

## Vecchi diritti nuove frontiere.

### *Abstract*

*Le esperienze passate hanno indotto a riflettere su quale risposta il diritto debba fornire alle problematiche del controllo del dolore e della conclusione dell'esistenza. Gli ordinamenti più all'avanguardia, valorizzando a pieno la dignità e l'autodeterminazione del singolo individuo, si stanno orientando nella direzione del rispetto della volontà personale, anche se di rinuncia alla vita, prevedendo apposite fattispecie giuridiche. Del resto, qui si manifesta la funzione più complessa e significativa del diritto: la predisposizione di strumenti che, muovendo dalle esigenze della vita sociale – attraverso quell'operazione di definizione di comportamenti come vincolanti, proibiti o autorizzati, e quindi di ascrivere diritti e doveri – sappiano riconoscere e tutelare i diritti della persona, anche quando l'evoluzione tecnologica ponga il giurista innanzi a problematiche inedite.*

Il diritto alla salute è stato letto fino agli anni '40 in chiave collettiva e sociale, così come, in conformità all'impostazione dello Stato liberale, sempre in tal senso era inteso l'art. 5 c.c.<sup>1</sup>. Il legislatore costituente – comprendendo di affrontare un problema di libertà individuale che non potesse essere ignorato dalla Costituzione – ha mutato i termini della questione sia perché ha dato rilievo alla salute degli individui sia perché ha indicato delle precise coordinate.

L'art. 32 Cost., partorito alla luce degli esperimenti compiuti dai nazisti, ha un ampio ambito operativo, ma la rilevanza di tale diritto come «fondamentale [,] garantito dalla Costituzione come tale (e cioè come situazione soggettiva individuale) oltre che come valore oggettivo immanente all'ordinamento»<sup>2</sup> non è stata riconosciuta immediatamente. È a partire dalla citata pronuncia della Cassazione che prende il sopravvento «una progressiva marcia verso il centro del sistema giuridico del diritto alla salute [...] considerata come il segno forse più evidente di un diverso modo di guardare alla persona»<sup>3</sup>. È con la medesima sentenza che si qualifica il diritto alla salute come diritto «primario» ed «assoluto» e si aggiunge che esso «non può considerarsi condizionato od influenzato – per quanto attiene al suo sorgere ed ai mezzi di tutela – da alcun rapporto giuridico», costituendo «un limite invalicabile per la sfera della discrezionalità amministrativa». Si esalta così la centralità dell'individuo all'interno dell'ordinamento rifiutando l'appiattimento dei diritti inviolabili sulla dimensione della proprietà.

---

<sup>1</sup> Si veda M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, 2008, 5 ss.

<sup>2</sup> Sez. Un., 21 marzo 1973, n. 796, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 166.

Tale impostazione trova fondamento altresì nelle fonti sovranazionali, è emblematica in tal senso la C.D.F.U.E. che si apre all'insegna della solenne *promessa*<sup>4</sup> della dignità. La disposizione ora citata, quando parla di rispetto e tutela ha un fine preciso: le fattispecie giuridiche, per essere congrue ed efficaci, devono potersi declinare sia in negativo sia in positivo. La dignità diviene così «sintesi di libertà ed eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento di democrazia<sup>5</sup>»<sup>6</sup> ed impone di essere calibrata nelle singole situazioni onde renderne più stringente la sua pretesa.

Di recente il dibattito – che ha fatto da retroterra culturale alla L. n. 219/2017 – si è orientato sull'autodeterminazione essendosene colto non solo la sua declinazione di libertà esistenziale e giuridica<sup>7</sup>, ma anche la propria funzione di indice di democrazia<sup>8</sup>.

Nell'evoluzione pretoria è stata particolarmente rilevante la sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008 con cui si è chiarito che il *consenso informato*, la cui base si rinviene negli artt. 2, 13, e 32 Cost., sintetizza «due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». La Corte, inoltre, coglie l'occasione per affermare che il legislatore costituente, ex art. 32, co. 2, ha inteso operare un trasferimento di sovranità in favore della persona<sup>9</sup>. Si rimarca così il principio personalista secondo cui il consociato sacrifica nel contratto sociale la minima parte di libertà personale: nell'evoluzione dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata «consentire equivale ad essere»<sup>10</sup>.

