



L'EGUAGLIANZA NEL MORIRE, SOGGETTI "VULNERABILI" E REGOLE DI LIBERTÀ

ROSSELLA CONDÒ

SOMMARIO: 1. L'“inganno” del cambiamento senza eguaglianza. – 2. L'“aggiornamento” dell'eguaglianza nel morire. – 3. Quale eutanasia? Prima domanda di eguaglianza. – 3.1 Eguaglianza e solidarietà nel morire. – 3.2 Il caso Ms.B e il caso Diane Pretty ed il principio di eguaglianza. – 4. Il nodo dell'eguaglianza, l'Incapace, le sue scelte, i suoi diritti. – 4.1 Impossibilità materiale del soggetto capace. – 4.2 Il *droit à compensation* del soggetto incapace. – 5. La regola di libertà dell'eguaglianza.

«Il mondo è fuor di squadra: che
maledetta noia,
esser nato per rimmetterlo in sestò»

William Shakespeare, *Amleto*, Atto I, sc. 5,
traduzione di E. Montale.

«Poniamo, come principio nella formazione di una società, che tutti gli uomini che vi partecipano siano uguali. Con questo non vogliamo dire che sono tutti uguali di taglia, di talento, di industria, di ricchezze, il che sarebbe assurdo; ma che sono uguali nella libertà»

Rabaut Saint-Étienne, *Idées sur les bases de toute constitution*, 1789.

1. Non v'è cambiamento, se non nel segno dell'eguaglianza¹.
Nel “mondo nuovo”² “avido di ogni immisura”³, ove financo le categorie ancestrali del tempo e dello spazio sono invalidate da un irriverente progresso scientifico e tecnologico,

¹ «Non v'è Costituzione se non è assicurata la garanzia dei diritti, enunciava l'atto del costituzionalismo moderno (l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789) e l'*égalité en droit* rappresenta un suo corollario necessario. L'uguaglianza dei diritti è un orizzonte non superabile se si vuole permanere entro la prospettiva del costituzionalismo moderno», G. AZZARITI, *La portata rivoluzionaria dell'eguaglianza: tra diritto e storia*, in (a cura di) Chiara Giorgi, *Il progetto costituzionale dell'eguaglianza*, Roma, 2014, p. 35.

² A. HUXLEY, *Il mondo nuovo*, Milano, 1933.

³ A. ZANZOTTO, *Tutte le poesie*, Milano, 2011.



che non conosce più barriere territoriali e che vive un futuro immanente, la misura dell'eguaglianza restituisce modernità e contemporaneità all'uomo "antiquato"⁴.

L'Età della Tecnica, le incalzanti conquiste della scienza, le inedite capacità di cura della medicina, i sorprendenti scenari dischiusi dalle biotecnologie, e la "fine delle grandi narrazioni morali", costringono a "ripensare la vita" e la morte.

Da meri fatti giuridici, accidenti naturali o necessità dell'esistenza umana, la nascita e la morte divengono delle possibilità dell'esistere, oggetto di artificio e dunque di scelta. Cessano di essere fatti naturali e, imbastendosi con la Tecnica, divengono irrimediabilmente "casi difficili", che interrogano l'Uomo e il Diritto.

A fronte delle nuove dimensioni di "vita" e di "morte" inverte dalla tecnica, emerge, sempre più urgente, un'istanza collettiva volta al riconoscimento di inediti spazi di autonomia del soggetto anche sulla sfera personale, e non già più soltanto su quella patrimoniale⁵ della persona, persino oltre il limite della persistenza della capacità di agire⁶ e in ordine a scelte ad altissimo impatto esistenziale.

Fino all'istanza più radicale, quasi paradossale, del morire che rievoca l'antico *λόγος* dell'"eutanasia", che inevitabilmente desta paura, emozioni, attese.

⁴ G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, vol. I., *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Torino, 2005, «Come un pioniere, l'uomo sposta i propri confini sempre più in là, si allontana sempre più da se stesso; si "trascende" sempre di più e anche se non s'involta in una regione sovranaturale, tuttavia, poiché varca i limiti congeniti della sua natura, passa in una sfera che non è più naturale, nel regno dell'ibrido e dell'artificiale».

