, ed era procurata a soggetti che avrebbero potuto voler continuare a vivere. Secondo DEL VECCHIO, dunque, con riferimento a tali condotte, così come anche al pensiero di T. More, sarebbe più corretto parlare di *eugenica* che di *eutanasia*.

³³ Vedi F. BACON, *op. cit.*, 220 ss.

esserne il momento qualificante, quanto piuttosto, come abbiamo già anticipato, in rapporto alla qualità della vita.

Diametralmente opposta è la definizione di *eutanasia esteriore*, nella quale l'aggettivo rinvia alla materialità dell'azione che conduce alla morte. Tale azione ovviamente potrà poi, a seconda delle modalità e dei giudizi di valore su di essa espressi, assumere forme più o meno lecite.

3. I caratteri e i tipi dell'eutanasia pietosa. Tre schemi

Attestato che l'*eutanasia pietosa* è l'unica tra le più moderne forme di pratiche eutanasiche a rispettare l'essenza originaria del concetto di eutanasia, occorre definire con maggiore precisione quali siano gli elementi qualificanti questa figura e quali le possibili varianti attuative della stessa.

Sono principalmente quattro i caratteri che definiscono il perimetro della nozione di *eutanasia pietosa*, secondo l'orientamento maggioritario³⁴:

- lo stato di sofferenza acuta in cui il malato versa, correlato al suo essere in una condizione di terminalità o comunque di inguaribilità;
- lo svilupparsi della richiesta o della volontà eutanastica nell'ambito della relazione medico-paziente: secondo tale orientamento, è eutanasia solo la richiesta rivolta a, o soddisfatta da, un soggetto che riveste un ruolo qualificato nei confronti del paziente, vale a dire il medico³⁵;
- la possibilità di arrecare un reale beneficio al soggetto sofferente, il cui interesse deve essere il principale criterio di riferimento per l'assunzione di qualsiasi decisione che lo riguarda, procurandogli la morte;
- la possibilità di agevolare l'evento morte in maniera *dolce*, ossia indolore.

Sulla base di questi parametri si potrà, quindi, già escludere dal campo dell'eutanasia l'ipotesi in cui il soggetto non stia in atto vivendo situazioni né di sofferenza psichico-morale né di sofferenza fisica, o ancora le ipotesi in cui la condotta eutanastica sia posta in essere da un soggetto diverso dal medico, o per interessi extraindividuali, magari di natura prettamente pubblica, sociale o politica (vedi *eutanasia criminale o eugenetica*). Come vedremo, alcuni degli elementi sopra elencati potrebbero utilizzarsi anche per ricostruire i limiti entro cui può esercitarsi il "diritto di rifiutare le cure", intorno al quale in realtà l'attenzione dovrebbe, a parer mio, concentrarsi, abbandonandosi del tutto il ricorso al termine-nozione di eutanasia (vedi *infra*).

Com'è noto, madre di tutte le classificazioni in tema di eutanasia pietosa è la distinzione tra l'*eutanasia attiva* (che passa attraverso azioni "positive" di un soggetto diverso dal malato, quali la somministrazione di particolari farmaci, volti ad accelerare l'evento morte) e l'*eutanasia passiva*³⁶

³⁴ Possiamo ricavare tali elementi dall'esame combinato di diversi studi condotti sul tema da autori sia italiani sia stranieri. Si veda, innanzitutto, la carrellata di definizioni di eutanasia che viene offerta da F. J. A. ROIG (*op. cit.*, 203) il quale riporta, ad esempio, la definizione di Albert Calsamiglia per cui l'eutanasia s'identifica con «la somministrazione della morte senza dolore nell'interesse del destinatario e presuppone la riduzione della durata della vita di un malato terminale»; quella di Marina Gascón Abellán, che si riferisce a «quelle azioni o omissioni giustificate dal rispetto per una persona che, in modo diretto o indiretto, provocano la sua morte, intendendo però la morte come un bene per la stessa persona e non semplicemente come aiuto a morire bene, e sussistendo, inoltre, la condizione indispensabile secondo la quale la vita acquisterebbe altrimenti dei caratteri di irreversibile assenza di dignità». Con riferimento al panorama italiano si consideri per tutti D. NERI, *Eutanasia, valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, 1995, 13. L'Autore, in particolare, partendo dall'analisi del pensiero di F. BACON, ricava le tre caratteristiche utili a individuare l'ambito di significato del termine: 1) le condizioni oggettive del malato; 2) il rapporto medico-paziente; 3) la beneficialità della morte per il paziente.

³⁵ Di diverso avviso G. IADECOLA, *op. cit.*, 188, per il quale la portata del concetto di eutanasia non dovrebbe essere ristretta in modo tale da identificarla con quella della sola eutanasia pietosa, ma dovrebbe piuttosto ricomprendersi entro i confini di tale problematica anche i casi di uccisione non indolore attuata «da chi non aveva i mezzi o la capacità tecnica necessari per procurare un trapasso non doloroso».

³⁶ Così A. BOMPIANI, *Eutanasia e diritti del malato <in fase terminale>. Considerazioni giuridiche*, in *Presenza Pastorale*, 1985, 428: «l'eutanasia passiva non consiste sempre e solamente con il morire senza sofferenza, ma si

(che si concretizza in un'“omissione”³⁷, come l'interruzione di trattamenti medici di solo mantenimento).

Si tratta di una contrapposizione ampiamente approvata in dottrina³⁸, rispetto alla quale non sono però mancate tesi contrastanti³⁹. Basti ricordare la posizione di P. Cendon, che definisce fuorviante la distinzione suddetta poiché riconduce alla nozione di eutanasia «*fattispecie che attengono ad un'iniziativa perfettamente lecita [...], quella della sospensione delle cure*»⁴⁰. Sulla lecita sospensione delle cure si tornerà più avanti, ma possiamo ad ogni modo già evidenziare come nell'ipotesi in cui la sospensione sia posta in essere su richiesta del malato (c.d. *eutanasia passiva consensuale*, secondo la dottrina maggioritaria) sia ravvisabile un caso di diritto di rifiutare le cure.

A sua volta, l'*eutanasia passiva*, tenendo conto delle precisazioni precedenti, può assumere la forma di *orto-eutanasia*, qualora al malato considerato inguaribile non vengano più somministrate le cure ma solo sedativi, o di *para-eutanasia*, se si verifica la cessazione della rianimazione nei soggetti che, in stato di trauma cranico, non hanno più alcuna «*forma di vita di relazione, ma solo vegetativa*»⁴¹.

Alla nozione di *eutanasia attiva* possiamo, invece, ricondurre l'ipotesi dell'*eutanasia pietosa in senso stretto*, che si sostanzia in un'uccisione deliberata, e quella dell'*eutanasia larvata o pura (lenitiva in senso stretto)*, caratterizzata dalla somministrazione, oltre che delle cure, anche di analgesici-narcotici⁴².

Alla distinzione tra *eutanasia attiva* ed *eutanasia passiva* si associa anche quella tra atti eutanasi *consensuali* (per commissione o volontari) e *non consensuali* (non volontari)⁴³, fondata

identifica talvolta con la prassi della sospensione delle cure specifiche e della somministrazione di sostanze narcotiche, capaci di sopprimere la coscienza sino al momento dell'exitus».

³⁷ L'omissione assume rilevanza giuridica solo laddove sia possibile configurare in capo al medico un preciso obbligo di agire (art 40 c.p.). Sul punto per tutti vedi D. VISENTIN, *L'Eutanasia*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, 630.

³⁸ Cfr. A. CARUSO, *L'eutanasia nell'ordinamento giuridico italiano: problemi medico-legali de iure condito e de iure condendo*, in *Dir. fam. pers.*, 2/1982, 706; P. RIECI - MARIA, O. VENDITTO, *Eutanasia, diritto a morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettiva di riforma legislativa*, in *Giust. pen.*, 1993, 277; L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. Pen.*, 1985, 524 ss. Quest'ultimo, in contrasto con quanto sostenuto da Cendon, non identifica l'eutanasia passiva con il rifiuto delle cure, ma li distingue nettamente, tanto da arrivare a parlare di una tripartizione (eutanasia attiva, passiva e rifiuto delle cure).

³⁹ Vedi M. ARAMINI, *op. cit.*, 5 ss.: l'Autore evidenzia come le due figure sottintendano la stessa intenzione di dare la morte al malato, creando un processo di morte parallelo e più veloce di quello proprio della malattia; dello stesso avviso U. VERONESI - M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, a cura di L. MILITERNI, Milano, 2007, che hanno contestato la distinzione tra eutanasia attiva e passiva, muovendo dall'idea che entrambe determinano una morte qualificabile come “imposta”, in contrapposizione a quella dipendente unicamente da dinamiche naturali, e partono dalla volontà di accompagnare il malato, attenuandone le sofferenze. In realtà, mi sembra che non si possa negare l'esistenza di una differenza sostanziale tra i due tipi di eutanasia, legata al fatto che il secondo tipo, come anche vedremo meglio *infra*, impone non proprio la morte quanto piuttosto una riconsegna della malattia alla sua evoluzione naturale fino alla possibile e tragica degenerazione nell'evento mortale.

⁴⁰ Cfr. P. CENDON, *op. cit.*, 202 ss.; M. GUGLIEMI, *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. mer.* 1999, 923.

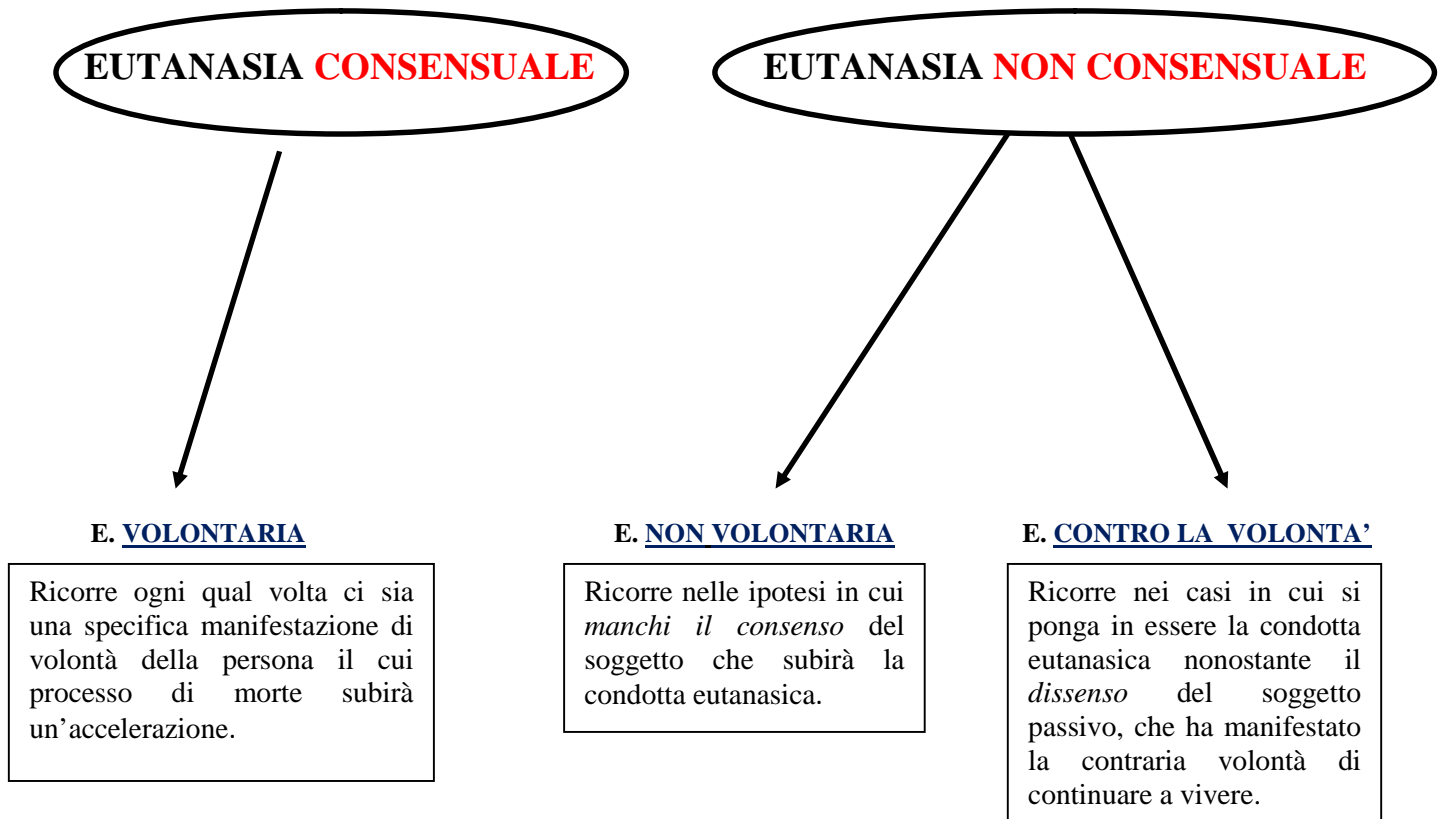
⁴¹ Cfr. V. FILIPPI, *I profili penalistici della c.d. «eutanasia»*, in *Arch. pen.*, 1988, 89.

⁴² Come correttamente osserva L. LATTES (*La buona e la mala morte*, in *Min. med.*, 1953, I, 847), nel caso dell'*eutanasia larvata* «il rischio di abbreviare la sopravvivenza è da un lato ben distinto da un danno sicuro, e dall'altro non è equivalente, né moralmente né materialmente, alla propinazione di dosi letali. La responsabilità di dare dosi analgesiche non usuali, ma sempre al disotto dei limiti letali, rientra nei compiti doverosamente spettanti all'assistenza medica, e non viene neppure in autorevole sede giuridica considerata come illecita mancandovi ogni intenzione omicida e gli estremi della colpa». Anche se, come è stato evidenziato in dottrina (cfr., V. FILIPPI, *op. cit.*, 89), la somministrazione di *dosi analgesiche non usuali* potrebbe ugualmente essere perseguita penalmente non a titolo di *dolo intenzionale*, poiché sarebbe appunto carente l'*intenzione omicida*, ma di *dolo eventuale*, per cui il soggetto attivo risponderebbe per gli effetti della sua condotta che, pur non voluti direttamente, siano stati da lui previsti e accettati come possibili (sul punto si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale- Parte Generale*, Milano, 1982, 299).

⁴³ Vedi M. BARNI, G. DELL'OSSO, P. MARTINI, *op. cit.*, 51 ss.; sulla distinzione tra eutanasia volontaria e non volontaria si veda anche M. ARAMINI, *op. cit.*, 5, il quale richiama anche la categoria dell'*eutanasia involuntary*, propria del diritto anglosassone, praticata non semplicemente in assenza del consenso del malato, ma addirittura *contro* la sua volontà.

sulla posizione del paziente rispetto a tali atti. Su questo punto può essere utile proporre uno schema chiarificatore (A):

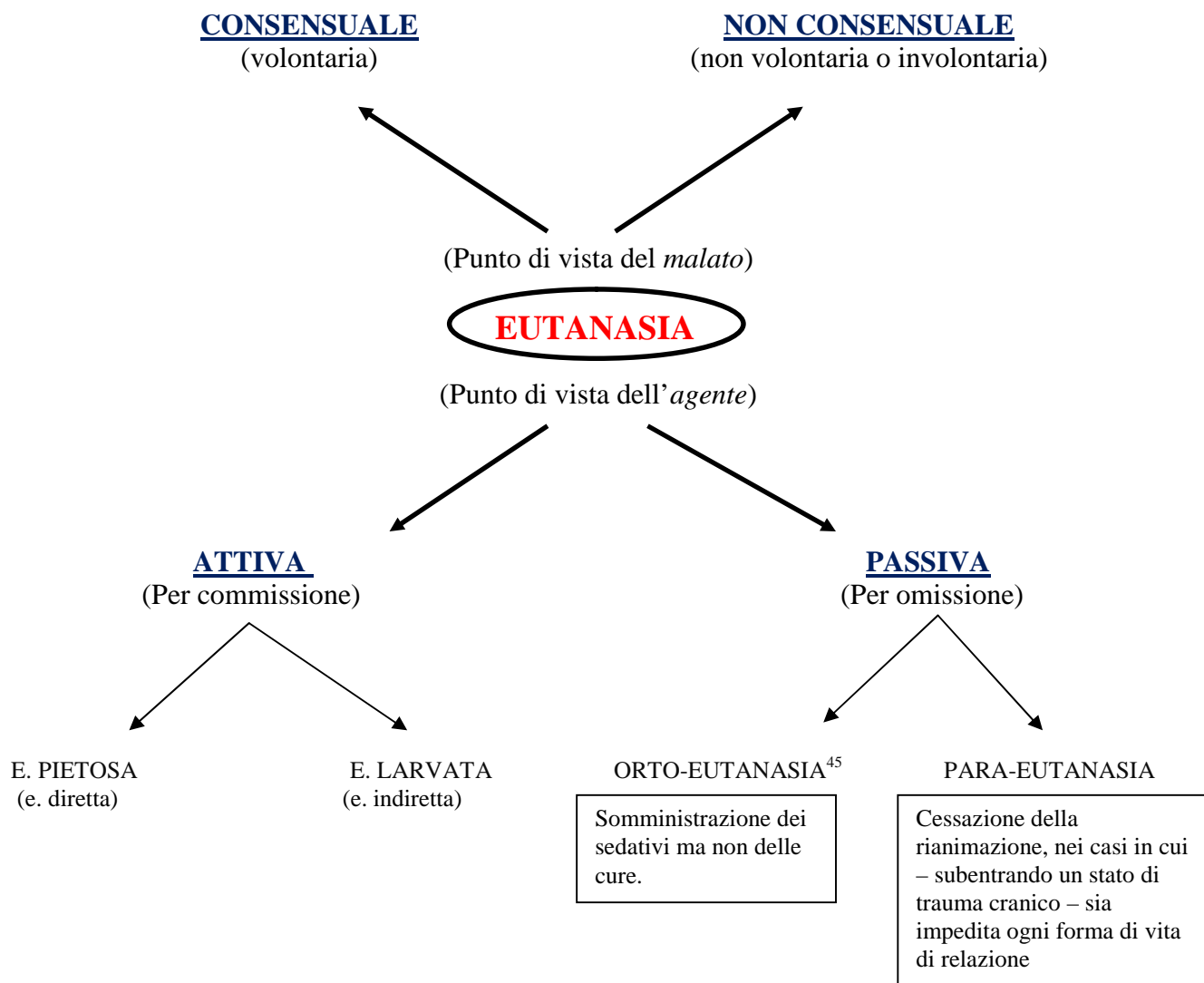
SCHEMA A: Classificazione dei diversi tipi di eutanasia in relazione al consenso del malato⁴⁴.