Non a caso l'informazione, valorizzata dalla L. 219/17, diviene centrale. Nessuno può essere libero di scegliere se non è pienamente consapevole della propria realtà e delle conseguenze che subirà. Questo aspetto diviene prodromico alla nuova alleanza terapeutica<sup>11</sup> tra medico e persona<sup>12</sup>. Da un lato, quest'ultimo può prestare e ritirare il proprio consenso in ogni momento, dall'altro il medico non è un mero esecutore, ma deve illustrare tutte le possibili soluzioni cercando di aiutare il degente nel prendere la propria decisione senza influenzarlo. Il consenso si configura allora come *processo*, non parere statico, ma in potenziale e costante evoluzione.

---

<sup>4</sup> H. HOFFMAN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 4, 1999, 620.

<sup>5</sup> Si veda J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it. di C. MAINOLDI, Roma-Bari, 2012, 12, secondo cui la dignità «è un sismografo che indica che cosa è costitutivo per un ordinamento giuridico democratico».

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 185.

<sup>7</sup> Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, secondo cui «quello della dignità della persona umana è [...] valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo». Ne segue che deve incidere sull'esegeci di ogni norma.

<sup>8</sup> C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, Lo statuto del corpo*, Milano, 2011, 42.

<sup>9</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 257, secondo cui «giunti [...] alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'*indecidibile*. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato».

<sup>10</sup> Ivi, 260.

<sup>11</sup> Sul ribaltamento della prospettiva paternalistica che caratterizzava il rapporto medico-paziente si veda A. DE SANTIS, *Riflessioni etico-giuridiche sulla medicina di fine vita. Strumenti di tutela dell'autodeterminazione*, Roma, 2019, 100 ss.

<sup>12</sup> Il Codice di Deontologia Medica nel 1998 ha sostituito il termine *paziente* con quello di *persona*.

La dottrina lo ha definito *consenso biografico*, «quello nel quale si rispecchia e si fonda l'autodeterminazione, e che meglio esprime il suo essere processo»<sup>13</sup>. Muovendo dalla negazione dell'identità tra salute e assenza di malattia<sup>14</sup>, si inserisce nella definizione di salute la percezione che la persona ha di sé; così come la cura non può essere ciò che lo Stato ritenga di imporre, ma «il contenuto concreto e dinamico dell'itinerario umano [...] che il malato ha deciso di costruire nell'alleanza terapeutica con il medico»<sup>15</sup>.

Ne segue che solo in caso di urgenza l'operato del medico su un paziente incosciente potrà risultare legittimo. E con le D.A.T., anche dette testamento biologico<sup>16</sup>, ex L. 219/17, il paziente può essere certo che, quando non sarà più in grado di intendere e di volere le sue decisioni in merito ai trattamenti da subire o meno siano rispettate fino alle estreme conseguenze. La dottrina le ha definite come un «“contenitore” dell'autodeterminazione individuale [...] in astratto considerato come forma legittima di espressione di tale autodeterminazione biologica quando i potenziali contenuti dello stesso corrispondano ad una situazione di diritto compatibile con il quadro costituzionale e normativo»<sup>17</sup>. Sono da leggere quindi come estrinsecazione del diritto all'autodeterminazione e pertanto si radicano nei diritti fondamentali della persona rimarcati dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza<sup>18</sup>.

Si supera così quel tentativo di restringere l'autonomia decisionale del singolo sulla base dell'attualità del consenso<sup>19</sup>: l'art. 4 della riforma afferma inequivocabilmente la loro vincolatività; è superato altresì il tentativo di considerare l'alimentazione e l'idratazione coatte quali mezzi di sostentamento ordinario, come nel d.d.l. Calabrò, sebbene un'attenta riflessione avesse già notato che, a prescindere dalle definizioni, queste sono comunque operazioni esterne ed invasive, ergo non si può prescindere dal consenso dell'interessato<sup>20</sup>.

Le D.A.T. non esauriscono la vicenda. Ci si chiede come ci si debba porre nel caso in cui il paziente non abbia espresso il proprio consenso informato ed attuale o non abbia predisposto le D.A.T.. C'è chi sostiene<sup>21</sup> che il medico se non abbia avuto modo di accertare la consapevolezza e l'attualità del parere del degente debba seguire il criterio *in dubio pro vita*. Tuttavia, data la mancata presa di posizione nella citata novella, è dato ritenere che siano stati ratificati gli orientamenti giurisprudenziali così come consolidati<sup>22</sup>.