⁵ Oggi, affianco ai beni materiali, che si pongono come esterni alla persona stessa e che sono dunque suscettibili di appropriazione, vengono, riconosciuti e regolati dall'ordinamento giuridico, in modo diverso, anche beni di natura morale, immanenti alla persona fisica, e che sono oggetto di diritti della personalità - come quello all'integrità psico-fisica; alla libertà di coscienza e di autodeterminazione; al nome, all'immagine, al decoro e alla reputazione; alla riservatezza e alla protezione dei dati personali -, riconducibili, in vario modo, alla dignità e all'identità personale, e che caratterizzano tanto profondamente l'individuo da non esser ritenuto quest'ultimo concepibile in assenza del godimento di tali diritti, G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, pp. 378-379; in merito, P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2009; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* Napoli, 2006.

⁶ P. STANZIONE, *Dal soggetto al diritto*, in *Iustitia*, 2005, pp. 260-261, «a me sembra che la capacità non involge soltanto il profilo della soggettività, ovvero l'astratta idoneità ad essere centro di imputazione di interessi, di attività e di situazioni soggettive, ma anche quello della personalità e della persona umana. [...]. L'art. 1 cod. civ., nel prevedere che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, segna l'ingresso dell'individuo - inteso nella sua totalità fisica e psichica - nell'ordinamento giuridico, ma non va oltre un mero riconoscimento della capacità-soggettività. Pertanto affinché quest'ultima assuma un significato concreto è indispensabile trascorrere dal momento statico della mera attribuzione all'individuo di facoltà e diritti a quello dinamico di svolgimento della sua personalità. Dal collegamento tra gli artt. 2, 3, 22 Cost., risulta che la soggettività è diritto inviolabile dell'uomo, garantito a tutti gli individui senza distinzione di sorta e non è comprimibile per alcun motivo, neanche di natura politica. [...]. La personalità indica, allora, la concreta, effettiva possibilità di svolgere a pieno e liberamente tali prerogative».



Quale Uomo⁷, quale Diritto mentre la Tecnica si impossessa del nascere e del morire umano?

Ne segue una riflessione che investe – e sta qui la complessità ed insieme la sfida della materia - valori e diritti, tutti, custoditi al più alto livello del sistema delle fonti, nelle Carte costituzionali, e che saprà registrare il nuovo passo solo eleggendo a prospettiva d'indagine il progetto costituzionale dell'eguaglianza.

Se non ci si vuole rassegnare all'icastica immagine dell'“uomo antiquato” suggerita da Gunther Anders, non rimane che tessere il filo dell'eguaglianza per evitare «la separazione radicale tra le persone, la guerra tra umani e post umani portatori di qualità diverse»⁸.

In un mondo “fuori misura” in cui esplodono inedite diseguaglianze - i migranti, i morenti, i “nuovi” deboli tutti - «l'uguaglianza di ognuno» è «condizione necessaria per il libero sviluppo di tutti»⁹. Indicatore della verità di quel progetto di cambiamento che si anima nell'Assemblea Costituente, si salda in Costituzione e si veste di modernità nell'articolo 3, secondo comma.

La «fantasia giuridica»¹⁰ dei Padri Costituenti muove fino a guardare la “realtà di fatto”.

Il dettato dell'articolo 3 non si limita a recepire ancora una volta la tradizione liberale, affidando al primo capoverso il “vecchio” principio di eguaglianza “formale”, ma ha il coraggio di raccontare al secondo capoverso il proprio spirito, tutto nuovo ed eversivo, formulando l'inedito principio di eguaglianza “materiale”.

“È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Che tutti gli uomini siano “eguali davanti alla legge” è una menzogna, ammoniva Lelio Basso. La persona va colta nella sua “materialità”; è soggetto incarnato, concreto e reale.

Nel segno del valore costituzionale della dignità, la persona perde i caratteri della formalità e della astrattezza e presto assume il carattere della materialità umana¹¹.

La “rivoluzione dell'eguaglianza materiale” guarda al “soggetto situato”¹² che nulla ha a che vedere con il soggetto liberale settecentesco, astratto e formale.

⁷ «Cerco l'uomo!», andava, d'altra parte, dicendo Diogene, vagando per le strade di Atene con un lume acceso in pieno giorno: questi si era smarrito negli artifici e nelle convenzioni della vita sociale.

⁸ S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *civilistica.com*, 2, 1, 2013, p. 13.