Se si combinano, poi, i dati sull'eutanasia *attiva/passiva* con quelli dell'eutanasia *consensuale/non consensuale*, se ne può trarre il seguente, ulteriore schema (B), più articolato:

⁴⁴ Per tutti vedi F. J.A. ROIG, *op. cit.*, 207, il quale, correttamente per chi scrive, conclude nel senso che le ipotesi in cui si sia accelerato il processo della morte in contrasto con la volontà del malato di continuare a vivere, non possano essere considerate come veri e propri casi di eutanasia poiché manca qualsiasi riferimento all'interesse del soggetto.

SCHEMA B: Classificazione delle diverse figure di eutanasia viste sia dal punto di vista del malato sia dal punto di vista dell'agente.



Infine, dall'associazione complessiva dei dati disponibili, derivano quattro diverse figure: eutanasia *attiva consensuale*, eutanasia *attiva non consensuale*, eutanasia *passiva consensuale*, eutanasia *passiva non consensuale*⁴⁶. Ad ognuna di tali figure è ricondotta una valutazione giuridica diversa in termini di liceità ed illiceità, come si arguisce dalla schema C che segue.

⁴⁵ Guardando più specificamente all'orto-eutanasia non può sfuggirne la natura "complessa" o "plurieziologica": infatti, a seconda di quale sia la causa determinante la morte, essa potrebbe qualificarsi come *eutanasia attiva* in relazione alla somministrazione di alcuni tipi di sedativi, o come *eutanasia passiva* rispetto all'interruzione delle cure.

⁴⁶ Vedi P. RIECI-MARIA, O. VENDITTO, *op. cit.*, 276; M. GUGLIELMI, *op. cit.*, 921.

SCHEMA C: Posizioni dottrinarie, in relazione all'ordinamento giuridico italiano, circa la liceità o l'illiceità delle principali tipologie di eutanasia.

EUTANASIA
NON CONSENSUALE
(ATTIVA O PASSIVA)

Sempre illecita. E' *punita* quale ipotesi di omicidio comune ex art. 575 c.p. Possibile attenuante ex art. 62, n.1 (spesso però neutralizzata, nella determinazione della pena, dalla premeditazione).

ATTIVA

Rientra nella fattispecie prevista dall'art. 578 c.p. configurando un'ipotesi di *omicidio* del consenziente.

EUTANASIA
CONSENSUALE

PASSIVA

Dovrebbe integrare gli estremi della fattispecie prevista dall'art. 579 c.p., ma i più recenti sviluppi dottrinali la considerano *non punibile*, in quanto esercizio del "diritto di rifiutare le cure", che trova il suo fondamento negli artt. 13 e 32, II comma, Cost. Non manca chi giustifica tale condotta facendo leva sul fatto che essa non viola alcun dovere giuridico del medico (e quindi non dà luogo all'omissione rilevante ex art. 40 c.p.).

A conclusione di questo paragrafo, può dirsi che l'ampiezza e la diversità dei significati che sono stati ricondotti nell'alveo del termine eutanasia nel corso dei secoli lo rende un concetto logoro e abusato, di difficile e rischioso impiego, un vero e proprio "contenitore semantico" purtroppo non più in grado di dire molto. In tale quadro è legittimo presumere che, se si riuscisse a sgombrare definitivamente il campo da alcuni equivoci legati alla storia dell'eutanasia, soprattutto da quello che in alcune epoche essa ha purtroppo rappresentato⁴⁷, sarebbe possibile costruire un dialogo tra le diverse posizioni etiche, impiegando solo *alcuni* elementi caratterizzanti la pratica eutanasiaca di tipo *pietoso* per la legalizzazione della comprensibile richiesta del malato di "interruzione dei trattamenti medici".

⁴⁷ Si pensi, ad esempio, a quanto la storia dell'eutanasia ha inciso sulla formulazione del c.d. *argomento del pendio scivoloso (slippery slope)* sostenuto dagli oppositori della legalizzazione delle pratiche eutanasiache e della vincolatività giuridica del testamento biologico. Per essi il riconoscimento giuridico di tale pratica, sarebbe da evitarsi non tanto, e non solo, per una sua intrinseca immoralità, quanto piuttosto per il semplice *pericolo* che si possa poi più facilmente accedere a degli abusi o delle distorsioni aberranti. Le versioni che di tale argomento si sono proposte, sono tante e varie si vedano per tutti: J. D. VELLEMAN, *Against the Right to die*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1992, 21 (citato da R. BARCARO, *Breve Rassegna sul diritto di morire*, in www.lgxserver.uniba.it); E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999, 76. Interessante, sul punto, anche la riflessione di D. NERI (*op. cit.*, 159), il quale evidenzia come: «è curioso però che la parziale imprevedibilità del futuro si trasformi subito, in chi sostiene questo argomento, nella totale prevedibilità ma solo in senso negativo».

Proprio per questo, la proposta che mi permetto qui di avanzare ruota innanzitutto intorno ad un rinnovamento del linguaggio ordinariamente, e talora troppo frettolosamente, impiegato in questo ambito. Insomma, se davvero si vuole giungere ad una soluzione normativa condivisa su questi temi, non tanto di *eutanasia* si deve parlare, quanto di *diritto di rifiutare le cure*, con le estreme conseguenze e gli eventuali limiti del caso, come vedremo più avanti.

L'affermazione del *diritto di rifiutare le cure* o anche, se si preferisce, del diritto di morire con dignità, anziché di un «diritto all'eutanasia» di dubbia costituzionalità, è, infatti, largamente da preferire poiché comporta un'importante modifica dell'oggetto della richiesta sollevata del titolare dell'una o dell'altra situazione giuridica. Se nel caso della richiesta eutanasi tale oggetto tende ad identificarsi con la *morte*, nell'ipotesi del diritto di rifiutare le cure ad essere tutelato sarebbe diversamente il diritto del soggetto a che la malattia proceda secondo il suo *decorso naturale*, ovvero il diritto a non rimanere schiavo di un trattamento o di un macchinario, anche se questo può comportare come evento conseguente il sopravvenire della morte⁴⁸. A ben guardare, in realtà, anche nel secondo caso si potrebbe dire che l'oggetto della richiesta è la morte, intesa però non come bene in sé, bensì come evento produttore di un bene, ossia la fine della sofferenza acuta che accompagna una malattia destinata ad esaurirsi, appunto, solo con la fine della vita.

Questa impostazione, che ovviamente non è solo terminologica, consentirebbe di superare anche alcune delle critiche che più ricorrentemente sono state sollevate avverso la nozione del «diritto di morire con dignità», la cui costituzionalità non pare (almeno a chi scrive) dubbia⁴⁹.

4. Diritto alla vita e diritto di rifiutare le cure: il bilanciamento come unica via percorribile.

Pur spostandosi l'attenzione dall'*eutanasia in senso stretto* al *diritto di rifiutare le cure*, resta comunque il problema di stabilire entro quali limiti tale diritto possa esercitarsi, essendo evidente che il suo riconoscimento in forma *assoluta* comporterebbe una continua, e come tale irragionevole, compressione del bene vita. Lo sforzo richiesto è quello, dunque, di pensare a modalità nuove di interrelazione tra il bene *vita* e il bene *autodeterminazione*, nel tentativo di creare un rapporto equilibrato tra i due valori, evidentemente entrambi costituzionalmente rilevanti.

Il diritto alla vita non trova un riconoscimento diretto nella Carta costituzionale⁵⁰, ma dottrina e giurisprudenza sono unanimi nell'affermare che esso rappresenta un *diritto implicito della Costituzione del '48*⁵¹, né potrebbe essere, del resto, diversamente, dal momento che la vita è condizione per il godimento di ogni altro diritto garantito dall'ordinamento stesso⁵². In un certo

⁴⁸ Insistiamo sul fatto che il rapporto di consequenzialità ora richiamato non può identificarsi propriamente con un nesso di causalità, poiché il rifiuto delle cure, come sopra esplicitato, non costituisce una causa diretta della morte, la quale è piuttosto determinata dalla ripresa della naturale degenerazione della malattia.

⁴⁹ Si pensi in tal senso a quanti hanno sostenuto che «non ci può essere autodeterminazione laddove non c'è possibilità di continuare ad esistere: alla base di ogni diritto c'è la vita [...]. Un diritto ha sempre per oggetto un bene: la morte è, invece, un evento negativo per il solo fatto che pone fine ad ogni possibile realizzazione di valori e beni». Si tratta delle *Postille* (a firme di A. BOMPIANI, B. DALLAPICCOLA, M. L. DI PIETRO, A. ISIDORI) a COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, 24 ottobre 2008, in www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html.

⁵⁰ Ciò non deve stupire, poiché la mancanza di un riconoscimento costituzionale esplicito del diritto alla vita ha costituito una costante della storia costituzionale italiana: si pensi, in tal senso, che anche lo Statuto Albertino (1848) non faceva alcun cenno a tale diritto. Sul punto vedi anche I. NICOTRA GUERRERA, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, 1997, 103, ove la mancanza di una definizione del diritto alla vita nella Costituzione viene giustificata richiamando l'*irrisolvibile problematicità* di cui è intrisa questa «condizione fondativa ed indispensabile dell'esistenza dell'uomo». Sul riconoscimento e la tutela del diritto alla vita nel nostro ordinamento si vedano, tra gli altri, L. VIOLINI, *Bioetica e laicità*, in AA.VV., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008, 221 ss.; G. P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale*, Torino, 1999, 157; G. GEMMA, *Vita (Diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 670.

⁵¹ Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 16 ss.

⁵² Vedi L. VIOLINI, *op. cit.*, 226. Sul diritto di vivere come *diritto pre-politico*, cfr. pure G. P. CALABRÒ, *op. cit.*, 157.

senso, il diritto alla vita, oltre che *implicito*, può dirsi *implicato* dal più generale impianto personalista della Carta⁵³.

Il fondamento normativo, *rectius* costituzionale, del diritto di ogni soggetto di rifiutare le cure è da individuarsi, invece, specificamente nell'art. 32 Cost.⁵⁴. Più correttamente, tale articolo riconosce, innanzitutto, il *diritto fondamentale* di ogni individuo a ricevere le cure di cui necessita, qualificando la salute non solo come bene individuale, ma anche come valore su cui può appuntarsi l'*interesse della collettività*; per poi vietare che si faccia luogo a trattamenti sanitari coattivi — posti in essere in assenza o contro la manifestazione di volontà del soggetto che vi viene sottoposto — salvo le ipotesi espressamente previste dalla legge, e fermo restando anche in tali casi «*i limiti imposti dal rispetto della persona umana*». L'imposizione da parte del legislatore dei trattamenti sanitari obbligatori si giustifica, in questa prospettiva, non solo in ragione dell'eccezionalità e tassatività delle ipotesi in cui ha luogo, ma soprattutto poiché essa non comporta l'esistenza di un dovere di essere sani o di curarsi⁵⁵, ma si ricollega piuttosto soltanto all'esigenza di tutelare l'interesse della generalità dei consociati, di preservare la salute altrui oltre che la propria⁵⁶.

Individuato, ancorché in modo sintetico, il fondamento di entrambi i diritti, occorre ora stabilire in che termini ed entro quali limiti l'ordinamento accordi loro la propria tutela.

Per quanto riguarda la tutela del diritto alla vita si è soliti affermare — in realtà facendo luogo ad una semplificazione⁵⁷ — che due sono essenzialmente le concezioni che si fronteggiano: la teoria della *sacralità della vita*⁵⁸, che sostiene l'intangibilità e l'indisponibilità assoluta del bene vita, e la

⁵³ Pur in assenza di un'apposita norma costituzionale in proposito, numerosi sono di fatto i riferimenti positivi, anche impliciti, alla tutela del diritto alla vita presenti nel nostro sistema giuridico. Sul piano della legislazione ordinaria, ad esempio, la protezione accordata al bene vita viene confermata innanzitutto dalla disciplina dei reati di omicidio contenuta nel libro II titolo XII capo I del nostro codice penale. Strettamente legata al tema del diritto alla vita è poi la stessa disciplina esistente in materia di aborto. Passando, invece, al campo della giurisprudenza costituzionale, può essere utile richiamare la sent. n. 238 del 1996, sulla libertà personale, la quale viene fatta rientrare tra «i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto, della persona». Numerosi sono, inoltre, i documenti internazionali e comunitari da cui discendono per l'Italia chiari obblighi di protezione della vita. Si pensi, ad esempio, all'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e all'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici del 1976. Particolare attenzione merita, in tal senso, la CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI (CEDU), che espressamente sancisce, nell'art. 2, co. 1: «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge».

⁵⁴ Sul diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., la letteratura abbonda: si sceglie qui di segnalare, per la chiarezza della sintesi operata, C. PANZERA, *Il diritto alla salute*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, volume *Libertà fondamentali e limiti amministrativi*, in corso di stampa.

⁵⁵ Sulla impossibilità di imporre un vero e proprio dovere di curarsi nell'interesse della collettività vedi J. S. MILL, *Sulla libertà*, ora trad. it., Milano, 1990, 31 ss.: «Il solo aspetto della condotta di un individuo, per il quale egli deve rispondere alla società, è quello che riguarda gli altri. Per ciò che concerne soltanto lui, la sua indipendenza è di diritto assoluta. *Su se stesso, sul suo corpo, e sulla sua mente, l'individuo è sovrano*». Per una ricognizione della giurisprudenza costituzionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori si veda C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, a cura di P. COSTANZO E S. MORDEGLIA, Milano, 2005.

⁵⁶ Vedi A. CERRI, *Osservazioni a margine del caso Englaro*, in www.astrid.eu.

⁵⁷ Alla quale poi si aggiunge quella, a mio avviso non condivisibile, secondo cui la teoria della sacralità della vita sarebbe propria solo e di tutto il mondo cristiano/cattolico, per cui l'opposizione sacralità/qualità della vita riprodurrebbe quella più risalente cristiani-cattolici/pagani.

⁵⁸ L'assolutizzazione del principio dell'intangibilità della vita si esprime nell'idea che essa non possa subire alcuna diminuzione né lesione, qualsiasi siano le condizioni in cui è vissuta. In base a tale orientamento la dimensione fisica della vita, che è dimensione primaria, diventa l'unica davvero meritevole di protezione. Sulle perplessità che suscita tale orientamento si veda, per tutti, A. SPADARO, *Può il presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le "ragioni" di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it, 10 febbraio 2009: «l'ossessivo richiamo al valore assoluto della vita fisica — al di là degli altri principi-valori costituzionali che rendono una vita dignitosa — [...] riecheggia la tesi schmittiana della tirannia dei valori e induce a riflettere sulla necessità che i principi costituzionali siano invece letti insieme, in una chiave sinottica e relazionale» e C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in www.forumcostituzionale.it, 13 febbraio 2009.

teoria della *qualità della vita*, in base alla quale la tutela di quest'ultima non può essere slegata dal riferimento, e quindi dalla considerazione, della qualità dell'esistenza stessa⁵⁹.

La contrapposizione di queste due tesi è riscontrabile, ad esempio, nelle diverse interpretazioni che sono state date in dottrina al combinato degli artt. 13 e 32 Cost., al fine di sostenere, appunto, ora l'indisponibilità assoluta del bene vita⁶⁰, facendo leva sul fatto che i valori in essi tutelati (libertà personale e libertà di rifiutare le cure) sono assiologicamente subordinati al bene vita, protetto implicitamente dall'art. 2 della Costituzione⁶¹, ora invece l'ammissibilità di atti di disposizione di tale bene, fino al riconoscimento di un vero e proprio diritto di *diritto di lasciarsi morire*⁶².

Mi sembra, in realtà, che l'unico modo per uscire dall'*impasse* determinato dal conflitto, più apparente che reale, tra le due prospettive, sia quello di abbandonare le contrapposizioni rigide, cercando sempre di lavorare sui possibili punti di contatto delle diverse visioni, o sugli elementi già implicitamente condivisi dalle varie parti in gioco. L'apparenza di tale conflitto si deduce dal fatto che la tutela del bene vita e la tutela della sua qualità, non sono due garanzie diverse o addirittura opposte ma, a parer mio, coincidenti nella misura in cui s'intenda la vita «*come valore supremo della persona, in cui ciò che conta è la qualità, "il senso umano della vita difesa" piuttosto che la difesa astratta dell'esistente biologico*»⁶³.

Del resto, rappresenta un dato incontestabile, e di cui semplicemente prendere atto, il fatto che il nostro ordinamento già riconosca ed ammetta ipotesi e situazioni nelle quali il bene vita è esposto a lesioni o compressioni⁶⁴. Si pensi in tal senso alla circostanza per cui il suicidio, e soprattutto il

⁵⁹ Sul punto vedi per tutti G. GEMMA, *op. cit.*, 673, il quale sottolinea come l'etica della qualità della vita, valorizzando l'autodeterminazione del soggetto, generi un forte connubio tra vita e libertà, mentre l'etica della sacralità della vita utilizzi l'opposta categoria della doverosità.

⁶⁰ Cfr. P. RIECI-MARIA, O. VENDITTO, *op. cit.*, 282-283.

⁶¹ L'inserimento del diritto alla vita tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. apre il problema dell'interpretazione che a tale disposizione occorre dare. Sono due gli orientamenti che in proposito si sono manifestati in giurisprudenza e sono stati poi ripresi dalla dottrina, l'uno a favore del carattere *chiuso* dell'articolo in questione, per cui questo farebbe riferimento unicamente alle libertà tutelate espressamente negli articoli successivi (cfr. sent. cost. 98/79), e l'altro a favore del carattere *aperto* della norma, per cui questa ricomprenderebbe anche i diritti sorti dopo l'entrata in vigore della Costituzione o comunque che non godono di un'esplicita copertura costituzionale (cfr. sent. cost. 561/87): per una ricostruzione del dibattito vedi, per tutti, I. LAGROTTA, *Diritto alla vita ed eutanasia nell'ordinamento costituzionale italiano: principi e valori*, in www.lexitalia.it (2005). Non è mancato chi come F. MODUGNO, *op. cit.*, 2 ss., ha considerato inconcludente l'opposizione tra i due orientamenti suddetti, in ragione della natura della nostra Carta costituzionale che, essendo tra le più *ricche e sistematiche*, «favorisce l'«emersione» di diritti nuovi non ricompresi nelle sue previsioni [...] e consente l'enucleazione ed esplicitazione di diritti *impliciti*, come necessarie o possibili conseguenze di quelli enumerati»; l'A., inoltre, rileva come, muovendo dall'evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali, è possibile rinvenire in esse il fondamento positivo di «diritti per l'innanzi non contemplati in quanto non (ancora) riconoscibili». R. Romboli considera il problema della natura chiusa o aperta dell'art. 2 Cost. indifferente rispetto al riconoscimento della libertà di disporre del proprio corpo, giacché essa dovrà sempre essere riconosciuta come diritto inviolabile garantito dal medesimo articolo: cfr. R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 4/1991, 570.