---

<sup>13</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 274.

<sup>14</sup> Così Cass., 5 settembre 1988, n. 208, [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>15</sup> A. DE SANTIS, *Riflessioni etico-giuridiche sulla medicina di fine vita*, cit., 11.

<sup>16</sup> Il testamento biologico, invero, ha contenuto più ampio potendo comprendere *anche* decisioni inerenti l'uso del proprio corpo dopo la morte o le modalità di sepoltura.

<sup>17</sup> A. DE SANTIS, *Riflessioni etico-giuridiche sulla medicina di fine vita*, cit., 230. Sui possibili contenuti delle D.A.T. si veda altresì AA. VV., *Le manifestazioni anticipate di volontà: il living will tra autodeterminazione della persona e autonomia del medico*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico-economiche*, Napoli, 2013, 77 ss.

<sup>18</sup> In particolare si vedano gli artt. 3, co. 2 lett. a), 4, 10 e 54.

<sup>19</sup> Che sarebbe stato comunque da interpretare in senso logico, come prestato o negato dalla persona nella piena consapevolezza del suo stato, cosciente delle conseguenze cui va incontro.

<sup>20</sup> L. D'AVACK, *Il Rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit.

<sup>21</sup> S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 751 ss.

<sup>22</sup> A. DE SANTIS, *Riflessioni etico-giuridiche sulla medicina di fine vita*, cit., 279.

In secondo luogo si deve ragionare sull'obiezione di coscienza. Se da un lato, in nome del pluralismo, è da rispettare il diritto di astenersi da tali atti, dall'altro, in ogni caso l'ente ospedaliero, deve garantire ai pazienti il rispetto delle proprie volontà. Il diritto all'obiezione di coscienza, sebbene legittimo, non può ledere quello all'autodeterminazione né quello al rifiuto delle cure.

Qui, nel silenzio del legislatore, è utile evocare l'art. 10 della Carta di Nizza che rimarca i limiti del diritto *de quo*. In passato ne era stata proposta una lettura eccessivamente ampia, viceversa si è sostenuto che «si deve sempre tener presente la diversità dell'obiezione di coscienza che non incide direttamente sui diritti di altre persone, come accade all'obiezione al servizio militare, dai casi in cui si incide direttamente proprio su questi diritti [...] esiste un obbligo istituzionale a garantire che la scelta dell'obiettore non pregiudichi altri diritti»<sup>23</sup>.

Ancora, ci si interroga sull'ultima frontiera: l'eguaglianza nella morte. Se si mantiene l'attenzione sul dolore e si comprende come questo rischi di compromettere la dignità della persona allontanandola dal suo vissuto<sup>24</sup>, si coglie l'opportunità di distinguere tra il morire e la morte: «non è tutto un morire ininterrotto. Se [...] ci si sente bene, è un morire invisibile. La fine, che è una certezza, non dev'essere per forza annunciata con spavalderia»<sup>25</sup>.

Il suicidio assistito, se da un lato trova ex artt. 579 e 580 c.p. un ostacolo, dall'altro può nutrire significative speranze di cambiamento a seguito dei recenti indirizzi normativi, giurisprudenziali<sup>26</sup> e dottrinali. Tali orientamenti, benché fondati su saldi principi costituzionali e comunitari, non possono legittimare una disapplicazione di due articoli del Codice. La spaccatura è sensibile, da un lato si afferma che «la legge in nessun caso può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; dall'altro si condanna chi si presta, dietro richiesta della persona interessata, a operazioni che porterebbero alla fine della vita e della sofferenza del degente.

Siamo in uno dei casi in cui l'art. 3 Cost., che vieta le diseguaglianze fondate su condizioni personali, dovrebbe manifestarsi: la sofferenza dovuta ad una malattia che riduce il paziente in fin di vita è proprio un caso di *ostacolo che impedisce il pieno sviluppo della persona umana*. «La dimensione costituzionale si congiunge con la dimensione esistenziale, e la sostiene»<sup>27</sup>.

Tutti sono accomunati dalla sofferenza nel morire, se si muove da questo dato esistenziale, eludendo la trappola semantica e concettuale del termine *suicidio*, il rispetto del principio di eguaglianza diventa ineludibile, e scolorisce anche la distinzione tra *lasciar morire* e *aiutare*

---

<sup>23</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2010, 32-33.