⁹ L'espressione dai toni marxiani è di G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ C. GIORGI, *La fantasia giuridica del costituente: Lelio Basso e il secondo comma dell'articolo 3*, in Chiara Giorgi (a cura di), *Il progetto costituzionale*, cit., pp. 53 ss.

¹¹ L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, in E. W. Volonte, *La famiglia alle soglie del terzo millennio*, Lugano, 1996.

¹² L'efficace immagine si deve alla elaborazione del pensiero femminista degli ultimi anni del Novecento. Rosi Braidotti, filosofa e psicanalista, formatasi alla scuola di Michel Foucault e di Gilles Deleuze, muovendo dalla teoria femminista, elabora il più lato concetto di “soggetto nomade”, ad indicare un soggetto



Guarda ora al minore, ora all'incapace, ora al consumatore, ora al disabile, ora ancora all'immigrato¹³, ma sempre nella prospettiva di un solo e unitario *status personae* a garanzia di diritti e libertà inalienabili. Individuo differente e persona eguale.

Eleggere questa direzione di umanizzazione e concretizzazione dei diritti e della "retorica" degli stessi induce a tener conto delle molteplici forme di disegualianza e di vulnerabilità che connotano l'"umana concretezza", e, ancora di più, permette di "darsi carico" dei bisogni e delle paure delle persone e del progetto stesso di sviluppo umano.

L'eguaglianza formale deve darsi nelle condizioni materiali della persona. Soltanto così è verità, altrimenti è bugia.

"Ostacoli" è la parola autentica, acuta e "materiale" dell'articolo in esame¹⁴. Da sola, ci catapultava giù dal mondo metafisico dei principi e ci cala prepotentemente sulla terra, dall'"iperuranio delle idee" al mondo sensibile delle "cose".

Si apre ad un concetto di giustizia, tutt'altro che immateriale, inteso come "dovere della Repubblica": è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli materiali che impediscano alla persona e alle sue decisioni di essere egualmente libere; è compito della Repubblica "capacitare" gli individui perché possano lavorare ciascuno e tutti per la propria libertà.

Il "capolavoro istituzionale" di Lelio Basso costituzionalizza l'"*égaliberté*", per dirla con il grande filosofo francese Etienne Balibar, che lega in maniera geniale, in una sola parola, eguaglianza e libertà per consacrarne la inscindibilità.

Per tale via, l'intervento esterno di correzione delle condizioni materiali sfavorevoli dei "soggetti in contesto" mai rischia di risolversi in una restrizione o, peggio, in «una subordinazione della dignità ad una morale esterna»¹⁵, piuttosto ne permette la sua piena e vera estrinsecazione.

in divenire e al contempo incarnato e situato, e per ciò in grado di attraversare, assumendole, le molteplici differenze e appartenenze soprattutto nell'epoca della globalizzazione, e capace, a partire dalla differenza sessuale, di pensare ogni altra differenza, *Le filosofie della differenza sessuale*, in www.treccani.it; R. BRAIDOTTI, *Nomadic Subjects: Embodiment and Sexual Difference in Contemporary Feminist Theory*, Columbia University, 2011.

¹³ È la c.d. crisi della soggettività. Il soggetto è pensato in concreto, e così tutelato e garantito nella sua identità, P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile, soggetti deboli*, in *Famiglia e diritto e diritto*, 3, 2009; C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Rivista del notariato*, 5, 2009.

¹⁴ Già Pericle, nel celebre discorso agli Ateniesi, ricostruito da Tucidide, pensa non già ad una bieca eguaglianza astratta, ma, nel tentativo di comporre il conflitto sociale, guarda alla partecipazione: «per nessuno che abbia la capacità di operare nell'interesse dello Stato è di *ostacolo* la modestia del rango sociale». Altri due passi classici, a loro modo, raccontano la connotazione sostanziale del sogno dell'eguaglianza. Protagora, raccontato da Platone, indica nella isegoria (il diritto di tutti di parlare in assemblea) il fondamento dell'eguaglianza, «senza di essa non vi sarebbe la *πόλις*», e Otane, nel dialogo sulle forme di governo della storia, con Dario e Megabizio, raccontato da Erodoto, indica nella isonomia il tratto peculiare della democrazia: non soltanto l'eguaglianza di fronte alla legge, ma anche la possibilità di determinazione del *νόμος* che governa la comunità, G. AZZARITI, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁵ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 11, «Un dovere di "rimozione degli ostacoli" che investe anche le istituzioni pubbliche, tenute a rimuovere gli ostacoli che si manifestano, ad esempio, nella forma di norme da abrogare o dell'assenza di innovazioni legislative, come è accaduto con la riforma del diritto di famiglia, che ha restituito