⁶² Vedi per tutti F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Atti del Convegno giuridico "Vivere: un diritto o un dovere? Problematiche dell'eutanasia"*, Roma, 1987, 78-79.

⁶³ Vedi A. D'ALOIA, *Diritto di morire la problematica dimensione costituzionale della «fine vita»*, in *Pol. dir.*, 4/1998 610.

⁶⁴ Non è privo di significato il fatto che anche nell'ambito del Catechismo della Chiesa Cattolica, indicata come massima sostenitrice della *sacralità della vita*, siano previste delle situazioni, certo assolutamente eccezionali e a parer nostro comunque non condivisibili, che possono giustificare «attacchi» alla vita. Cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA numero 2266 (www.vatican.va) per cui «difendere il bene comune della società esige che si ponga l'aggressore in stato in non nuocere. A questo titolo, l'insegnamento tradizionale della Chiesa ha riconosciuto fondato il diritto e il dovere della legittima autorità pubblica di infliggere pene proporzionate alla gravità, senza escludere, in casi di estrema gravità, la pena di morte». Ma sulle eccezioni ammesse dalla Chiesa Cattolica al principio della sacralità della vita si veda anche G. BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 6/2001, 705. Per quanto riguarda le deroghe a tale principio operate nella società laica, si veda per tutti D. NERI, *Eutanasia, valori, scelte morali, dignità delle persone*, cit., 147 ss., il qual ricorda come «esistono numerose pratiche sociali che implicano

tentato suicidio, non è penalmente perseguito⁶⁵; o alla figura della legittima difesa e alle ragioni di ordine pubblico che in base all'art.2 della CEDU potrebbero giustificare il ricorso alla pena di morte o all'uccisione volontaria; o ancora al sacrificio della vita previsto come possibile dalla nostra Carta costituzionale per l'ottemperanza al dovere di difesa di cui all'art. 52. Questi elementi ci portano subito a dire che, *se è vero che il bene vita potrà essere compromesso per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza (che sono fini esterni al soggetto), ancor di più sarà ammissibile che ciò avvenga per rispettare l'ideale di dignità che ogni soggetto porta dentro di sé.*

Così come il diritto alla vita non trova di fatto una tutela assoluta nel nostro ordinamento, allo stesso modo il diritto alla salute (anche nel suo risvolto negativo di diritto di non curarsi) non è un diritto dalla tutela illimitata⁶⁶: la sua realizzazione dovrà in ogni caso bilanciarsi con gli altri interessi costituzionalmente protetti, che di volta in volta potrebbero venire in evidenza.

Certo è che se non si riconoscesse il *diritto all'autodeterminazione rispetto alle cure* praticabili sul proprio corpo, si finirebbe col trasformare la medicina in uno «strumento di sopraffazione dell'individuo» dalla natura *liberticida*⁶⁷, ma dall'altra parte se lo si riconoscesse in una forma “pura” ed una volta per tutte, scevro da ogni limite, non accompagnato da alcuna garanzia specifica, si rischierebbe di mettere in discussione proprio quell'attenzione alla persona che la Costituzione del '48 ha posto al centro del nostro ordinamento.

Appurato che entrambi i diritti coinvolti sono suscettibili di subire, in situazioni specifiche, delle limitazioni, la determinazione di quale dei due nel caso concreto debba avere la prevalenza non può che passare attraverso la tecnica del *bilanciamento*⁶⁸, che rappresenta la via più aderente allo spirito della Carta, il cui rispetto impone l'adozione di un approccio di tipo olistico: non, quindi, la tirannia schmittiana, assoluta nel tempo, di un valore sugli altri, ma la convivenza armonica, sinfonica di più valori insieme, tale per cui ogni valore è pronto ad autolimitare la propria operatività, laddove nella situazione concreta sia più ragionevole combinarlo con un altro⁶⁹.

la disponibilità del diritto alla vita» e l'ammissione di nuove pratiche è sempre possibile, di modo che il limite di disponibilità di un diritto varia al «variare dell'accettazione sociale della pratica stessa».

⁶⁵ In tal senso chi scrive ritiene che la ragione per cui il nostro ordinamento non incrimina, né dovrebbe farlo, la scelta suicida del singolo, vada rintracciata non tanto nell'inefficacia ed inutilità della pena — non in grado di svolgere alcuna funzione rieducativa né di prevenzione rispetto a tale tipo di *reo* [sul punto vedi G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, volume II tomo I, Bologna, 2007, 50 ss.] —, ma piuttosto nel fatto che si tratta di una scelta che ricade in un ambito talmente personale da non poter essere occupato dal diritto: è una decisione che, per quanto dolorosa e tragica, rientra nel diritto di autodeterminazione del singolo.

⁶⁶ Vedi A. D'ALOIA, *op. cit.*, 622.

⁶⁷ Cfr. M. BARNI, G. DELL'OSSO, P. MARTINI, *op. cit.*, 29, i quali danno però anche conto delle obiezioni che normalmente sono sollevate al principio di autodeterminazione, richiamandone due: l'obiezione paternalistica, per la quale solo il medico sa cosa è bene per il malato, e l'obiezione “ippocratica”, per la quale il medico, in ragione del giuramento prestato all'inizio della sua professione, è tenuto a tentare tutto il possibile per salvare la vita del paziente e restituirgli la salute. Le uniche ipotesi, sulla base di tale orientamento, nelle quali il medico può legittimamente intervenire contro la volontà del paziente sono solo quelle riconducibili entro il c.d. *stato di necessità*, di cui all'art. 54, comma 1, del c.p.

⁶⁸ Cfr. A. SPADARO, *Bilanciamento*, in *Enc. fil. Bompiani*, vol. II, Milano, 2006, 1261 ss., per cui il bilanciamento è una tecnica della ragionevolezza e costituisce «l'attività di “ponderazione” tra due (e talora più) grandezze giuridiche, in tutto o in parte incompatibili, il cui confronto consente poi una scelta di temporanea prevalenza (*affievolimento* dell'una ed *espansione* dell'altra), mai di mera cancellazione». Per una critica al criterio della ragionevolezza come *limite esterno del diritto* si veda A. GORASSINI, *Lezioni di biodiritto*, Torino, 2007, 5, il quale interpreta in *malam partem* tale criterio, come un'altra «forma di bilanciamento, ove tutto diventa oggetto di discussione e legittima la possibilità di essere cambiato, realizzando un'etica senza verità in continua mobilità». Sulla razionalità, invece, del modello del bilanciamento (ribadita in risposta alle critiche mosse da J. Habermas a tale modello), fra i molti, cfr. R. ALEXYS, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 7/2002, 135 ss.

⁶⁹ Ne discende la necessità, per il giurista, di seguire un metodo (non *assolutista*, né *relativista*, ma) *relazionista*: sul punto v. A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo relazionista nel diritto costituzionale)*, in *Pol. dir.*, 43/1996, 399 ss.; ID., *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss. e in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. ANTONINI, Soveria Mannelli, 2007, 129 ss.

Percorrere la via del bilanciamento significa in questo caso accettare che possano esistere ipotesi in cui il diritto all'autodeterminazione del soggetto possa in concreto "prevalere" sul diritto alla vita, il quale non viene soppiantato una volta per tutte, ma "arretra" dinanzi ad una situazione giuridica che rappresenta, in fondo, una manifestazione specifica del valore della dignità della persona.

Il rifiuto di un trattamento sanitario può essere dettato da motivazioni di natura diversa: dall'onerosità del trattamento stesso, alla sua pericolosità, fino al timore o alla certezza, più o meno fondati, che esso non determini un miglioramento della condizione del malato, ma anzi lo condanni a prolungate e acute sofferenze. Quale che sia la ragione che induce al rifiuto, dietro di questo sta l'immagine che il soggetto ha di sé, della vita vissuta e di quella che potrebbe e vorrebbe avere, un'immagine legata all'ideale di dignità secondo il quale ha costruito la propria esistenza⁷⁰. Nella trattazione delle tematiche legate alla fine della vita si impone, allora, un interrogativo di fondo: quanto questo ideale può incidere sulla determinazione della relazione medico-paziente? Quanto il medico può considerarsi vincolato alla attualizzazione di questo ideale nella situazione concreta, secondo le direttive che il malato stesso gli fornisce? A tali domande si cercherà di dare risposta nei paragrafi che seguono.

5. Il diritto di rifiutare le cure come diritto di morire con dignità

Nonostante il *diritto di rifiutare le cure* abbia, come abbiamo visto, un diretto aggancio costituzionale, non vi è unanimità sulla sua "estensione", ossia sui trattamenti che possono essere legittimamente oggetto del rifiuto o della rinuncia. Anzi, è proprio questo uno degli aspetti più controversi nel dibattito degli ultimi anni.

Premessa storica indispensabile per comprendere i termini di tale questione è la distinzione — in parte ormai superata — di origine dottrina e fatta propria dalla giurisprudenza, tra *trattamenti ordinari* ("proporzionati" ed obbligatori) e *trattamenti straordinari* ("sproporzionati" e non obbligatori)⁷¹, tendenzialmente utilizzata per sostenere la legittima rinunciabilità solo dei trattamenti del secondo tipo. Questa classificazione, anziché semplificare i termini del dibattito — come ogni classificazione dovrebbe fare — complica significativamente le cose, facendo nascere inquietanti interrogativi ancor oggi irrisolti: quali trattamenti rientrano nell'una e quali nell'altra categoria? Qual è il criterio scriminante? Chi è abilitato a stabilire in via definitiva la natura di un trattamento?

Per risolvere tali interrogativi può essere, innanzitutto, utile riprendere gli studi di quella parte della dottrina⁷² che prospetta tre diversi modi intendere la *proporzione*:

1. comparazione tra i mezzi terapeutici disponibili, ed utilizzabili, e i risultati prevedibili in termini di miglioramento della salute fisica del paziente;
2. comparazione tra mezzi terapeutici e loro costi (economici);

⁷⁰ E' questo anche uno dei motivi principali per cui risulta impossibile equiparare la posizione del paziente capace, ma suscettibile di divenire incapace, a quella dell'incapace *ab origine*, che non ha mai avuto modo di appropriarsi di questa immagine di sé e di concepire un *progetto di vita ispirato al suo ideale di dignità*.

⁷¹ Più precisamente l'originaria distinzione fra trattamenti ordinari e straordinari — fondata sulla diffusione, sull'uso normale, sul carattere sperimentale o meno del trattamento — è stata soppiantata da quella tra mezzi proporzionati e sproporzionati, che tiene conto soprattutto dei costi e dei benefici del trattamento stesso. Facendo riferimento alle possibilità di guarigione o di miglioramento del paziente anche le cure ordinarie potrebbero configurarsi come sproporzionate. Cfr. P. VERONESI - M. DE TILLA, *op. cit.*, 235. Si tenga anche conto della Dichiarazione sull'Eutanasia della SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *op. cit.*, ove si suggerisce di compiere la valutazione dei mezzi impiegati tenendo conto del tipo di terapia, dei rischi ad essa connessi, delle spese necessarie, del risultato che ci si può aspettare, ma soprattutto delle «condizioni dell'ammalato e delle sue forze fisiche e morali».

⁷² C. BRESCIANI, *Proporzionalità della cura e utilizzo razionale delle risorse*, in AA.Vv., *Etica, risorse economiche e sanità*, Milano, 1998, 145.

3. comparazione tra mezzi terapeutici e costi umani da essi implicati (in termini di sofferenza, ad esempio).

Mi sembra condivisibile il fatto che in un ordinamento come il nostro, in cui la salute assurge a diritto fondamentale, possano trovare spazio solo valutazioni del primo o del terzo tipo. Nel dire ciò non credo di peccare di scarso realismo: il problema delle risorse è oggi più che mai vivo, ma se dei tagli debbono compiersi non è certo nel campo della salute e della tutela della vita; ben altri sprechi potrebbero evitarsi!

In particolare, combinando il primo e il terzo parametro, e mantenendo ferma la distinzione tra *trattamenti proporzionati non rinunciabili* e *trattamenti sproporzionati rinunciabili*, si potrebbe concludere che sono qualificabili come del secondo tipo i trattamenti non più in grado di incidere positivamente sulla condizione fisica del paziente — ossia inidonei ad adempiere la funzione che è loro propria — o che, pur potendo avere ancora una loro “funzionalità” ancorché minima, comportano una sofferenza fisica e/o psichica che il paziente considera inaccettabile ed eccessiva, rispetto ai benefici goduti. L’inaccettabilità potrebbe derivare dal fatto che il trattamento comporti una significativa compromissione della *dignità* del paziente.

Questa affermazione richiederebbe, ovviamente, un approfondimento sul concetto di “dignità”, che qui non è possibile fare. Mi limito solo a dire che tale nozione ha, a mio avviso, natura complessa: la definizione del suo significato passa dalla considerazione di due livelli di senso, l’uno *soggettivo* e l’altro *oggettivo*. Pur partendo dal presupposto — che molti potrebbero non condividere, trattandosi di un presupposto in un certo senso assiomatico/dogmatico — che la vita di ogni individuo ha un *sensu* intrinseco⁷³, radicato nel semplice esistere, indipendentemente dalle condizioni di questo esistere, è però vero che potrebbero verificarsi situazioni in cui il vivere potrebbe essere non più dignitoso perché non propriamente “umano”.

Il contenuto *oggettivo* della nozione di dignità si identifica con la normale disponibilità di quelle funzioni, di quelle capacità che definiscono l’uomo in quanto *persona*⁷⁴ (ad es.: possibilità di avere una vita autonoma, di comunicare/relazionarsi in qualche modo con gli altri). A questo

⁷³ Questo *sensu* potrebbe farsi coincidere con la *dignità ontologica*, con il *valore intrinseco* della vita indipendente dalla sua qualità, di cui parla P. CATTORINI, *op. cit.*, 42, il quale aggiunge: «la frase “ogni persona è di egual valore ma non ogni vita”, dovrà essere meglio specificata nel senso seguente: “Ogni essere umano, ogni vita è di egual valore, ma non di ogni vita si dovrà cercare con tutti i mezzi il prolungamento”. Il valore della vita cioè non è il valore del suo durare». Abbastanza vicina alla nozione di dignità ontologica proposta da P. Cattorini, è la definizione di dignità offerta da F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel “diritto costituzionale europeo”*, in AA.VV., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli, 2005, 587: «qualità o valore che appartiene all’uomo in quanto tale e che, per ciò solo, richiede il rispetto che per tale condizione gli è dovuto e ch’egli deve a se stesso». L’Autore propone tra l’altro un interessante *excursus* storico sulla nozione di dignità. Sulla nozione di dignità ontologica si veda C. CAFFARRA, *Lezione magistrale “Eutanasia neonatale: proposta di riflessione etica”*, Convegno scientifico nazionale “Decidere in neonatologia”, Policlinico Sant’Orsola-Malpighi, 7 dicembre 2006, disponibile su www.caffarra.it.

⁷⁴ Il concetto di persona, di assodata tradizione cristiana, si distingue da quello di soggetto o di individuo innanzitutto poiché evidenzia come la dimensione “relazionale” sia quella propria della vita umana: «una delle più classiche ed elementari caratteristiche di ogni credibile teoria della persona umana [...] è il suo contrapporsi alle concezioni individualistico-atomistiche, proprio in ragione della natura più schietta e profonda della persona, che è e resta essenzialmente un essere sociale e relazionale [...]. Tale approccio è quello più conforme al modello costituzionale per il quale i diritti della persona si realizzano soprattutto nella dimensione sociale/relazionale» (così A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2005, 71 ss.) Può essere utile in questo senso richiamare il decreto del 31 dicembre 1999 della Corte d’Appello di Milano, nel quale accedendo ad una concezione qualitativa della vita, la Corte arriva per giunta a considerare la vita stessa «come possibilità di relazione e di autorealizzazione in riferimento alla personalità dell’uomo, con la conseguenza che la perdita irreversibile della coscienza non può non costituire il limite di ogni trattamento medico, giacché segna il momento in cui cessa definitivamente la possibilità di una vita dignitosa». Sul collegamento tra il concetto di dignità e le funzioni che definiscono la dimensione propriamente umana del soggetto si veda A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 345: «se, da un lato, la dignità è considerata un attributo “naturale” di ogni uomo, dall’altro, essa è riconoscibile nel singolo soggetto solo se e nella misura in cui l’umanità dello stesso non è sottoposta a qualsivoglia degradazione».

significato oggettivo se ne aggiunge inevitabilmente uno *sogettivo*⁷⁵ che integra il primo: ogni persona fa riferimento ad un proprio *standard* di dignità, che varia a seconda delle condizioni di vita di cui ha goduto⁷⁶ e delle posizioni etiche in cui ha creduto⁷⁷. Si tratta di uno *standard* strettamente legato all'idea di "qualità della vita" che il soggetto possiede. E', ovviamente, impensabile che il legislatore nel predisporre un'apposita normativa in tema di diritto di rifiutare le cure possa tenere in considerazione tutti i significati soggettivi del concetto di dignità: la definizione di tali significati e l'esplicitazione degli stessi dovrà necessariamente avvenire attraverso degli *atti di autodeterminazione privati*. Ecco allora che il tema del "diritto di rifiutare le cure" si collega, come vedremo meglio, al problema delle "direttive anticipate di trattamento".

Per concludere sul punto, possiamo sostenere che il rifiuto opposto ad un trattamento medico sproporzionato «*non equivale alla ricerca della morte in nome della indegnità del vivere, ma piuttosto alla ricerca di una modalità di vita più degna, anche se più breve*»⁷⁸. L'interruzione del trattamento non altera la naturalità dell'evento morte, ma anzi impedisce che ciò avvenga, e rappresenta il segno del limite della medicina⁷⁹.

Proprio per questo anche negli ambienti cattolici si è giunti ad ammettere la rinuncia dei trattamenti sproporzionati da parte del paziente, definendo come propriamente legittima «*l'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi*», poiché in tal caso non si avrebbe rinuncia alla vita ma piuttosto «*rinuncia all'accanimento terapeutico*»⁸⁰.