<sup>24</sup> «Il dolore non deve, o non dovrebbe, essere inflitto neppure quando premono esigenze di *difesa sociale*: la condanna della tortura ha qui le sue radici». Così S. RODOTÀ, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 213.

<sup>25</sup> P. ROTH, *L'animale morente* (2001), tr. it. di V. MANTOVANI, Torino, 2002, 28.

<sup>26</sup> Si veda, da ultimo, il comunicato del 25 settembre 2019 della Corte costituzionale sul caso Cappato con cui non si è ritenuta punibile la condotta esaminata ai sensi dell'art. 580 c.p. lasciando trapelare una diversa esegesi della norma di cui si avrà chiarezza con il deposito della motivazioni.

<sup>27</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 254.

a morire, evitando altresì di soffermarsi su dicotomie dottrinali senza rilievo come quelle tra eutanasia attiva e passiva<sup>28</sup>.

Negli USA la Corte Suprema ha negato l'esistenza di un diritto costituzionale al suicidio assistito, ma ha riconosciuto la possibilità che i singoli Stati legiferassero in tal senso in quanto materia di loro competenza. Ne segue che «non si può dare fondamento costituzionale alla pretesa di considerare la vita come indisponibile da parte della stessa persona»<sup>29</sup>.

Dalla dottrina sono giunte molteplici e valide proposte: da una causa di non punibilità che escluda la responsabilità del medico, sul modello olandese, ad una vera causa di giustificazione in senso proprio, si è altresì segnalata un'idea che, valorizzando a pieno il diritto di autodeterminazione, si è espressa a favore della non tipicità dell'eutanasia, con un'annessa disciplina organica della materia. Ciò posto non deve calare l'interesse sui rischi cui possano incorrere soggetti psicologicamente deboli e instabili, sebbene, seguendo il modello olandese, uno dei punti su cui si dovrebbe incentrare l'attenzione è la ponderatezza della decisione del paziente che chiede una morte dignitosa.

Questi spiragli legittimano un cauto ottimismo, anche considerando che il mondo cattolico non è più così contrario all'ammissione delle direttive anticipate<sup>30</sup>. Così un «diritto dei principi»<sup>31</sup>, in una dimensione laica e improntata al dialogo, riesce a divenire «strumento che produce consapevolezza, più che vincoli o costrizioni»<sup>32</sup>.

Il riconoscimento delle D.A.T., in questa prospettiva, è funzionale ad eludere quella inquietante «presa in carico della vita da parte del potere»<sup>33</sup> e muove nella direzione della rivendicazione di una più concreta democrazia. Questo punto di vista rinvia ad un ragionamento che va oltre la tematica trattata, è una concezione di *diritto mite*<sup>34</sup> di cui si sente viva necessità. Un diritto che non sia espressione della forza politica dominante<sup>35</sup> e che armonizzi i diversi interessi coinvolti, dando seguito all'ambizione della Costituzione pluralistica di compiere, attraverso un giusto compromesso tra i soggetti politici democratici, un sistema aperto e funzionale al rispetto dei reciproci valori<sup>36</sup>.

Salvaguardare questa libertà comporta l'affermazione del limite che si cerca, ed è in quella tensione che il diritto può, e deve, prendere le distanze da ogni forma di biopolitica che sconfini in politica sulla vita. Ancora una volta «la questione critica è se una società decente

---

<sup>28</sup> A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, vol. I, 2008, 68 ss.

<sup>29</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 255.

<sup>30</sup> In tal senso H. KUNG, W. JENS, *Della dignità del morire*, Milano, 1996.

<sup>31</sup> S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la Legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. I, 2018, 55 ss.

<sup>32</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 259.

<sup>33</sup> M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Seuil-Gallimard, Paris, 1997, trad.it. a cura di BERTANI-FONTANA, *Bisogna difendere la società*, Milano, 2009, 206 ss.

<sup>34</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>35</sup> L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017.

<sup>36</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 26 ss.

sceglierà la coercizione o la responsabilità, se cercherà di imporre a ciascuno un giudizio collettivo su questioni della più profonda natura spirituale, o se consentirà e anzi chiederà ai suoi cittadini di formulare da sé i giudizi che stanno al centro della definizione della propria personalità»<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> R. DWORKIN, *Life's Dominion*, London, 1993, trad. it. *Il dominio della vita*, Milano, 1996, 254.