Il principio di eguaglianza porta con sé il riconoscimento di due valori: l'eguale rispetto delle differenze di identità che fanno di ciascuno insieme un individuo differente ed una persona di eguale dignità sociale, per un verso; e la rimozione delle diseguaglianze materiali che non ineriscono all'identità della persona, ma alle condizioni di vita diseguali, per l'altro.

Del resto, la differenza è condizione dell'eguaglianza. Non si dà eguaglianza, se non c'è diversità tra i soggetti posti a confronto, - se non fossero diversi, sarebbero identici, non eguali -.

E del resto, è lo stesso secondo comma dell'articolo 3 a dichiarare che l'ordine giuridico è in contrasto con l'ordine sociale: la Costituzione promette, anzi pretende, l'eguaglianza, ma non manca di riconoscere che essa *di fatto* nella società ancora non esiste. L'eguaglianza deve ancora e sempre realizzarsi.

La dimensione formale e materiale dell'eguaglianza sono legate a doppio filo l'una all'altra, l'una è necessaria all'altra, e insieme costituiscono la forma giuridica della democrazia.

A tenerle insieme è la pari dignità sociale, che permette di superare la stanca dialettica tra le due facce della norma – «conservazione dell'eredità» e «costruzione del futuro»¹⁶ - e di andare oltre. Lo aveva già intuito Carlo Esposito, quando nel 1954 aveva evidenziato come la democrazia istituita in Costituzione «non afferma solo il principio della pari dignità di ogni cittadino, ma della sovrana dignità di tutti i cittadini»¹⁷.

Agganciando insieme dimensione formale e dimensione materiale all'anello di congiunzione della «sovrana dignità di tutti i cittadini», la Costituzione detta un programma di «sovversivo» cambiamento.

Costruire l'umanità non già per sottrazione, ma per inclusione progressiva.

L'umanità sono gli altri¹⁸.

È la modernità sorprendente dell'articolo 3: «l'eguaglianza ha nell'accettazione piena delle diversità un elemento fondativo, e proprio nel suo congiungersi con la dignità e la solidarietà definisce le condizioni dell'inclusione»¹⁹.

La partecipazione è «norma degli obiettivi dello Stato»²⁰.

Non si tratta di una tavola di valori etici, ma di una missione generale cui la Repubblica deve ispirarsi, ed informare ogni suo atto nell'esercizio del Governo. Una norma di indirizzo permanente degli atti di governo.

alla moglie la sua dignità; e come deve accadere per le unioni di fatto, anche tra persone dello stesso sesso, secondo una indicazione che si ritrova nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che ha trovato esplicito riconoscimento nella sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale».

¹⁶ *Ivi*, p. 7.

¹⁷ C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 9.

¹⁸ «L'inferno sono gli altri», scriveva Jean-Paul Sartre, nell'opera teatrale *A porte chiuse*, 1954.

¹⁹ S. RODOTÀ, *Prefazione*, in (a cura di) Chiara Giorgi, *Il progetto costituzionale*, cit., p. 11.

²⁰ E. DENNINGER, *Portata rivoluzionaria del principio dello "Stato sociale" nella Legge fondamentale tedesca?*, in Chiara Giorgi (a cura di), *Il progetto costituzionale*, cit., p. 11.



Di qui, la necessità, al modificarsi del contesto storico e sociale, e della emersione di nuovi diseguali²¹ – i morenti, per esempio - di un mirabile “aggiornamento”; un aggiornamento, non già del principio di eguaglianza in sé, ma degli strumenti di intervento della Repubblica in grado di attuare la norma dell’inclusione.

Soltanto con la bussola dell’eguaglianza/inclusione siamo in grado di entrare nel mondo nuovo, e misurarlo. Il diritto non può negarsi al mondo, ma deve raccogliere le sue sfide.

La dissacrazione della “Morale per tutti” e la costruzione progressiva della “Morale per sé”; la globalizzazione dei diritti e non soltanto quella dei mercati; le inarrestabili innovazioni scientifiche e tecnologiche, la persona digitale e la comparsa dell’*“homo numericus”*²², tutto interPELLA il diritto e lo sfida.