A ben guardare, però, non intorno alla distinzione sopra richiamata si è incentrato il dibattito contemporaneo: mentre, infatti, la rinunciabilità dei trattamenti straordinari costituisce oramai un principio consolidato e inconfutabile, più complessa è la questione relativa a quelli ordinari, poiché proprio in relazione ad essi si gioca la reale portata del diritto di rifiutare le cure. In particolare si tratta oggi, più specificamente, di stabilire: *a)* se il soggetto può rifiutare tutti i trattamenti ordinari e *b)* se esistono degli interventi medici che per la loro "basilarità" e necessità ai fini della sopravvivenza del paziente (ad. es. idratazione, nutrizione e ventilazione artificiale) nonché per il valore umano (*care*) più che terapeutico (*cure*) che è loro riconosciuto, non possono, addirittura,

⁷⁵ Per una ricostruzione in termini soggettivi del concetto di dignità si veda Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748: «c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato come il nostro, organizzato [...] sul pluralismo dei valori, [...] non può che rispettare anche quest'ultima scelta».

⁷⁶ Pur consapevole dell'accusa di rigidità che potrebbe muoversi a questa posizione, ritengo che nell'elaborazione dello *standard* soggettivo di dignità non si possa, ad ogni modo, fare riferimento *esclusivamente* a menomazioni o alterazioni parziali delle funzioni o delle capacità che l'uomo condivide con gli altri esseri viventi (ad. esempio riduzione delle capacità di movimento), perché si tornerebbe ad operare sul piano della vita meramente biologica. La dignità è effettivamente compromessa solo quando l'individuo è privato di ciò che lo rende *persona* e lo connota come tale. Ognuno può poi definire in modo diverso il livello, l'importanza che attribuisce alla perdita delle funzioni che lo qualificano come *persona*.

⁷⁷ Il significato *sogettivo* del concetto di dignità si sviluppa e si definisce inevitabilmente in una *dimensione intersoggettiva*, per cui esso risente della cultura propria della collettività di appartenenza del singolo. Cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994, 321 ss.: «Le persone hanno il diritto di non subire umiliazioni, di non essere trattate in modi che la loro cultura o la loro comunità considera segno di mancanza di rispetto [...] Il diritto di una persona di essere trattata con dignità, ritengo, è il diritto a che gli altri riconoscano i suoi veri interessi critici». Insomma: «per un soggetto non tutti i modi di vivere sono degni di essere chiamati "vita". Può allora proprio essere considerata una forma di rispetto della vita il rifiuto di un modo d'essere che il soggetto non reputa essere "vita"». Così A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3218.

⁷⁸ Cfr. P. CATTORINI, *La morte offesa*, Bologna, 1996, 19.

⁷⁹ Si veda a tal proposito F. ONGARO BASAGLIA, *Eutanasia*, in *Dem. e dir.*, 4-6/1988, 153, che proprio sulla base di tale considerazione propone la sostituzione del concetto di *eutanasia passiva* con quello di *rifiuto dell'accanimento terapeutico*.

⁸⁰ Cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, n. 2278. In realtà, tuttavia, si potrebbero ben verificare ipotesi in cui la rinuncia dei *trattamenti sproporzionati* non coincida con la rinuncia all'accanimento, poiché l'eventuale applicazione del trattamento stesso non configurerebbe un caso di accanimento in senso oggettivo, ma solo in senso soggettivo, vale a dire dal punto di vista del paziente in relazione al suo *standard* di dignità, come sopra detto.

essere qualificati come trattamenti sanitari veri e propri, sottraendosi alla regola del consenso informato e risultando, perciò, non passibili di rinuncia.

Quanto alla lettera *a*) non sembra ci possano essere particolari dubbi sulla possibilità di negare il consenso anche a trattamenti di tipo ordinario: tanto la Corte costituzionale, quanto la magistratura ordinaria hanno ormai da tempo riconosciuto il diritto del soggetto a respingere ogni tipo di terapia, persino quelle indispensabili per la sua sopravvivenza. Si pensi in tal senso alla sent. cost. n. 238 del 9 luglio 1996, già richiamata (vedi nota n. 52); o ancora, per tutte, alla pronuncia della Cassazione⁸¹ che esplicitamente sancisce la vincolatività della volontà del paziente per il medico anche quando questa «*si manifesti in forma inequivocabilmente negativa e si concreti in un rifiuto del trattamento terapeutico*» idoneo a cagionare «*un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte*»⁸².

Più controversa è la questione posta dagli interventi richiamati alla lettera *b*): si tratta in questo caso di stabilirne la “natura” e di conseguenza il regime di disciplina. Infatti, nonostante siano attivati con l'intervento del personale sanitario e nonostante richiedano la somministrazione di farmaci o di sostanze farmacologiche, il ricorso ad interventi chirurgici per la loro applicazione e l'impiego di appositi macchinari, essi, tuttavia, vengono da parte della dottrina giuridica e medica considerati come non parificabili a veri e propri trattamenti sanitari, e quindi come tali non rifiutabili⁸³. A fondamento di queste posizioni sta la completa assimilazione tra questi interventi medici, in particolare, l'idratazione, l'alimentazione e la ventilazione artificiale, e le corrispondenti funzioni biologiche che con questi interventi si vogliono simulare: ciò non fa altro che determinare remore etico-morali alla loro eventuale interruzione.

La scelta ipotizzata dal Parlamento, come vedremo nel paragrafo successivo, di escludere la vincolatività delle dichiarazioni di volontà del soggetto che intenda rifiutare tali interventi è parer mio contestabile per due ragioni:

1. credo sia fondato il riconoscimento dell'alimentazione, dell'idratazione o della ventilazione come trattamenti sanitari rinunciabili, poiché è proprio la loro applicazione quella che maggiormente costringe il soggetto ad una condizione di sofferenza nella quale egli è, spesso a tempo indeterminato, privato della possibilità di avere una vita qualitativamente corrispondente al suo *standard* di dignità⁸⁴. In particolare, perché se si ammette che un soggetto possa rinunciare all'emotrasfusione per motivi religiosi⁸⁵, o anche che per motivi meno alti possa sottrarsi all'amputazione di un arto⁸⁶, non dovrebbe consentirsi allo stesso di non rimanere schiavo di un macchinario quando oramai il suo corpo non è più in grado di assolvere da sé le funzioni che gli sono proprie? Ritengo che, per quanto possa essere doloroso accettare che un soggetto non riesca più a trovare in sé il senso della propria esistenza perché provato dal dolore o menomato nelle sue possibilità di vita, non possa considerarsi ragionevole una discriminazione tra i trattamenti sanitari fondata unicamente sulla funzione cui essi

⁸¹ Vedi Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446.

⁸² Sul punto si veda la panoramica giurisprudenziale offerta da F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 107 ss.

⁸³ Per una ricostruzione delle diverse tesi in materia si veda S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸⁴ In linea con questa posizione la sent., già citata, n. 21748 del 2007 della Cassazione penale nella quale idratazione e nutrizione artificiale vengono definiti trattamenti sanitari. Sul punto si veda anche A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *op. cit.*, 13.

⁸⁵ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, nella quale «la Corte ha stabilito che il diritto a non sottoporsi alle cure mediche ha nel nostro ordinamento rilevanza costituzionale e comprende anche il rifiuto delle trasfusioni di sangue purché si fondi su una manifestazione di dissenso libera ed informata che segua ad una specifica informazione sulla situazione sanitaria propria del paziente e ad una completa esposizione dei rischi e dei vantaggi conseguenti al trattamento sanitario indesiderato».

⁸⁶ Si veda a tal proposito www.repubblica.it/2004/b/sezioni/cronaca.

assolvono, specie nel caso in cui la loro mancata attivazione determini la stessa conseguenza: la morte. Ciò vale ancor di più se si tratta di un soggetto in condizioni di terminalità o di imminenza della morte per il quale in realtà ogni trattamento può considerarsi vitale⁸⁷: come potrebbe in questo caso giustificarsi la vincolatività del rifiuto ad un intervento necessario, ad esempio, per superare il blocco intestinale e la non vincolatività della richiesta di interruzione dell'alimentazione forzata, dal momento che dalla non attivazione di entrambi deriverebbe la morte del paziente? Ciò detto, chi scrive, pur ritenendo che non sia *ragionevole* imporre in via legislativa l'applicazione dei trattamenti di cui si discute, nutre una forte speranza a che si investano sempre più energie nei servizi, psicologici e spirituali, di accompagnamento del malato, perché questo possa vivere nel modo più umano possibile la sofferenza e l'*exitus* finale: il rifiuto ai trattamenti di sostegno vitale non sia, dunque, una fuga dal dolore (come tale ad ogni modo non giudicabile), ma rappresenti una matura accettazione del limite umano, frutto di un percorso di rielaborazione della propria esistenza e di comprensione del senso profondo della stessa.

2. Pur non volendo assumere una posizione così netta quale quella esplicitata al n. 1, non si può non essere d'accordo con chi suggerisce al Parlamento la massima prudenza nella trattazione di una materia propriamente scientifica, sulla quale però la stessa scienza medica non è giunta ad una conclusione definitiva, evitando di «*ingessare la materia de qua con norme [...] "assolutizzanti" e dettagliate*»⁸⁸. Ciò comporta che, nel dubbio sulla natura di questi interventi medici sia preferibile astenersi da pronunce di principio che limitino in modo assoluto gli spazi di libertà e di autodeterminazione del soggetto.

Sulla scorta di quanto appena detto, non convince neanche la posizione di maggioranza espressa dal CNB nel documento del 30 settembre 2005⁸⁹, il quale – partendo apoditticamente dall'idea che l'alimentazione e l'idratazione forzata siano sempre dovute – ne concepisce l'interruzione solo nel caso in cui essi non possano più essere metabolizzati o assimilati dal paziente. Come a dire che il soggetto può rinunciare a questi trattamenti solo quando la loro applicazione è già idonea a configurare una forma di accanimento terapeutico, come tale vietata in base alle norme deontologiche.

Quest'ultima notazione offre la possibilità di precisare in quale rapporto si pongono tra loro il *diritto di rifiutare le cure* e il *divieto di accanimento terapeutico*⁹⁰. Sovrapporne l'oggetto, sostenendo, come appunto fa il CNB, che il soggetto ha diritto di rifiutare i trattamenti che identificano una forma di accanimento, significherebbe svuotare il primo di ogni significato. Il paziente, infatti, come risulta dalle brevi riflessioni sopra sviluppate, ha diritto di opporsi a qualsiasi trattamento medico, anche a quello che applicatogli potrebbe arrecargli reali benefici, se lo ritiene negli effetti o nelle modalità applicative non conforme al suo ideale di dignità. Il divieto di accanimento terapeutico opera, invece, in via residuale: anche laddove ci fosse stato un pieno consenso del paziente all'attivazione o alla prosecuzione di una certa azione medica, questa stessa dovrebbe essere interrotta dal personale sanitario nel momento in cui si accerti che essa abbia cessato di avere una qualsiasi funzione curativa, assumendo piuttosto la forma di vera e propria *ostinazione* terapeutica. Per concludere, si potrebbe dire che mentre l'esercizio del diritto di rifiutare le cure, quale atto personalissimo, è nell'esclusiva disponibilità del soggetto della cui salute si tratta,

⁸⁷ Cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*

⁸⁸ Cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*

⁸⁹ Cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, in www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html.

⁹⁰ Nonostante sia ampiamente utilizzata in dottrina ed abbia anche un riferimento di disciplina nell'art.16 del Codice di deontologia medica, non è mancato chi ha contestato l'impiego della nozione di accanimento terapeutico, denunciandone un'intrinseca ambiguità. Si veda in particolare D. NERI, *Sul 'testamento biologico': esigenze normative e ritardi legislativi*, in *Cass. pen.*, 5/2009, 2205 ss.

diversamente il divieto di accanimento terapeutico ha quale polo soggettivo di riferimento il medico, chiamato a valutare la ricorrenza di questa circostanza in scienza e coscienza.

6. Le direttive anticipate di trattamento come mezzo per l'attuazione del diritto di rifiutare le cure. I limiti entro cui il rifiuto può validamente e legittimamente esprimersi...

Per poter esaminare adeguatamente la disciplina esistente in materia di direttive anticipate di trattamento (da ora in poi D.A.T.), occorre quanto meno precisare due aspetti:

- 1- in che rapporto esse si pongono con il testamento biologico o *living will* (stabilendo se e quanto sia corretto parlare di quest'ultimo e non delle prime);
- 2- quali sono gli elementi genetici di questi atti di autodeterminazione del soggetto.

Partendo da quest'ultimo punto, è possibile concordare con chi sostiene che le direttive sono un'*estensione logica* del principio del consenso informato⁹¹. Esse, infatti, in quanto atti di libera determinazione del soggetto, rappresentano una delle più problematiche forme di manifestazione del consenso in relazione ai trattamenti sanitari⁹².

Secondo un orientamento dominante in dottrina, le D.A.T altro non sono che dichiarazioni fatte «*al proprio medico per indicare il tipo di cura che si vorrebbe, qualora non si fosse in grado di assumere decisioni in merito alla propria salute per il sopravvenire di uno stato di incapacità, dovuto ad una qualsiasi causa, destinate ad avere effetto al manifestarsi di questa incapacità*»⁹³.

Più precisamente esse costituiscono una categoria generale entro la quale possono essere ricondotte specie diverse di dichiarazioni: dal testamento biologico alla procura sanitaria.

Stabilito questo rapporto di *genus – species*, le differenze tra le D.A.T. (*genus*) e il testamento biologico si esprimono sia sul piano soggettivo, sia sul piano oggettivo: mentre le D.A.T. possono contenere indicazioni di volontà per qualsiasi trattamento sanitario — da un intervento di chirurgia estetica ad una procedura di sostegno vitale — il testamento biologico, invece, ha un contenuto più ristretto riportando, normalmente, disposizioni relative unicamente alle procedure di sostegno

⁹¹ Cfr. U. VERONESI - M. DE TILLA, *op. cit.*, XIV. Sul valore del consenso informato nell'ambito della relazione medico-paziente si veda, per tutte, Corte cost., sent. n. 438 del 15 dicembre 2008; nonché in merito D. CEVOLI, *Diritto alla salute e consenso informato. Una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

⁹² L'affermarsi del consenso informato quale elemento qualificante la relazione medico-paziente (vedi art. 3 della Carta di Nizza) è frutto dell'abbandono del *modello paternalistico*, cui era in origine ispirata tale relazione, in favore del *modello cooperativo*, incentrato su una maggiore valorizzazione della volontà del paziente. Questi diventa ora, da semplice spettatore quale era, protagonista attivo del proprio processo di guarigione. Ai fini della piena validità del consenso è necessario che esso risponda a taluni requisiti: alcuni attinenti alla capacità del paziente, altri al grado di informazione dello stesso (informazione sulla natura della sua patologia, sulle cure esistenti, sui rischi connessi, sulle possibilità di riuscita della cura, etc.), altri alla natura attuale e personale della manifestazione di volontà, o alla sua specificità e revocabilità. Sulla evoluzione del rapporto medico-paziente, con il conseguente affermarsi del principio del consenso informato si vedano per tutti V. CHIODI, *Il consenso del paziente nella teoria medico-legale*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 133; G. SCALFI, *Consenso e fiducia nel rapporto medico*, *ivi*, 135 ss.; U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico, presupposti torici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, 2 ss.; I. ILLICH, *Nemesi medica*, *cit.*, 12; A. PALMIERI, *Relazione medico paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista*, in *Foro it.*, 1997, I, 771; V. ZAMBRANO, *Eutanasia, diritto alla vita e dignità del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 4/1990/Saggi, 859; G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1/1999, 148; Cfr. P. BECCHI, *Medico e paziente: cooperazione o autodeterminazione nei casi di conflitto?*, in *Ragion pratica*, 3/1994, 169 ss.; F. VIOLA, *La volontà del malato e l'etica del medico: il problema del conflitto*, *ivi*, 2/1994, 215 ss.; G. MOMMO, *Responsabilità professionale del medico. Il consenso informato: origine etica e fondamento giuridico, sua evoluzione giurisprudenziale*, in www.altalex.com, 15 gennaio 2005. Per quanto riguarda l'evoluzione giurisprudenziale in materia di consenso informato, rilevanti tra le tante sono senza dubbio le seguenti sentenze: Cass. civ., Sez. III, sent. n. 1950, 25 luglio 1967; Cass. civ., sez. III., sent. n. 3906, 6 dicembre 1968; Cass. civ., sez. III, sent. n. 1132, 29 marzo del 1976; Cass. civ., sez. III, sent. n. 364, 15 gennaio 1997; Cass. pen., sez. IV, sent. n. 36519, 27 marzo 2001; Cass. pen., sez. IV, sent. n. 1572, 11 luglio 2001; Tribunale di Brescia, sez. III, 31 dicembre 2003; Cass. pen., sez. VI, sent. n. 11640, 4 aprile 2006; Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748, 16 ottobre 2007; Corte d'Appello di Milano, decreto del 25 luglio 2008.

⁹³ Cfr. L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, in *Lecture notarili*, Milano, 2000, 5 ss.

vitale e agli altri trattamenti in grado di consentire un prolungamento artificiale della vita. A ciò si aggiunga che in esso, proprio per la sua natura “testamentaria”, è in genere esplicitata la volontà del soggetto su questioni attinenti già alla morte: assistenza spirituale, riti funerari, conservazione del corpo, ecc.

Rispetto al piano soggettivo, si può dire che il *living will* «trova applicazione solo in alcune situazioni estreme in cui si richiede o la rianimazione o il mantenimento dei mezzi di sostegno in vita in condizioni di non coscienza del paziente»⁹⁴.

L'uso del termine “testamento” crea non pochi equivoci, richiamando alla mente e causando facili sovrapposizioni con la regolamentazione e le caratteristiche del *testamento iure civili*⁹⁵. Da quest'ultimo quello biologico si differenzia per almeno due aspetti:

1. la natura non patrimoniale del suo oggetto e, quindi, delle disposizioni che lo compongono⁹⁶;
2. l'essere destinato a produrre i suoi effetti già prima della morte del soggetto che l'ha predisposto, ossia nel momento in cui si verifica la situazione di incapacità in vista della quale è stato elaborato⁹⁷.

Proprio in ragione di questa equivocità sembra preferibile impostare il discorso intorno alla categoria generale delle D.A.T. piuttosto che intorno a quella del testamento biologico.