E proprio il principio di eguaglianza - che dell’articolo 1 è uno svolgimento²³ - gli permette di sondarne i movimenti, di registrare i segni del mutamento, di esserne metro di misura senza per questo soccombere.

Se la tecnica offre inedite opportunità al vivere e al morire umano, l’impegno costituzionale dell’eguaglianza si dà carico di garantire a tutti e ciascuno l’eguale libertà di perseguirle, promuovendo la libertà nella eguaglianza delle opportunità.

Soltanto nell’eguaglianza si può costruire il cambiamento. Senza eguaglianza - “materiale” -, il cambiamento è solo inganno.

2. L’osservatorio privilegiato di indagine è, allora, l’eguaglianza, promessa costituzionale che, oggi, nell’età della tecnica, con l’“aggiornamento” degli strumenti, deve realizzarsi - anche - nel morire.

L’eguaglianza del Costituente muove dalla contraddittorietà della società e si risolve nelle contraddizioni delle istituzioni; “trasformativa”, e mai parificatrice dell’ordine sociale, l’eguaglianza costringe la Repubblica a far propria «la logica dinamica del cambiamento (rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini)»²⁴.

«Il parametro dell’eguaglianza non esprime la concettualizzazione di una categoria astratta, staticamente elaborata in funzione di un valore immanente dal quale l’ordinamento non può prescindere, ma definisce l’essenza di un giudizio di relazione che, come tale, assume un risultato necessariamente dinamico»²⁵. La Corte costituzionale predica la natura

²¹ «Per quanto riguarda i soggetti, infatti, chi può credere che la nostra riflessione costituzionale sul principio di eguaglianza possa ancora a lungo limitarsi a considerare una limitata cerchia di soggetti? Solo i cittadini, con l’esclusione degli stranieri. Io ritengo che l’eguaglianza possa avere un futuro solo se sarà in grado di proporsi come principio politico a valenza generale, da porre nelle mani di tutti i soggetti oggi discriminati, per sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali», G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 35.

²² *Homo numericus*, in *Esprit*, 2009.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’articolo 1*, Torino, 2013, p. 22.

²⁴ S. RODOTÀ, *Lelio Basso: la vocazione costituente*, Bologna, 1989, p. 20.

²⁵ Corte costituzionale, 12 giugno 1996, n. 89, in *www.giurcost.org*.



ontologicamente fluida e variabile dell'eguaglianza, motore di rivendicazioni costanti e di progetti di ripensamento della società.

È sguardo attento al futuro; “lotta per i diritti”, vecchi e nuovi insieme.

Un banco di prova ineludibile per i tempi moderni, che esige un sensibile e progressivo aggiornamento di riflessione, strumenti e valutazioni.

La tenuta e la ragionevolezza della dissacrante istanza del morire con dignità “deve fare i conti” con l'imperativo sacro dell'inclusione, che vieta di dar vita ad una categoria di nuovi “esclusi”.

Il tentativo di indagare il terreno impervio del morire cammina allora sul filo sottile dell'eguaglianza, si impegna a non spezzarlo, anzi a riannodarlo, ancora più stretto, ove possibile; e procede per livelli progressivi di astrazione.

3. Già la premessa di carattere semantico-definitorio interroga l'eguaglianza, e racconta molto di più che di soli e vacui termini, anticipando interrogativi insiti nella sostanza della materia. Quasi che, a proposito di eutanasia, il termine sia - anche - sostanza. Quale eutanasia?

Sol muovendo da questo *λόγος*, così suggestivo, eutanasia, si mette già in evidenza come quasi tutti gli «antichi problemi»²⁶ – il rifiuto consapevole alle cure, quand'anche siano cure salvavita, il rifiuto altresì consapevole ad idratazione e nutrizione artificiali, accanimento terapeutico e ancora l'accesso alle terapie del dolore che accorcino la vita – possano ritenersi risolti, e l'eutanasia, scrive *Le Monde*, addirittura «superata»²⁷.

Il piano di lavoro che, tuttavia, rimane da sondare è tutt'altro che residuale, è di altissima drammaticità.