Fatte queste premesse, si tratta ora di capire se e con quali limiti sia possibile nel nostro ordinamento riconoscere una qualche forma di vincolatività giuridica alle D.A.T. Numerose sono le critiche sviluppate in relazione a questa possibilità: critiche legate alla mutevolezza delle conoscenze e delle tecniche mediche che potrebbero rendere “superata” la manifestazione di volontà anticipata del soggetto; o legate alla inattualità e alla de-contestualizzazione della dichiarazione, derivante dall'esistenza di una *asimmetria* tra il tempo in cui la volontà si manifesta e il tempo in cui essa dovrà trovare attuazione; o ancora alla *manca di specificità*⁹⁸ determinata dal fatto che l'atto in questione si riferirebbe ad una situazione ipotetica, prospettata in base alle precedenti esperienze mediche, nulla potendo però escludere che la situazione concreta del singolo possa atteggiarsi in modo diverso.

Si tratta ad ogni modo di critiche facilmente superabili. Infatti, mentre alla carenza di attualità o ai problemi di “aggiornamento” delle direttive si potrebbe porre rimedio prevedendo un sistema di rinnovamento periodico, e quindi un termine di validità alla scadenza del quale esse dovrebbero essere riviste dal soggetto (come di fatto prospettato dal progetto di legge attualmente all'esame della Camera)⁹⁹, alla mancanza di specificità si potrebbe sopperire attraverso la *nomina di un fiduciario*, che dialogando con il medico, renda attuale ed aderente alla realtà la volontà del paziente. Allo stesso modo al problema dell'a-tecnicità del linguaggio¹⁰⁰ usato per la formazione di questi documenti, potrebbe opporsi l'uso di modelli standardizzati ancorché “corretti” con notazioni personali, espressive della situazione peculiare del paziente.

⁹⁴ Così C. BRESCIANI, *op. cit.*, 160.

⁹⁵ Art. 587, comma 1, c.c.: «Il testamento è un atto revocabile con cui taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le sostanze o di parte di esse».

⁹⁶ Si ammette che il testamento civile possa avere un contenuto atipico di natura non patrimoniale, ma l'atipicità trova comunque un limite, *ex art 1332 c.c.*, nella meritevolezza dell'interesse perseguito, e non sembra ci sia allo stato attuale alcun dato normativo sulla base del quale poter considerare meritevole di tutela l'interesse sotteso al c.d. diritto di morire. Sul punto vedi I. PIRINU, *Il testamento biologico*, in www.dirittoediritti.it.

⁹⁷ M. C. BELLUCCI, *op. cit.*, 5.

⁹⁸ Vedi M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura di M. DE TILLA - U. VERONESI, Firenze, 2006, 167 ss.

⁹⁹ L'introduzione di un termine di validità delle direttive e il conseguente rinnovo periodico delle stesse, che potrebbe immaginarsi, ad esempio, con cadenza trimestrale o semestrale ferma restando la possibilità del paziente di modificarle in qualsiasi momento, consentirebbero l'adattamento della volontà espressa alle evoluzioni della scienza medica, nonché la massima aderenza di questi atti alla condizione attuale del soggetto e al modo in cui egli vive il suo stare nella malattia. In particolare questa notazione vale per quanti non si ritrovano improvvisamente in uno stato di incapacità, ma passano magari attraverso una lunga malattia che degenera poi in uno stato di perdita della coscienza.

¹⁰⁰ Vedi S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in AA.VV., *Testamento biologico*, cit., 3.

Come si sa, manca allo stato attuale, nonostante le diverse proposte di legge, una disciplina che stabilisca, in via definitiva, il valore che le D.A.T hanno nel nostro ordinamento.

Tuttavia, varî sono gli indici normativi, non solo di diritto interno, già efficaci nel sistema giuridico italiano — o che dovrebbero essere tali — che consentono di attribuire una qualche validità a tali dichiarazioni di volontà. Prima di passare al loro esame può essere utile tenere presenti due indicazioni per la determinazione del *valore dei documenti* di cui ci stiamo occupando, per il momento in cui il dichiarante non sia più capace e cosciente. Tale valore:

1. non può essere superiore a quello riconosciuto alla volontà del soggetto ancora capace e cosciente;
2. non può essere «*irragionevolmente inferiore a quello riconosciuto alla volontà del soggetto dalle norme sul testamento civile*»¹⁰¹.

Sul piano del diritto interno possono, innanzitutto, richiamarsi gli artt. 19, 21 (poiché il testamento biologico è, in ultima analisi, una dichiarazione di volontà su una scelta fondamentale della propria vita, alla stregua di quelle in essi previste) e 32 della Costituzione.

Si pensi ancora alla norma di cui al 3 co. dell' art. 38¹⁰² del Codice di Deontologia medica aggiornato al febbraio del 2007, ove si prevede che «*il medico se il paziente non è in grado di esprimere la sua volontà deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*». Dal contenuto simile è l'art. 9 della Convenzione di Oviedo¹⁰³, che stabilisce debbano essere tenute in considerazione le volontà precedentemente espresse da un paziente che non sia più in grado, nel momento in cui l'intervento medico debba avere luogo, di rinnovare la sua volontà¹⁰⁴.

In linea con la Convenzione, il CNB nella ricordata Dichiarazione del 2003 prospettò come necessario che la legge *obbligasse* il medico a *prendere in considerazione* le direttive, pur senza giungere a riconoscerne un valore vincolante: si ammise che il medico potesse disattenderle, dovendo però in tal caso indicare nella cartella clinica le ragioni della sua scelta. Quest'*obbligo di motivazione*, potrebbe essere, a parere di chi scrive, un'utile strada per una sempre maggiore responsabilizzazione del medico, chiamato a rispondere in sede giudiziaria laddove abbia ingiustificatamente calpestato la volontà del paziente, privandolo del suo diritto

¹⁰¹Cfr. A. SANTOSUOSSO, *A proposito di «living will» e di «advance directives»: note per il dibattito*, in *Pol. dir.* 3/1990, 481.

¹⁰²Art. 38 del Codice di Deontologia medica del 23 febbraio 2007: «*Autonomia del cittadino e direttive anticipate*- Il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa. Il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato».

¹⁰³Vedi CONVENZIONE EUROPEA SUI DIRITTI DELL'UOMO E LA BIOMEDICINA, predisposta dal Comitato direttivo sulla bioetica del Consiglio d'Europa, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997. E' stata definita come una *carta di compromesso*, dato il carattere ampio e generico di alcune sue disposizioni, che continuano a rinviare alle normative nazionali per la disciplina di dettaglio. Cfr., per tutti, G. FRAVOLINI, *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Aggiornamenti sociali*, 1997, 393 ss. Può essere interessante ricordare come la Convenzione firmata anche dall'Italia nel 1997, fu ratificata dal nostro paese solo nel marzo del 2001 con la legge n. 145, a Parlamento sciolto, in tutta fretta. L'urgenza improvvisa della ratifica fu determinata, secondo D. NERI (*La bioetica in laboratorio. Cellule staminali, clonazione e salute umana*, Roma-Bari, 2005), dalla necessità di contrastare gli indirizzi emersi nel parere del CNB dell'ottobre del 2000 e in quello della Commissione Dulbecco del dicembre dello stesso anno, in materia di ricerca sulle cellule staminali embrionali, di cui pure la Convenzione si occupa.

¹⁰⁴ Art. 9 Convenzione di Oviedo: «*Volontà precedentemente espresse*- Le volontà espresse anteriormente in ordine ad un trattamento sanitario da un paziente che, al momento del trattamento, non è in grado di manifestare la sua volontà, saranno prese in considerazione». È da evidenziare il fatto che nella redazione definitiva di tale articolo si è optato per una forma più cauta rispetto alla stesura originaria, nella quale si stabiliva che tali volontà anteriori dovessero essere impegnative per il medico, e non solo *prese in considerazione*.

all'autodeterminazione. Esso costituisce, a ben guardare, anche una garanzia per il medico, il quale potrebbe allontanare da sé ogni forma di responsabilità, dimostrando che il suo intervento si è realizzato in quanto sussistevano, sulla base dell'evoluzione della scienza medica, le condizioni per ripristinare lo stato di vita dignitosa voluto dal paziente.

Occorre, ovviamente, evitare che lo strumento della motivazione si trasformi in un paravento dietro cui nascondere forme bieche di violazione della volontà del paziente. Essa, purtroppo, non è di per sé una garanzia sufficiente, dal momento che la *verificabilità razionale delle argomentazioni* è spesso illusoria e «dietro questa facciata possiamo metterci quello che ci pare»¹⁰⁵. L'obbligo della motivazione in capo al medico che decida di discostarsi dalla volontà del paziente, richiede allora dei correttivi che lo possano rendere effettivamente baluardo del diritto di autodeterminazione.

Chi scrive crede che una soluzione potrebbe essere quella di sottoporre la *decisione difforme* del medico all'esame di un *collegio* composto da esperti della patologia di cui è affetto il paziente, ma anche da esponenti dei comitati etici "territorialmente competenti", e dal fiduciario eventualmente nominato. Il collegio dovrebbe essere edotto del caso specifico dal medico che se ne occupa e dal personale sanitario che assiste il malato, dovendo tener conto delle indicazioni fatte valere dal fiduciario. A quest'ultimo potrebbe riconoscersi inoltre la facoltà di portare innanzi al collegio un altro esperto, favorevole a che si rispettino le volontà del malato, perché anch'egli sia ascoltato. Tale procedura dovrebbe svolgersi con la massima celerità possibile — data la delicatezza della situazione — onde evitare che il paziente sia mantenuto troppo a lungo in una sorta di *limbo terapeutico*.

Come altra faccia dell'obbligo di motivazione del medico e della necessità che questo rispetti la volontà del paziente, si pone il diritto del primo a non andare contro la propria coscienza. Deve essere, infatti, ampiamente assicurata la libertà e l'indipendenza del personale sanitario, in linea con le previsioni dell'art. 4 del Codice deontologico. Ciò potrà avvenire solo riconoscendo ai medici la possibilità di opporre *obiezione di coscienza* alla richiesta di non attivazione e di interruzione di un trattamento sanitario che ritengono adeguato per il paziente: se, dunque, il malato ha diritto ad autodeterminarsi in relazione al proprio corpo, questo non potrà in alcun caso significare per il medico un *obbligo* ad esercitare la propria professione contro i valori cui egli si ispira. Può da subito dirsi che di tale diritto all'obiezione di coscienza non si trova alcuna traccia nel progetto di legge attualmente all'esame della Camera, di cui a breve si tratterà.

7. (segue): Brevi riflessioni sul d.d.l. all'esame della Camera

Dall'analisi delle norme prima prese in considerazione emerge con chiarezza come *non sia possibile allo stato attuale attribuire un carattere vincolante, in senso assoluto, alle direttive*. La situazione non sembra destinata a modificarsi anche laddove dovesse essere adottato il disegno di legge S. 10¹⁰⁶ ("Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento") approvato in T.U. dal Senato, con S. 51, S. 136, S. 281, S. 285, S. 483, S. 800, S. 972, S. 994, S. 1095, S. 1188, S. 1323, S. 1363, S. 1368, trasmesso alla Camera il 31 marzo 2009, e attualmente all'esame della Commissione "Affari Sociali" (AC n. 2350 abbinato con C. 625, C. 784, C. 1280, C. 1597, C. 1606, C. 1764-bis, C. 1840, C. 1876, C. 1968-bis, C. 2038, C. 2124, C. 2595)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vedi G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Torino 1994, 568 s., il quale analizza il rapporto tra *statuizione* e *giustificazione*, ravvisando nella prima un momento di scissione sociale e nella seconda uno strumento attraverso cui *risarcire la lacerazione dell'unità*. Egli sottolinea le difficoltà legate all'uso di tale strumento derivanti soprattutto dal fatto che le argomentazioni giustificative impongono l'incontro tra diverse comunità di parlanti, che attribuiscono rilievi differenti a valori e principi.

¹⁰⁶ Primo firmatario Ignazio Marino, in www.parlamento.it.

¹⁰⁷ Per una completa ricostruzione dell'iter seguito da tal disegno di legge si veda www.nuovo.camera.it.

Ciò si evince chiaramente dall'analisi dei nove articoli di cui si compone la proposta di legge n. 2350, nonché dalla lettura dei resoconti dell'attività della Commissione incaricata della discussione della stessa. Proveremo ora a passare in rassegna quelli che ci sembra siano i punti più controversi di questo progetto di legge.

L'art. 1, rubricato "Tutela della vita e della salute" — senza fare alcun accenno all'altro bene problematicamente coinvolto nelle situazioni che si dovrebbero disciplinare, ossia l'*autodeterminazione* — propone una sorta di ricognizione dei principi vigenti nella materia *de qua*, manifestando un atteggiamento di chiusura timorosa al possibile riconoscimento di spazi di autodeterminazione (esplicitazione evidente delle teorie prima ricordate del "pendio scivoloso"). Non si esita, ad esempio, a definire *indisponibile*, senza altre precisazioni, il bene vita, assumendo subito una posizione netta su uno degli aspetti di diritto chiaramente più problematici della questione: se, infatti, l'indisponibilità è assoluta, come sembrerebbe da questa enunciazione, è negata al paziente la possibilità di porre in essere un qualsiasi atto di disposizione del proprio corpo che possa mettere a repentaglio la sua vita. Si richiama, poi, genericamente il valore della dignità umana, non mettendolo in relazione a quello della vita, nel tentativo di comporre in una situazione di equilibrio le ipotesi di contrasto (più apparente che reale) che possono contrapporli, ma solo per limitarsi a ribadire una priorità della dignità, a parer mio scontata, rispetto al perseguimento di fini che sono esterni al soggetto della cui dignità si discute perché extraindividuali. Tuttavia, la strumentalizzazione del singolo per il perseguimento di scopi pubblici, o meglio sociali, è qualcosa che in realtà non appartiene ormai da tempo alle problematiche connesse al c.d. *diritto di rifiutare le cure*.

Dopo un breve accenno al principio del consenso informato — cui è poi dedicato l'intero art. 2 — quale strumento per l'istaurarsi dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, seguono, alla lettera *e*) e alla lettera *f*) dell'art. 1 co. 1, due enunciati che ci immettono nel vivo della discussione inerente al contenuto possibile e al grado di vincolatività riconoscibile alle D.A.T..

Parafrasando e specificando il disposto dell'art. 32 Cost., si «*riconosce che nessun trattamento sanitario può essere attivato a prescindere dall'espressione del consenso informato*» e si «*garantisce che in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente, il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura*».

Sembrerebbe che non ci siano, dunque, particolari dubbi circa il valore da riconoscere alle D.A.T.: esse sarebbero, in questa logica, atti di manifestazione del consenso informato mediante i quali ogni soggetto potrebbe esprimersi in merito ai trattamenti sanitari che lo riguardano, anche nel senso di una loro non applicazione, con la negazione del consenso stesso. Ma ad un esame più attento la questione risulta in realtà molto più complessa di quanto non sembri: cosa si intende per trattamento sanitario? Esistono "azioni" mediche non qualificabili come tali e, quindi, suscettibili di essere praticate anche in assenza di un consenso informato? Il divieto di «*trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura*» grava in capo al medico solo per il caso in cui il paziente sia *in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente* (quale poi sia la differenza tra queste due ipotesi non è dato saperlo) o non è forse una riformulazione dell'ormai famoso divieto di accanimento terapeutico che riguarda qualsiasi paziente indipendentemente dalla sua prossimità alla morte e intende tutelare la dignità del malato?

Con riferimento al primo interrogativo, il progetto di legge colloca al di fuori dei trattamenti sanitari, proprio al fine di sottrarli dalla disponibilità del soggetto, la nutrizione, l'idratazione e l'alimentazione forzate. Ciò emerge con chiarezza dall'intervento effettuato dal relatore Di Virgilio (PDL) all'atto della presentazione alla Camera del progetto *de quo* (8 luglio 2009), nel corso del quale egli arriva a negare che i trattamenti di cui sopra si possano qualificare come *terapie* dal momento che attraverso di questi vengono somministrati «*quei fattori (aria, acqua, nutrienti, calore) che sono indispensabili per la fisiologia del corpo e dai quali tutti, sani e malati, siamo dipendenti dalla nascita alla morte. Privare di essi un paziente che è ancora in grado di farne uso*

per il suo metabolismo, non significa sospendere una terapia (una azione che, a certe condizioni e in determinate circostanze, può essere lecita o addirittura doverosa), ma non prendersi più cura di un malato (una azione, l'abbandono di una persona non fisiologicamente autosufficiente, che è sempre un male)»¹⁰⁸. Andando anche oltre, l'originario testo del progetto all'art. 3, co. 5, definiva tali "interventi" «forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita», non passibili di divenire oggetto di dichiarazioni anticipate di volontà.

Un'affermazione di principio questa, che non sembrava tenere conto né della natura artificiale (e non fisiologica) della somministrazione di fattori che certamente — questo sì — sono indispensabili per la sopravvivenza fisica del soggetto, né della possibilità, poi non tanto remota, che l'applicazione degli strumenti attraverso cui tale somministrazione ha luogo possa non *alleviare le sofferenze*, ma anzi acuirle fino a farle diventare fisicamente e psicologicamente insopportabili. Inoltre, si esclude *a priori* la possibilità che l'alimentazione, l'idratazione e la ventilazione artificiali possano risultare inefficaci, anche solo parzialmente, e non si vuole prendere in considerazione i casi in cui esse determinano l'insorgere di complicanze o risultano inidonee a causare un reale miglioramento delle condizioni generali del paziente¹⁰⁹.

Sulla scorta di considerazioni di questo tipo, si è giunti tra il 23 e il 24 febbraio all'approvazione di due emendamenti in forza dei quali il comma 5 è stato così riformulato: «anche nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, alimentazione ed idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. Tale valutazione compete al medico curante secondo scienza e coscienza coinvolgendo i familiari attraverso una completa informazione, chiamati a tutelare, in una compiuta alleanza terapeutica, il miglior interesse della persona incapace». Si tratta di una formulazione certo più ragionevole di quella precedente nella quale residuano, però, alcuni elementi criticabili, quale il mancato riferimento alla ventilazione, nonché una certa contraddittorietà legata all'impossibilità che diventino oggetto delle D.A.T., anche nel caso, previsto nel primo periodo, in cui esse non siano più efficaci nel fornire l'apporto nutrizionale, di sostegno alle funzioni fisiologiche. Non convince, inoltre, il fatto che la valutazione in merito alla prosecuzione di questi trattamenti sia del tutto sottratta dalla disponibilità di colui che ne è direttamente interessato venendo rimessa esclusivamente al medico e ai familiari, senza neanche richiedere che a questi sia stato affidato espresso mandato, quali fiduciari ad esempio, dal paziente.

¹⁰⁸ Cfr. <http://nuovo.camera.it/126?pdL=2350&tab=4&leg=16>. In linea con tale impostazione è anche la recente Nota di Commento redatta dalla Congregazione per la Dottrina della Fede come risposta a due quesiti posti dalla Conferenza episcopale statunitense circa l'alimentazione e l'idratazione artificiali. In essa si ribadisce il carattere proporzionato di questi due interventi, cure ordinarie per la conservazione della vita alla portata di ogni sistema sanitario. Cfr. *Europa-Vaticano. Imporre sempre alimentazione e idratazione artificiale a pazienti in stato vegetativo*, articolo del 14 settembre 2007 in www.aduc.it/dyn/. Sullo stesso fronte si colloca, il gruppo di studio «bioetica e neurologia» della Società Italiana di Neurologia, i cui membri hanno identificato la nutrizione con una cura sempre proporzionata e doverosa. Quanto alle posizioni divergenti si veda quella dell'*American Academy of Neurology*, la quale ha definito idratazione e alimentazione artificiale come veri e propri trattamenti medici, e quindi possibile oggetto di rifiuto da parte del malato. Di eguale avviso, poi, anche l'*Institute of Medical Ethics*.

¹⁰⁹ E ciò nonostante nella relazione introduttiva di Di Virgilio si trovi affermato che: «nei casi in cui la terapia instaurata non si dimostri più efficace nel contrastare l'evoluzione maligna della patologia in atto, nel prevenire l'insorgenza di complicanze o nel migliorare le condizioni generali del paziente, essa può venire lecitamente sospesa, d'intesa con il paziente stesso o chi ne fa le veci, per un congruo periodo di tempo oppure definitivamente. È anche possibile che, pur in presenza di una terapia ancora clinicamente utile, il paziente esprima il motivato desiderio di non voler acconsentire ad iniziarla o a continuarla in ragione delle sue condizioni fisiche o psicologiche, per le quali essa risulterebbe troppo gravosa o addirittura insopportabile. Non tenere in debito conto questa volontà del paziente configurerebbe un regime di ostinazione irragionevole del medico nel cercare di contrastare gli effetti della malattia». Certo non sfugge che in questo intervento si continua a parlare di semplici *desideri*, per quanto motivati, e di volontà che devono essere *tenute in considerazione*, senza spingersi fino al riconoscimento di una vincolatività piena delle stesse. Vedi www.camera.it.

L'aria, l'acqua, il cibo sono senza ombra di dubbio beni essenziali per la vita di ogni essere vivente e come tali non dovrebbero essere negati ad alcuno, ma possono diventare strumenti di schiavitù per quei soggetti ai quali la malattia ha già negato la possibilità di una vita "normale", o meglio aderente ai loro personali *standards* di normalità/dignità. Interrompere o non attivare, su richiesta del paziente stesso, i trattamenti di sostegno vitale, come vengono impropriamente definiti, non significherebbe, ad ogni modo, abbandonare il malato a se stesso non dandogli da mangiare o da bere, ma rappresenterebbe piuttosto l'attuazione della sua volontà in merito alla propria vita e alla propria morte¹¹⁰. Spesso in dottrina, per giustificare l'indisponibilità di questi trattamenti si è paragonato il malato al neonato o all'anziano che non sono in grado di provvedere da sé ai propri bisogni primari (bere, mangiare, etc.): ma si tratta di un paragone che non ha fondamento dal momento che in questi casi mancherebbe, o perché impossibile data la tenera età o perché proprio assente, una dichiarazione di volontà circa l'accettazione o meno della nutrizione o dell'idratazione proveniente da soggetti terzi.

È necessario, invece, immaginare altre strade e formulare altre proposte. In particolare, a quali condizioni queste *life-sustaining procedures* dovrebbero poter essere oggetto di rinuncia o di rifiuto¹¹¹? A mio avviso, le condizioni da porre normativamente sono almeno due:

- ci deve essere una manifestazione di volontà da parte del soggetto interessato consapevole (frutto quindi di una pregressa ed esauriente informazione) e confermata nel tempo (dunque periodicamente controllata/accertata);
- clinicamente, in base alle conoscenze tecniche e scientifiche del momento, deve essere altamente improbabile se non del tutto impossibile un recupero delle condizioni di vita che il paziente considera corrispondenti al suo personale *standard* qualitativo.

Potrebbe in tal senso essere utile prevedere, nel momento in cui il soggetto decide di predisporre le proprie D.A.T., l'intervento di una figura psicologica specializzata, da pensarsi sulla falsariga della psico-oncologia, chiamata a svolgere un'attività di osservazione e di sostegno, indagando sulle motivazioni reali alla base della scelta interrutiva e cercando di verificare che non si tratti di ragioni legate alla solitudine, alla paura di rappresentare un peso per gli altri, alla incapacità di accettare la nuova condizione che si prospetta. Tale figura sarebbe chiamata a seguire il percorso motivazionale del soggetto sino al momento in cui questi assume la sua decisione *anticipata* esprimendo un proprio parere sulla fondatezza della stessa, fermo restando che la scelta ultima resterebbe sempre nella disponibilità del malato. Questo potrebbe essere un modo per tentare di ridurre le richieste di interruzione o non attivazione solo ai casi in cui esse rappresentano effettivamente manifestazioni dell'intenzione del soggetto di riconsegnare la propria morte alla sua naturalità.

Per quanto riguarda l'altro interrogativo sopra formulato in relazione all'enunciato dell'art.1 dell'atto camerale n. 2350, mi sembra in realtà che il "divieto" per il medico di far luogo a «*trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura*», in assenza di un'esplicita accettazione

¹¹⁰ Intervento del senatore Stefano Ceccanti, XXII Commissione permanente, 4 febbraio 2009 in www.senato.it: «sul difficile crinale della distinzione che va mantenuta tra eutanasia e accanimento terapeutico, non credo che possa essere perseguito un approccio rigidamente deontologico, che identifica con sicurezza astrattamente e aprioristicamente tutti i trattamenti da includere nell'una o nell'altra fattispecie, ma un approccio teleologico, che mantiene la distinzione tra la finalità da accogliere di evitare l'accanimento terapeutico e quella da respingere di provocare l'eutanasia. Credo che la legge debba mantenere aperto lo spazio alla pratica della saggezza sulla questione di quando, di fine a che punto, alimentazione e idratazione siano (e rimangano) forme di sostegno vitale e quando siano (o divengano) forme di accanimento tecnologico (anche se non propriamente terapeutico) che espropriano un corpo umano (e perciò una persona), in certe condizioni, del proprio 'naturale' impulso a chiudere il proprio ciclo vitale (nel mondo sensibile). Concretamente questo approccio teleologico dovrebbe portare, come nel parere del 30 settembre 2005 del Comitato nazionale di bioetica, a non poter escludere a priori dalle dichiarazioni anticipate di trattamento anche la richiesta di sospendere l'alimentazione e l'idratazione artificiali e, a seconda delle condizioni del paziente e della sua evoluzione, l'eventuale esecuzione di tali indicazioni nonché un'analoga scelta, in stati neurovegetativi assimilabili alla fine vita debitamente accertati».

¹¹¹ Vedi sul punto COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e Rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, www.governo.it.

degli stessi da parte del paziente, esista a prescindere dal fatto che quest'ultimo versi in uno *stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente*. La non obbligatorietà dei trattamenti straordinari è affermazione ormai accettata unanimemente, anzi sostenuta anche negli ambienti cattolici¹¹².

Con riferimento all'art. 3, purtroppo, in esso viene riconfermato il valore esclusivamente indicativo o persuasivo che tale progetto di legge intende riconoscere alle direttive anticipate di trattamento. Innanzitutto, si definisce la dichiarazione del soggetto non come ferma e solida manifestazione di volontà, ma come semplice *orientamento*¹¹³. Si ammette, poi, che si possa rinunciare a trattamenti sproporzionati o sperimentali ma si esclude, come abbiamo già anticipato, che tra questi rientrino alimentazione, idratazione.

Interessante è inoltre il comma 6 dello stesso art. 3, dal quale traiamo un'indicazione specifica di quello che dovrebbe essere l'ambito soggettivo di applicazione di questa normativa. Nella versione originaria, sottoposta all'esame della Camera, si prevedeva che *«la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui è accertato che il soggetto in stato vegetativo non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze e per questo motivo non può assumere decisioni che lo riguardano»*, come se gli unici soggetti interessati da questa disciplina potessero essere solo ed esclusivamente quelli per i quali sia prospettabile l'insorgere di uno stato vegetativo! Il che appariva in realtà ridicolo e soprattutto non risolutivo, dal momento che i soggetti in stato vegetativo rappresentano una porzione ristretta dei malati che nelle corsie degli ospedali o nel silenzio delle loro case vivono situazioni di schiavitù, imprigionati nell'impossibilità di far sentire la loro voce su quello che per loro è o dovrebbe essere "vita". In data 24 febbraio è stato approvato un nuovo emendamento in ragione del quale si è eliminato il riferimento allo stato vegetativo, e si è inserita una formula più ampia che richiama una generica situazione di *«incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze»*. Risultano in tal modo scoperte le ipotesi di incapacità temporanea, ma comunque assoluta, di comprendere le informazioni: forse che in tali casi non è auspicabile che vengano eseguite le volontà espresse dal soggetto quando era in condizioni di piena capacità?

Con emendamento approvato il 3 febbraio 2010, proposto dall'onorevole Buttiglione è stato aggiunto il comma 3-bis in cui giustamente si chiarifica che *«il rifiuto di forme di sostegno vitale costituisce un atto personale che non può essere delegato»*, fugando qualsiasi dubbio sull'eventuale ruolo del fiduciario. La personalità di tale atto, non è però sufficiente, nella logica di questo progetto ad impedire che esso sia posto nel nulla in ragione di una semplice decisione contraria del medico, come vedremo meglio fra poco.

Passando all'art. 4, uno è essenzialmente il rilievo critico opponibile e riguarda la disposizione del sesto e ultimo comma. In esso si prevede che *«in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica»*. Risulta, invero, difficilmente spiegabile e giustificabile la scelta di rendere inefficaci le D.A.T., predisposte, come la legge richiede, in una situazione di piena consapevolezza e in esercizio del proprio diritto di autodeterminazione, laddove sopravvenga una situazione di urgenza o di imminente pericolo di vita, come se situazioni di tal fatta potessero di per se stesse comportare una diminuzione del valore della *precedente* manifestazione di volontà. Sarebbe, in realtà, più rispettoso della libertà e della dignità del soggetto garantire che, fatto salvo il suo diritto a cambiare opinione, ciò che egli ha disposto a mente lucida, in una condizione di serenità, se confermato resti poi valido proprio in quelle congiunture in cui l'emergenza offusca la volontà e rende, però, pure necessarie delle decisioni.

¹¹² Si veda in tal senso il CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA n. 2278: *«l'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all'accanimento terapeutico»*.

¹¹³ Non si compie, dunque, alcun passo avanti rispetto alla CONVENZIONE DI OVIEDO, il cui art. 9 prevede che *«le volontà espresse anteriormente in ordine ad un trattamento sanitario da un paziente che, al momento del trattamento, non è in grado di manifestare la sua volontà, saranno prese in considerazione»*.

Quanto poi all'art. 6, lascia spazio a possibili abusi la previsione di cui all'ultimo comma, in base alla quale è riconosciuta all'eventuale fiduciario nominato dall'autore delle D.A.T. la facoltà di rinunciare all'incarico, anche dopo la sopravvenienza dell'incapacità del dichiarante. Per tale ipotesi, dunque, colui che aveva magari solo definito nelle linee generali i trattamenti a cui avrebbe voluto o non voluto sottoporsi, rimettendosi per una determinazione più dettagliata all'intervento del fiduciario, si troverebbe così ad essere sprovvisto della tutela che certo la figura del fiduciario gli garantisce, senza peraltro la possibilità di provvedere altrimenti, dato lo stato di incapacità. Forse si potrebbe immaginare una designazione alternativa o stabilire che in ogni caso le indicazioni di dettaglio siano date direttamente nella dichiarazione scritta del paziente, limitando la funzione del fiduciario a quella di "semplice" garante della corretta esecuzione della volontà del malato.

E' dall'art. 7 ad ogni modo che si deduce la reale portata che, in base a tale progetto, verrebbero ad avere le dichiarazioni anticipate. Al primo comma si risponde di fatto al quesito sulla loro efficacia giuridica, riprendendo essenzialmente la vaga formula già utilizzata dalla Convenzione di Oviedo: le direttive non hanno piena vincolatività giuridica, ma godono di una sorta di forza "persuasiva"; esse infatti debbono semplicemente essere «*prese in considerazione*», ferma restando la facoltà del medico di seguirle o meno. A ciò si aggiunge che, per espressa previsione del secondo comma dello stesso articolo, il medico «*non può prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica*». Alla facoltà del primo comma, si sostituisce qui la perentorietà del "non potere", che resta però nel suo contenuto indefinito dal momento che non si traccia alcuna distinzione tra le direttive che hanno come loro fine diretto la morte, già intrinsecamente illecite poiché contenenti una richiesta di tipo eutanasi, e quelle invece che si compongono di indicazioni che hanno come finalità principale la fine di un trattamento considerato ormai inefficace o eccessivamente gravoso per il soggetto, e come evento eventuale, accettato quale possibile, il verificarsi della morte. Si opta per una formula generica ed ampia, prevedendo che sia poi il medico, sentito il fiduciario a dover stabilire l'applicabilità o meno delle dichiarazioni, ad accertare se esse rientrino tra quelle che si possono prendere in considerazione o tra quelle che non possono considerarsi. *Tutto è dunque rimesso alla decisione del medico*, chiamato a pronunciarsi in scienza e in coscienza, secondo alcuni parametri di riferimento, enunciati nella stessa disposizione: il principio dell'invulnerabilità della vita umana, della tutela della salute, i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza. Nessun accenno viene, invece, fatto alla libertà del soggetto, alla sua dignità e al diritto all'*autodeterminazione*, che pure rappresentano gli altri poli indefettibili del necessario e ricordato "bilanciamento" che dovrebbe compiersi in questa materia.

8. Uno sguardo oltre i confini: Inghilterra, Stati Uniti, Canada.

Mai come in materia di direttive anticipate può avere senso condurre lo studio in una prospettiva comparata: basti pensare al fatto che il *living will* non è un'invenzione del nostro ordinamento, ma trova le sue radici negli Stati Uniti¹¹⁴. Il paragone con i sistemi giuridici che prima del nostro si sono confrontati con le problematiche poste dal tema del fine-vita, rappresenta una risorsa irrinunciabile per il legislatore italiano. Proprio per questo viene di seguito proposta una veloce e certo non esaustiva carrellata sulla disciplina che alcuni Stati di tradizione anglosassone, europei e non, hanno riservato alle tematiche sopra trattate.

Quanto all'Inghilterra, manca, allo stato attuale, un'apposita regolamentazione in materia di *living will* e di eutanasia, anche se non ci sono dubbi sulla validità del primo istituto sul piano giurisprudenziale, per i casi in cui, nella sua predisposizione, siano rispettate le condizioni di capacità e d'informazione, che sono richieste anche nel nostro ordinamento, affinché il consenso sia davvero consapevole.

¹¹⁴ Per una ricostruzione della disciplina in materia di pianificazione anticipata delle cure negli Stati Uniti e in Canada si veda in particolare F. G. PIZZETTI, *op. cit.*, 401 ss.

Ad ogni modo, il primo progetto di legge sul tema dell'eutanasia fu discusso dall'*House of Lords* nel 1936¹¹⁵. Presentato dalla *Voluntary Euthanasia Society*, esso promuoveva il riconoscimento del *diritto di morire* ai pazienti affetti da una grave malattia fisica incurabile, accompagnata da atroci sofferenze. In particolare, fine ultimo di tale progetto, era il riconoscimento di una piena validità giuridica alla dichiarazione con la quale il malato avesse richiesto l'eutanasia, stabilendo i tempi e i modi di attuazione della stessa e proibendo la somministrazione di trattamenti di sostegno vitale¹¹⁶. Tale progetto venne respinto e, ripresentato nel 1950, non superò neanche la seconda volta il vaglio del Parlamento.

Data l'incapacità di pervenire ad una disciplina legislativa, ci si trovò costretti a rimettere alla giurisprudenza la definizione dell'indirizzo normativo da seguire in questa materia.

Com'è noto decisiva, poiché fortemente innovativa, fu in tal senso la sentenza pronunciata dall'*House of Lords* il 4 febbraio del 1993 nel *caso Airedale NHS Trust v. T. Bland*¹¹⁷, in cui la Corte fu chiamata a decidere in merito alla sospensione dei trattamenti vitali nei pazienti in stato vegetativo persistente¹¹⁸. Essa sostenne, anzitutto, il valore prioritario del principio di autodeterminazione, affermando che «*se un paziente adulto nel possesso delle sue facoltà mentali rifiuta, anche se in modo irragionevole, di consentire al trattamento o alla cura per mezzo dei quali la sua vita potrebbe essere prolungata, i medici che di lui sono responsabili debbono dare seguito al suo desiderio, anche se pensano che farlo non sia nel suo migliore interesse*»¹¹⁹. Ciò varrebbe anche nel caso in cui la volontà sia stata espressa in via anticipata (c.d. *advance refusal*), in vista di una successiva perdita di coscienza, pur richiedendosi, in tale ipotesi, una maggiore cautela per verificare che la posizione del soggetto sia nel tempo rimasta immutata. Laddove, invece, il paziente attualmente in stato d'incoscienza non abbia rilasciato alcuna dichiarazione "anticipata" di volontà, la scelta terapeutica, anche rispetto all'alimentazione artificiale, dovrà fondarsi sul criterio del *best interest*.

Nonostante fosse il quesito principale posto alla Corte, restò privo di una risposta univoca l'interrogativo sulla natura e sulla qualificazione giuridica dell'alimentazione artificiale, definita come *trattamento medico* senza, però, chiarire se sia intrinsecamente rinunciabile o meno.

Più di recente il dibattito sul diritto di morire ha ripreso piede a seguito di due casi giurisprudenziali, dallo svolgimento quasi contemporaneo ma dall'esito in sostanza opposto: il *caso di Miss "B"* e il *caso Pretty*¹²⁰. Va subito detto che la difformità di soluzioni cui si è pervenuti è più che giustificata, alla luce dell'effettiva diversità delle situazioni in cui le due donne versavano, come emergerà dal successivo esame.

Quanto al primo caso, il 22 marzo 2002 l'Alta Corte di Giustizia inglese autorizzò una donna di 43 anni, *Miss "B"* appunto, ad interrompere la ventilazione artificiale che la teneva in vita, in attuazione di quanto la donna stessa aveva richiesto attraverso un *living will*, da lei formulato nel 1999, nel momento in cui le fu diagnosticato un cavernoma. Con tale sentenza si diede, quindi,

¹¹⁵ Vedi M. AQUINO, R. TALLARITA, *L'Eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. fam. pers.*, 2-3/2002, 653.

¹¹⁶ Cfr. C. TRIPODINA, *op. cit.*, 290.

¹¹⁷ Si trattava del caso di un giovane tifoso che rimase schiacciato dalla folla durante alcuni scontri allo stadio. Ciò determinò la non ossigenazione del suo cervello per alcuni minuti. L'entità dei danni fu tale che in breve cadde in uno stato vegetativo persistente. Cfr. G. PONZANELLI, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico*, in *Foro it.*, I, 2000, 2025.

¹¹⁸ «Il caso giunge nel 1993 all'*House of Lords*, la Corte Suprema inglese, che si trova a rispondere al quesito "se l'alimentazione e i farmaci antibiotici possono, legalmente, non essere somministrati a un paziente in stato di incoscienza senza speranza di recupero, sapendo che in conseguenza di ciò il paziente morirà in breve tempo"». Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo "stato vegetativo persistente"*, in *Foro. it.*, I, 2000, 2028. Sul *potere corrosivo* di questa sentenza si veda M. AQUINO-R. TALLARITA, *op. cit.*, 658.

¹¹⁹ Vedi sent. *Airedale NHS Trust v. T. Bland*, in www.ncbi.nih.gov.

¹²⁰ Sul *caso Pretty* si veda L. GAUDINO, *Il caso «Pretty»: il problema del «Right to die with dignity» davanti alle grandi corti di common law*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 125.

pieno riconoscimento alla validità della dichiarazione anticipata di trattamento, pur subordinando questa efficacia al previo accertamento dell'impossibilità di guarigione sul piano medico.

In particolare, la Corte, al fine di sostenere questa posizione, ha richiamato diverse massime della giurisprudenza anglosassone, sia inglese sia nordamericana, dalle quali emergeva:

- l'assodato riconoscimento del principio di autodeterminazione, dal quale deriva, nel campo specifico della salute, il diritto di rifiutare tutti i trattamenti sanitari, anche quelli salvavita¹²¹;
- il carattere non assoluto del principio della sacralità della vita¹²²;
- l'operare di una presunzione di capacità mentale, che cade, chiaramente, laddove si dimostri il contrario¹²³.

Per quanto riguarda il *caso Pretty*¹²⁴, come si sa, si trattava di una donna affetta da sclerosi laterale amiotrofica e soggetta ad una paralisi di tipo progressivo, che già l'aveva immobilizzata dal collo in giù¹²⁵. Date le forti limitazioni che in ragione della sua condizione subiva nella possibilità di avere una vita normale di relazione e di attendere da sé al compimento degli ordinari gesti di vita quotidiana, il 27 luglio 2001 Mrs. Pretty chiese al *Director of Public Prosecutions* (DPP) che fosse garantita l'immunità al marito per il caso in cui questi l'avesse aiutata a togliersi la vita, ricevendo già l'8 agosto una risposta negativa.

Davanti a tale rifiuto la donna decise di ricorrere presso la Corte Divisionale chiedendo che si dichiarasse esplicitamente la possibilità per il DPP di accogliere la sua richiesta o altrimenti, laddove quest'ultima fosse stata rigettata perché in contrasto con il divieto di aiuto al suicidio di cui al *Suicide Act* del 1961, che si dichiarasse l'incompatibilità di tale ultimo atto con gli artt. 2, 3, 8, 9, 14 della CEDU.

Appare evidente, dalla pur breve descrizione che abbiamo fatto delle condizioni in cui versava la donna, che la sua situazione era totalmente diversa da quella di Miss. "B". D. Pretty, nonostante la paralisi, non era mantenuta in vita in modo artificiale, per cui la soddisfazione del suo desiderio di morte avrebbe richiesto che il marito ponesse in essere una forma di *eutanasia attiva*. Diversamente, Miss. "B", non più in grado di respirare autonomamente, chiedeva lo spegnimento del sistema di ventilazione artificiale che ne assicurava la sopravvivenza, invocando, quindi, sostanzialmente l'*eutanasia passiva*.

Anche in considerazione di questo, la Corte divisionale non accolse il reclamo della prima, confermando piuttosto l'impossibilità del DPP di garantire l'immunità al marito di D. Pretty e facendo salvo il testo del *Suicide Act*.

Nel tentativo di superare questo nuovo rifiuto, Mrs. Pretty presentò appello all'*House of Lords*: anche questo strumento si rivelò, però, vano, giacché la Camera fece propria la decisione della Corte divisionale.

Esauriti i mezzi d'impugnazione interni, la ricorrente tentò la via del giudizio dinanzi alla Corte europea per i diritti dell'Uomo, sottoponendo specificamente ad essa la questione della

¹²¹ Proprio perché ritiene che il diritto di rifiutare i trattamenti sia ormai un dato acquisito dell'ordinamento inglese, la Corte afferma che l'unica questione che merita approfondimento è quella relativa alla capacità della malata, infatti, se la capacità mentale del soggetto non è compromessa «a seriously disabled patient has the same rights as the fit person to respect for personal autonomy», e il diritto di rifiutare le cure rientra tra questi diritti. La Corte stabilisce la centralità del requisito della capacità individuando anche alcuni criteri per l'accertamento di tale condizione e per la risoluzione dei conflitti nei casi di dubbio. Vedi C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 356.

¹²² A tal proposito, risolutiva fu tra le tante, la sentenza *Airedale NHS Trust v. T. Bland*, di cui ci siamo già occupati, giacché in essa per la prima volta si ammise che tale principio potesse subire delle deroghe, specie nei casi in cui, essendo venuto meno ogni segno vitale, la qualità della vita stessa si potesse considerare irrimediabilmente compromessa.

¹²³ Cfr. CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sentenza 29 aprile 2002; ALTA CORTE DI GIUSTIZIA D'INGHILTERRA, divisione della famiglia, sentenza 22 marzo 2002, in *Foro. it.*, II, 2003, 57 ss., con nota di B. BARBISAN.

¹²⁴ Per una ricostruzione delle diverse tappe giurisprudenziali che caratterizzarono questo caso si veda C. TRIPODINA, *op. cit.*, 361 ss.

¹²⁵ Vedi P. PISTONE, *Il diritto alla morte*, in *Dir. e giust.*, 2002, 82.

compatibilità del *Suicide Act* con gli artt. della CEDU già indicati. Con sentenza del 29 aprile 2002 la Corte di Strasburgo esclude definitivamente che la CEDU potesse giustificare il compimento di atti di eutanasia attiva¹²⁶.

Passando invece agli Stati Uniti, possiamo subito evidenziare che anche se le prime sentenze della giurisprudenza americana sul tema *de quo* risalgono alla metà degli anni Settanta, è solo a partire dagli anni Novanta che s'inizia a registrare in America un interesse *diffuso* per la problematica del *diritto di morire*.

Da subito tale posizione giuridico-soggettiva viene percepita dalla dottrina maggioritaria come il normale punto di arrivo della discussione sulla determinazione delle ipotesi in cui è giustificata la richiesta di eutanasia attiva o di suicidio medicalmente assistito, eventualmente maturata nell'ambito del rapporto medico-paziente. Si attribuisce, quindi, un significato specifico, settoriale quasi, alla locuzione *diritto di morire*, intendendola come *diritto ad essere uccisi dal medico*, direttamente derivabile dal diritto di rifiutare i trattamenti sanitari ed in particolare quelli di sostegno vitale¹²⁷.

Se quello che abbiamo indicato è stato l'orientamento dominante nella letteratura americana, non sono mancate, ovviamente, indicazioni di segno contrario: si pensi a quantiescludono l'esistenza di un *diritto ad essere ucciso dal medico*, quale diritto assoluto, affermando che esso debba comunque bilanciarsi con i limiti posti alla disponibilità della vita dalle norme che sanzionano l'omicidio — tanto a livello giuridico quanto a livello religioso o morale — a protezione di superiori beni pubblici, riassunti nell'interesse dello Stato alla sopravvivenza dei cittadini¹²⁸.

Anche sul piano giurisprudenziale, è possibile riscontrare una qualche resistenza all'uso generalizzato o indiscriminato dell'espressione *diritto di morire*, indicativa di una deviazione rispetto agli indirizzi maggioritari.

La prima sentenza che si occupa in maniera implicita del diritto di morire risale al 1975 e venne pronunciata dalla Corte del New Jersey nel famoso *caso Quinlan*. La Corte ribadì l'esistenza di un diritto di rifiutare le cure, facendolo rientrare nel più ampio *diritto alla privacy*, ma esclude in modo netto che il rifiuto potesse provenire da soggetti diversi dal diretto interessato: lo stato d'incapacità in cui A. Quinlan¹²⁹ si trovava non costituì motivazione sufficiente perché la decisione sul da farsi potesse essere assunta dai suoi genitori in via sostitutiva (fu quindi esclusa la possibilità che avesse luogo una *surrogate decision*). Nonostante l'impostazione tendenzialmente "conservatrice" di questa pronuncia, venne fatto un importante passo avanti sugli argomenti in questione, poiché l'interesse del singolo alla rimozione del respiratore fu considerato superiore a quello dello Stato alla conservazione della vita, anche nella sua sola forma vegetativa¹³⁰.

Sulla stessa scia si pone la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti pronunciata per il *caso Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*¹³¹, con la quale venne affermato che,

¹²⁶ Vedi B. BARBISAN, *Una sentenza della CEDU in tema di eutanasia*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹²⁷ Vedi R. BARCARO, *op. cit.*

¹²⁸ P. E. SINGER- M. SIEGLER, *Euthanasia: a critique*, in *New England Journal of Medicine*, 1990, citato in R. BARCARO, *op. cit.*

¹²⁹ Ann Karen Quinlan era una giovane di 22 anni, caduta in coma vegetativo persistente a seguito di un incidente stradale, e sottoposta a trattamenti di ventilazione artificiale.

¹³⁰ Cfr. M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 235 ss.

¹³¹ Giovane donna del Missouri che a seguito di un incidente stradale riportò gravi danni cerebrali e cadde in stato vegetativo persistente, perdendo irrimediabilmente la coscienza: «respira spontaneamente senza bisogno di respiratore, è alimentata attraverso un tube feeding, non essendo in grado di alimentarsi da sola, le sue facoltà cognitive sono irrimediabilmente compromesse». Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, IV, 1991, 66. L'Autore ricorda tra le altre cose che la pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti è intervenuta dopo due discordanti sentenze, rispettivamente l'una della *Trial Court* del Missouri e l'altra della Corte Suprema dello Stato del Missouri. Il primo tribunale aveva accolto la richiesta dei genitori di N. Cruzan, ritenendo che entro l'ormai assodato diritto alla *privacy* potesse farsi rientrare il diritto a rifiutare o a richiedere la sospensione delle c.d. *death prolonging procedures*. Tale decisione fu impugnata dall'avvocato di Stato, chiamato a rappresentare gli interessi della giovane donna in giudizio dinanzi alla *Supreme Court of Missouri*.

almeno in astratto, si sarebbe potuto autorizzare la sospensione dei trattamenti di nutrizione ed idratazione artificiali, utilizzati per mantenere in vita N. Cruzan, paziente in stato vegetativo persistente. La Corte non dovette in tal caso ricorrere al riconoscimento del diritto di morire giacché, partendo dall'assunto che l'idratazione e l'alimentazione artificiale potessero considerarsi come trattamenti suscettibili di rifiuto — e quindi negandone la natura *necessaria o ordinaria* — le fu sufficiente richiamarsi al XIV Emendamento. La Corte Federale, diversamente da quanto era stato disposto nel *caso Quinlan*, ritenne che si dovesse far riferimento non tanto al *diritto alla privacy* quanto piuttosto al diritto all'integrità fisica. Anche in tal caso venne, però, confermato il carattere strettamente personale della decisione (*deeply personal decision*) relativa al rifiuto¹³², negandosi la possibilità che la mancanza di un'apposita dichiarazione di volontà da parte della paziente potesse essere compensata da una dichiarazione sostitutiva dei genitori.

La Corte Suprema ritenne condivisibile la posizione della Corte del Missouri, che aveva chiesto venisse dai familiari rispettato un elevato standard di prova per la verifica della volontà della paziente, non considerando sufficiente la testimonianza di alcuni conoscenti su una dichiarazione resa dalla Cruzan molto tempo prima dell'incidente¹³³. In particolare, il giudice Rehnquist, presidente della Corte, definì ben ponderata la regola posta dal legislatore del Missouri, giacché il suo rispetto evitava che si desse la morte a soggetti che, di fatto, non la desideravano, commettendo cioè degli errori mortali. Certo la stessa regola avrebbe potuto, nelle situazioni d'incertezza, portare a mantenere in vita, o meglio in condizioni vegetative, soggetti che avrebbero invece desiderato morire ma, a parere del giudice americano, tale rischio avrebbe dovuto e potuto corrersi in ragione della preferibilità della vita alla morte¹³⁴.

Da rilevare che i genitori di N. Cruzan cercarono di far valere, anche se solo in via subordinata, la tesi per cui essi stessi, in quanto familiari più stretti della paziente, avrebbero potuto considerarsi titolari del potere di decidere in luogo della figlia, di modo che l'accertamento della sua reale volontà sarebbe risultato inutile.

La sentenza Cruzan rappresentò una svolta nella giurisprudenza americana in materia di diritto di rifiutare le cure, soprattutto perché collegò tale diritto non più alla nozione di *privacy* bensì, come abbiamo già anticipato, alla *Due Process Clause* di cui al XIV Emendamento della Costituzione¹³⁵, ammettendo il suo esercizio anche rispetto ai trattamenti di sostegno vitale, riconoscendo piena legittimità a eventuali direttive anticipate di trattamento, che sono, invece, mancate nel caso di specie.

E' interessante notare come, nonostante la portata innovativa di questa sentenza, i giudici siano rimasti comunque fedeli all'idea ormai piuttosto risalente che esiste un interesse dello Stato alla vita e alla sua conservazione. Tale interesse, tuttavia, come precisato dal giudice Brennan, redattore dell'opinione di minoranza, non può essere «*del tutto astratto dall'interesse di chi vive quella vita*»¹³⁶.

¹³² I genitori di N. Cruzan ricorsero dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti per contestare la sentenza della Corte Suprema del Missouri, che aveva negato loro l'autorizzazione all'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, in ragione della mancanza di prove chiare e sufficienti della volontà della paziente in proposito: i genitori, infatti, avevano potuto presentare solo testimonianze indirette di dichiarazioni rese in vita dalla figlia.

¹³³ Date le oggettive somiglianze con il caso italiano di E. Englaro, possiamo evidenziare come anche in quest'ultimo si sarebbero dovute richiedere delle prove più sicure della volontà della paziente, non dovendo considerarsi sufficienti testimonianze su sue dichiarazioni significativamente risalenti nel tempo, e certamente non determinate dalla volontà consapevole di dare delle indicazioni vincolanti sulla propria vita o sulla propria morte.

¹³⁴ Vedi R. DWORKIN, *op. cit.*, 271.

¹³⁵ Quattordicesimo Emendamento, Sezione I, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «All person born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [Due process clause]; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws [Equal protection clause]».

¹³⁶ Cfr. G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il «right to die»*, in *Foro. it.*, IV, 1991, 74.

Nel 1997 la Corte Suprema tornò a pronunciarsi sul tema dell'eutanasia, con due diverse sentenze¹³⁷, l'una riguardante il caso *Stato di Washington e altri ricorrenti v. H. Gluksberg ed altri resistenti* (conosciuta anche come *Compassion in Dying v. Washington*)¹³⁸, l'altra relativa al caso *D. Vacco, procuratore Generale dello Stato di New York v. T. E. Quill*¹³⁹.

La prima controversia fu proposta innanzi alla Corte Suprema a seguito della sentenza della Corte d'Appello del Nono Circuito, con cui era stata dichiarata incostituzionale una legge del 1975 dello Stato di Washington, che puniva l'aiuto al suicidio nella parte in cui si riferiva anche ai malati terminali adulti che avessero coscientemente scelto la morte¹⁴⁰, perché considerata in contrasto con la *Due Process Clause*, contenuta nel XIV Emendamento.

La seconda, invece, venne proposta a seguito di una sentenza della Corte d'Appello del Secondo Circuito, che aveva dichiarato l'incostituzionalità della legge dello Stato di New York del 1965, che puniva sempre l'aiuto al suicidio per violazione dell'*Equal protection Clause* di cui al già richiamato XIV Emendamento.

La Corte Suprema con riferimento al primo caso, fece notare che la *Due Process Clause* può essere invocata solo a protezione di diritti e libertà che abbiano la loro radice «nella storia della Nazione e nella sua tradizione (*Historical test*)»¹⁴¹. Sarebbe, dunque, scorretto utilizzare questa clausola per fondare il diritto a ricevere assistenza nel suicidio, poiché si può dimostrare che il divieto di suicidio assistito sia stato una costante della storia degli Stati Uniti.

Questa impostazione è riconfermata anche dal giudice Miner, che redige l'opinione di maggioranza nel caso *Vacco v. Quill*, il quale dichiara, tuttavia, l'esistenza di un contrasto tra le norme sul suicidio assistito dello Stato di New York e il principio di eguaglianza. Si dice, infatti: «lo Stato di New York non tratta in modo uguale persone che si trovano in circostanze uguali»¹⁴².

Per quanto riguarda gli interventi normativi effettivamente posti in essere sul tema del diritto di morire negli Stati Uniti viene, innanzitutto, in rilievo il *Natural Death Act* adottato nel 1976 dallo Stato della California, con il quale si riconosce ad ogni maggiorenne il diritto di compilare alla presenza di due testimoni un *living will*, di validità quinquennale, con il quale indicare a quali trattamenti di sostegno vitale non vuole essere sottoposto per il caso in cui ce ne sia la necessità.

D'ispirazione simile fu il *Patient Self Determination Act* adottato nel 1990 dal distretto federale di Washington, il quale ebbe però vita breve essendo poi stato bocciato con referendum nel 1991.

Da ricordare è anche il *Death with dignity Act* adottato nello Stato dell'Oregon nel 1994. Tale atto prevede espressamente al paragrafo 2 che ogni adulto capace e residente nell'Oregon

¹³⁷ Sul punto vedi V. BARSOTTI, *L'eutanasia, il caso Quill e la concurring opinion del giudice Calabresi. Un approccio mite alla judicial review*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 494; M. GUGLIEMI, *op. cit.*, 729.

¹³⁸ La causa fu intentata da tre attori che adottarono nel corso del giudizio i seguenti pseudonimi: Jane Roe, affetta da un cancro, ormai in metastasi, allo scheletro, costretta, per quelli che le erano stati prospettati come i suoi ultimi mesi di vita, a letto con inappetenza, nausea, vomito, incontinenza, calo della vista; John Doe, malato di Aids, cui si era associata una polmonite, alcune gravi infezioni e attacchi epilettici; James Poe, che combatteva con un costante senso di soffocamento causato da un enfisema polmonare che gli provoca anche problemi al cuore e dolori alle gambe per i quali gli era regolarmente somministrata la morfina.

¹³⁹ Anche in tale causa erano tre gli attori: Jane Doe, affetta da un tumore al collo interessante l'arteria carotidea, l'esofago e le corde vocali, non più in grado di alimentarsi da sé; Kingsley, affetto da Aids, ormai privo di sistema immunitario, colpito da una cecità quasi totale e impossibilitato nello svolgimento di ogni attività quotidiana dalle terapie cui era sottoposto; Barth, anch'egli affetto da Aids, da Sarcoma di Kaposi e da alcune infezioni, in gran parte conseguenza dei trattamenti medici che gli erano praticati.

¹⁴⁰ Cfr. C. TRIPODINA, *op. cit.*, 338 ss.

¹⁴¹ Citato da B. BARBISAN, *Il "diritto di morire" negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, in *Dir. pubbl.*, 1/2001, 175 ss. Per un approfondito esame del modo in cui il giudice Rehnquist applica questo test nella sentenza indicata vedi, *ivi*, 199. Se anche è vero, come l'Autrice sottolinea, che tradizione significa coerenza, unità d'intenti, certezza nell'immutabilità, crediamo, però, che una rigida applicazione dell'*historical test* possa bloccare il cambiamento, ridurre la capacità del diritto di adattarsi al mutare del sentire sociale e alle esigenze delle società moderne.

¹⁴² Citato da V. BARSOTTI, *op. cit.*, 497.

(condizione per impedire forme di *turismo eutanasi*), affetto da una malattia terminale¹⁴³, possa richiedere per iscritto i farmaci necessari per porre fine «*in modo umano e dignitoso*» alla propria vita. Tale richiesta potrà essere formulata sia in forma orale sia anche per iscritto — in tal caso dovrà essere firmata dal diretto interessato alla presenza di due testimoni, non legati a lui né da legami di sangue né da interessi di natura economica — e dovrà avere la forma di “decisione informata”, vale a dire assunta in conseguenza di una puntuale informazione da parte del medico sulle condizioni effettive del malato, sugli effetti, i rischi e i vantaggi dei farmaci prescritti (par. 1.01 n. 7). La richiesta orale dovrà essere reiterata dopo 15 giorni dalla prima.

Il medico curante cui la richiesta è rivolta, al fine di scansare da sé ogni possibile responsabilità penale, dovrà verificare che siano soddisfatte le condizioni suindicate, avendo cura di disporre la consultazione di un altro medico affinché sia confermata da questi la diagnosi e accertato il carattere informato, volontario e capace della richiesta. Si dovrà, inoltre, far intervenire un medico psichiatra laddove il medico curante o il medico consulente ritengano che il paziente versi in una situazione di disordine psichiatrico o psicologico.

In margine all’esame dell’attuale situazione dell’ordinamento americano rispetto ai temi *de quo*, può essere interessante fare un raffronto tra le posizioni della giurisprudenza americana e quella della giurisprudenza inglese, entrambe come si sa accomunate dalla tradizione di *common law*. In merito, parte della dottrina ha avuto modo di sostenere che i «*giudici americani concentrano la decisione sulla volontà del diretto interessato e cercano un possibile appiglio in una manifestazione di volontà anche remota, purché provata con una certa precisione, quelli inglesi, invece, rinunciano ad accertare un’eventuale volontà espressa prima del coma, e, soprattutto, attribuiscono grande importanza alla valutazione dei medici*»¹⁴⁴.

Guardando, infine, alla giurisprudenza canadese, un ruolo centrale occupa la sentenza pronunciata dalla *Supreme Court of Canada* nel caso *Rodriguez v. Attorney General of Canada* del 1993¹⁴⁵. La ricorrente agì in giudizio al fine di ottenere il riconoscimento del diritto a ricevere l’aiuto medico necessario per porre fine alla propria vita, e sollevò questione di costituzionalità rispetto alla *section 221* del *Criminal Code* canadese, che punisce con la reclusione l’induzione e l’aiuto al suicidio, denunciandone il contrasto con le *sections 7, 12, 15*, che rispettivamente prevedono il principio di libertà e sicurezza personale, il divieto di punizioni crudeli o inusuali e il divieto di discriminazioni¹⁴⁶. La corte rigettò la richiesta della ricorrente contestando, una per una, le notazioni d’incostituzionalità da questa proposta.

Per quanto attiene alla violazione della *section 7*, il verdetto, come ben risulta dall’opinione redatta dal giudice Sopinka, si basa su un criterio storico non molto diverso da quello adottato dal presidente della Corte Suprema americana Rehnquist: tanto l’autonomia personale, quanto la sacralità della vita, sono valori che vengono tutelati dalla *section 7*, per cui la prevalenza dell’uno o dell’altro nel caso concreto deve stabilirsi in base ai principi di giustizia da ricostruirsi guardando alla storia del *common law* e della legislazione canadese. Ne consegue che la norma che sanziona l’aiuto al suicidio, pur comportando una compressione dell’autonomia personale, è da considerarsi costituzionalmente legittima, in quanto il divieto di aiuto al suicidio, sulla base di un’indagine storica, risulta essere parte integrante della tradizione del diritto canadese.

Analogamente si esclude l’illegittimità costituzionale della norma penale rispetto alla *section 12*, sui trattamenti crudeli, poiché il suicidio non può qualificarsi come trattamento.

¹⁴³ Per malattia terminale ai sensi del paragrafo 1.01 n.12 di tale legge si intende «*una malattia incurabile che è stata confermata da medici e causerà, secondo giudizio medico ragionevole, la morte entro sei mesi*».

¹⁴⁴ Vedi A. SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo “stato vegetativo persistente”*, cit., 2029.

¹⁴⁵ Il caso era quello di una donna di quarantadue anni malata di sclerosi laterale amiotrofica (morbo di Lou Gerihg) alla quale era stato comunicato che le restavano da vivere tra i due e i quattordici mesi, durante i quali avrebbe subito un progressivo deterioramento delle sue condizioni fisiche: perdita della capacità di deglutire, di parlare, di camminare e in ultimo incapacità di respirare e di alimentarsi da sé. Cfr. www.newsworld.cbc.ca/flashback/1993/.

¹⁴⁶ Per una ricostruzione del caso vedi L. GAUDINO, *op. cit.*, 1242 ss.

La ricorrente aveva, infine, fatto riferimento alla *section 15*, affermando che il divieto di aiuto al suicidio ingenerasse una discriminazione tra coloro che sono in grado di mettere fine da sé alla propria vita e coloro che, invece, necessitano dell'aiuto altrui in ragione della loro condizione. La corte rigetta anche quest'ultima questione sostenendo che se una discriminazione ha luogo essa è comunque legittima poiché proporzionata e giustificata rispetto alla protezione del bene vita. In particolare, il giudice Lamer avrà modo di dire che, se pur in astratto è vero che il divieto di aiuto al suicidio può entrare in contrasto con il principio di autonomia, ciò può in alcuni casi essere giustificato in quanto non arbitrario. Nell'ipotesi in questione tale divieto è fondato perché conforme agli obiettivi di protezione della vita propri dello Stato canadese ma appare, sotto un diverso punto di vista, discriminatorio poiché la sua attuazione ha luogo attraverso l'uso di strumenti irrazionali ed eccessivi.

Dall'esame di questa pronuncia è possibile ricavare alcune indicazioni di base sulla posizione dell'ordinamento canadese rispetto al tema di cui ci stiamo occupando. Sono innanzitutto innegabili forti punti di contatto con la giurisprudenza anglosassone in generale e con la sentenza *Pretty* in particolare. La Corte Suprema ha rilevato l'esistenza nel sistema giuridico canadese di un divieto di aiuto al suicidio, che di per sé non sembra escludere il riconoscimento del diritto di morire. Non è privo di significato il fatto che il principio della libertà individuale sia stato affermato nella stessa norma che sancisce il principio della sacralità della vita: come confermato dal criterio storico utilizzato dalla Corte, il rapporto tra i due valori non è stabilito in via definitiva dal legislatore, ma si atteggia in modo diverso a seconda del risultato dell'indagine storica condotta, che deve guidare il *bilanciamento* nel caso concreto.

9. Conclusioni.

Le *conclusioni* a questo tipo di riflessione, paradossalmente, non possono che essere un invito ad un "inizio".

E' tempo, infatti, di iniziare ad affrontare i temi di fine-vita adottando un approccio più complesso, multidisciplinare, tale da consentire l'impiego contestuale di strumenti e categorie di pensiero tratti da settori diversi del sapere umano. E' tempo di iniziare a mettere da parte fondamentalismi, integralismi e faziosità che irrigidiscono e impediscono di guardare ai punti di contatto che pure esistono tra le diverse posizioni etiche, religiose e politiche¹⁴⁷. E' tempo di rinunciare ad ogni forma di speculazione politica, soprattutto, e mediatica, su queste problematiche: occorre iniziare, o forse tornare, a mettere al centro la dignità della persona umana, unico faro da cui farsi guidare in questa triste notte del diritto, rappresentata dalle normazioni urgenti/contingenti sulle questioni bioetiche.

La predisposizione di un'apposita disciplina in materia di D.A.T. e trattamenti di fine vita costituisce oramai una necessità irrinunciabile da soddisfare¹⁴⁸, però, in maniera fondata, ragionata, meditata, largamente condivisa, non sulla scia di particolari situazioni mediaticamente rilevanti. Il

¹⁴⁷ «Su queste materie, non meno che sul federalismo fiscale o la legge elettorale europea, tanto per fare due esempi molto attuali, ciascuno dovrebbe essere particolarmente disponibile a mettere in discussione le proprie posizioni di partenza più di quanto avviene per le materie più legate al mandato elettorale. Il bipolarismo non può espandersi in maniera indiscriminata su tutte le aree decisionali, diventando bipolarismo etico o costituzionale, rimettendo al gioco delle alternanze parlamentari dei cardini fondamentali del nostro ordinamento, condannando così ogni legislatura a ricominciare daccapo. Il testo attuale è obiettivamente scritto per essere votato da una maggioranza ristretta: sarebbe onestà intellettuale ammetterlo e lavorare da subito per riscriverlo in modo più ampiamente comprensivo delle idee di larga parte dell'Assemblea e, quindi, per rendere davvero reale il nostro richiamo al bene comune dei cittadini», Intervento del senatore del Pd Stefano Ceccanti già citato.

¹⁴⁸ Sulla generale necessità di un intervento giuridico si veda A. RAUTI, *La morte e il diritto del paziente all' «ultima parola»*, in AA.VV., *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, a cura di P. FALZEA, Napoli, 2009, 216, per il quale: «da quando il dominio della natura su tali eventi ha cessato di essere esclusivo, risultando in parte eroso dall'irrompere della tecnica, il diritto non può non intervenire, a prescindere dalla dimensione, legislativa o giurisprudenziale, della sua "risposta"».

tutto deve ovviamente avvenire tenendo conto della intrinseca impossibilità di dar vita ad una normativa valida in assoluto, data la peculiarità dei diversi casi¹⁴⁹. Non considerare questa singolarità significherebbe appiattare l'umanità che in ogni situazione si esprime.

Riassumendo, vengono di seguito indicati i passaggi logici in base ai quali appare oggi già possibile procedere al riconoscimento del "diritto di rinunciare anche ai trattamenti di fine-vita":

1. guardando alla posizione del paziente, due sono i principi, ormai consolidati e stabilmente riconosciuti, su cui si regge la relazione medica: il principio del consenso informato che, di fatto, restituisce alla volontà del soggetto la decisione terapeutica, e il principio della non obbligatorietà dei trattamenti sanitari (art. 32 Cost.), salvo chiaramente quelli imposti dall'autorità pubblica nell'interesse collettivo;
2. se già rispetto a trattamenti scarsamente invasivi si afferma il diritto del paziente ad essere adeguatamente informato sui rischi, le conseguenze, la pericolosità degli stessi, per poter anche eventualmente rifiutarli, ciò vale, o meglio dovrebbe valere, ancora di più con riferimento a trattamenti che espongono il paziente ad atroci sofferenze, la cui applicazione viola l'intimità e l'integrità del soggetto e lo costringe a sopravvivere in una condizione in cui è oggettivamente e irrimediabilmente compromessa la sua dignità, specie se tali trattamenti non sono in grado di produrre alcun beneficio, in termini di recupero o guarigione;
3. ovviamente, data la delicatezza delle situazioni in questione e considerato il ruolo centrale che ha il diritto alla vita nel nostro ordinamento, è necessario che si stabiliscano dei confini precisi entro i quali la scelta di "morire con dignità" possa essere compiuta. Il diritto alla vita può, cioè, subire delle compressioni, o meglio bilanciarsi con altri diritti di rango primario, solo al ricorrere di specifiche condizioni che nella sostanza sono indicative di un "depotenziamento" del valore della vita per il soggetto stesso che ne è titolare, a fronte della prevalenza di altri valori¹⁵⁰. Le condizioni a cui ritengo possa essere esercitato il *diritto di rifiutare anche le c.d. terapie di sostegno vitale*, sono le seguenti: a) una richiesta, anticipata o meno, del malato (capace ad ogni effetto di legge) – rivolta al medico curante – libera, meditata, periodicamente confermata, consapevole e cosciente¹⁵¹; b) l'impossibilità di recuperare le normali condizioni di vita, o meglio le condizioni di vita ritenute *dignitose* dal paziente, in base alle conoscenze mediche possedute, o la prossimità alla morte (più specificamente l'inguaribilità e la terminalità della malattia). Quanto alla prima delle due condizioni, il medico si dovrà considerare vincolato al rispetto della stessa, ferma restando la necessità di riconoscergli il diritto all'obiezione di coscienza (vedi sopra).
4. Per i casi in cui manchi un'espressa dichiarazione di volontà del paziente e questo non sia più nelle condizioni di capacità richieste per il suo rilascio, si potrà unicamente dare applicazione al c.d. divieto di accanimento terapeutico, gravante sempre e comunque sul medico in base all'art. 16 del Codice deontologico, ispirandosi solo al parametro della dignità in senso oggettivo, fermo restando che la decisione terapeutica, laddove non sia stato nominato un fiduciario dal malato, sarà rimessa totalmente al medico, che dovrà provvedervi in scienza e coscienza. Egli dovrà tendenzialmente optare per la non attivazione o la sospensione del trattamento di sostegno vitale nei soli casi in cui sia convinto, in base alle proprie conoscenze, che il trattamento stesso non possa sortire alcun effetto modificativo della situazione del malato e risulti evidente che il corpo di

¹⁴⁹ E' questo il c.d. approccio "dal basso" cui si riferisce P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 7: «*si tratta di un percorso che pone al centro una visione concreta della persona e del personalismo, dando primario rilievo ai fatti in cui la prima è coinvolta*».

¹⁵⁰ Si ricordino, sul punto, le condizioni alle quali la Corte di Cassazione (sez. I civ., sent. n. 21748, 16 ottobre 2007, già citata) ha ritenuto potesse essere esercitato il diritto di rifiutare le cure nel "caso Englaro".

¹⁵¹ Possono considerarsi, a parer mio, coincidenti sul piano della vincolatività le dichiarazioni rese in modo anticipato e quelle rilasciate in tempo reale, a patto che anche queste ultime siano il frutto di una idonea informazione e di una scelta fondata e consapevole.

quest'ultimo non è, e non sarà più, in grado di "funzionare" da sé, essendo state irrimediabilmente compromesse le funzioni che qualificano l'uomo come tale. L'idratazione, la nutrizione e la ventilazione artificiale potranno, dunque, di volta in volta assumere connotazioni diverse, dal momento che la loro proporzionalità o straordinarietà dovrà, in tali casi, essere valutata in virtù della capacità degli stessi di incidere positivamente ed effettivamente sulla salute del soggetto. Laddove sia chiaro che la loro prosecuzione serva solo a mantenere vitale un corpo che non è più, di fatto, in una dimensione di vita personale in senso proprio (relazionale), allora l'interruzione sarà più che legittima. E' chiaro che rimettendo la decisione ultima al medico, si deve accettare che in essa permangano degli aspetti di discrezionalità, che sono ineliminabili.

5. Sia che l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale abbia luogo, su richiesta del malato o su decisione del medico, sia che la loro applicazione perduri, è necessario garantire il miglior livello di qualità possibile dell'ultima fase della vita. Un ruolo decisivo può avere a tal fine la *terapia del dolore*. I Governi degli Stati occidentali non possono più prescindere dall'impegnarsi in una delle nuove sfide sul fronte della salute: le *cure palliative*¹⁵². Sviluppare questo settore della medicina, investire nella ricerca di nuovi farmaci antidolorifici, sono ormai doveri imprescindibili per il legislatore che abbia a cuore la dignità del malato, anche in ragione del fatto che la facilitazione dell'accesso a tali terapie potrebbe avere un importante effetto deflattivo sulle richieste di morire. La liberazione dal dolore è uno dei compiti principali della medicina moderna, accanto a quello tradizionale della guarigione: eliminare o alleviare il dolore è un modo per consentire al malato di conservare la dignità anche nella sofferenza, mantenendo un pieno controllo di sé e dominando in qualche misura la malattia.

In conclusione, fermo restando che l'assenza di disciplina normativa è meglio di una cattiva disciplina, la speranza è che – spente le luci sui casi mediatici che hanno infuocato e ancora infuocano l'arena politica italiana – non si metta in sordina questo tema, perché farlo significherebbe abbandonare a se stessi, in una terra di nessuno, completamente disertata dal diritto, le tantissime persone che quotidianamente si confrontano con la drammaticità della scelta inerente alla interruzione o meno dei trattamenti di fine-vita. Come si sa, non sempre la politica e il diritto riescono a risolvere i problemi della gente, ma almeno il diritto – quando non è latitante – può rendere meno gravosa la vita (e la morte) delle persone.

¹⁵² Si consideri a tal proposito la legge n. 38 del 15 marzo 2010 recante *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*: particolarmente significativo appare il richiamo, contenuto nell'art. 1, co., 3, ai principi fondamentali della tutela della dignità e dell'autonomia del malato e della tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine, che non hanno invece alcuno spazio nel progetto di legge AC 2350 in materia di direttive anticipate di trattamento.