Si tratta di quelle situazioni in cui quel rifiuto consapevole, libero e informato alle cure, ben saldo in Costituzione negli art. 2, 3, 13 e 32, riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'articolo 3, consacrato dall'articolo 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, non basta. La sopravvivenza dolorosa e straziante che l'individuo non riconosce più come propria non dipende dalla somministrazione di farmaci o di sussidi meccanici, sicché l'interruzione della stessa non può conseguirsi mediante la loro interruzione o con il sol decorso della malattia, ma v'è bisogno di un atto positivo di interruzione del processo vitale.

Qui si interroga il principio di eguaglianza.

Ed il principio di eguaglianza radica, per esempio, un parere che alcuni tra i maggiori filosofi morali americani, Dworking fra gli altri, presentarono alla Corte degli Stati Uniti d'America, impegnata a pronunciarsi in merito ad una legge dell'Oregon in materia di eutanasia: «se chi

²⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2012, p. 253.

²⁷ «L'eutanasia è superata» è il titolo di un articolo di *Le Monde*, 16 febbraio 2002, riportato da S. RODOTÀ, *ivi*, p. 248.



sopravvive solo grazie ad una terapia ha il diritto di rifiutarla, chi sopravvive senza farmaci ma in preda a dolori atroci, o malattie incurabili, deve avere il diritto ad essere aiutato a morire»²⁸.

Il principio di eguaglianza si interroga. Nasce una domanda di eguaglianza.

Prima, su di un piano naturalistico, laddove non mancano ipotesi concrete caratterizzate da una certa ambiguità, nelle quali condotte a struttura complessa o mista non consentono di distinguere con agilità se si tratti di eutanasia mediante azione ovvero mediante omissione, e dunque se si tratti di atti illeciti ovvero leciti.

«Si pensi ai casi in questo senso emblematici, e divenuti sempre più frequenti nella prassi, di morte provocata mediante il distacco di un apparecchio di respirazione o di un macchinario destinato ad alimentare il paziente. Azione od omissione?»²⁹. Illiceità o liceità?

La risposta dipende dalla prospettiva dalla quale si decide di muovere, che si tratti di quella naturalistica ovvero di quella normativa.

Al riguardo, «è noto che il diritto non accetta un criterio naturalistico di distinzione tra azioni ed omissioni, e propende piuttosto per un criterio normativo. L'omissione è qualificata in relazione ad una norma che obbliga ad agire, e pertanto corrisponde con l'azione ritenuta doverosa ma omessa»³⁰.

Del resto l'articolo 40 del codice penale, secondo comma, - "Rapporto di causalità" - equipara a chiare lettere l'omettere all'agire, disponendo che: "Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

La norma sembrerebbe allora scardinare la tesi della asimmetria tra azione ed omissione, finendo per considerare illecita ogni interruzione di cure che porti alla morte del paziente alla stessa stregua dell'azione positiva che cagiona la morte.

Al contrario, è indirizzo di giurisprudenza consolidato considerare il rifiuto alle cure da parte del paziente tale da escludere l'omicidio³¹.

E già, soltanto, da questo indirizzo giurisprudenziale cristallizzato in diverse pronunce, se ne mutua una regola molto importante ai fini della validità della distinzione *de quo*: il carattere lecito/illecito della condotta certo non sta nel suo carattere commissivo ovvero omissivo, piuttosto attinge dal consenso prestato oppur no dal paziente.

Su di un piano più propriamente etico-giuridico, poi, ove ci si domanda se «la distinzione tra sospensione del trattamento di sostegno alla vita e attiva determinazione della morte sia tale da reggere il peso morale che le viene attribuito da chi vede nella prima una pratica medica

²⁸ S. RODOTÀ, *Consensus informato, testamento biologico, eutanasia attiva*, in *Il Manifesto*, 27 settembre 2006.

²⁹ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, volume II, tomo I, *i Delitti contro la persona*, Bologna, 2013, p. 38.

³⁰ G. CRISCENTI, *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni irrilevanti*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 3, pp. 707-708.

³¹ Cassazione 29 maggio 2002, n 26446; Cassazione 23 gennaio 2003, n 2659; Cassazione 23 gennaio 2008, n 16375, in *Repertorio Foro italiano*, 2009. In dottrina, G. CRISCENTI, *op. cit.*, p. 708.



lecita e nella seconda un omicidio»³². E, ancor di più, se l'esercizio di una tale distinzione sia in grado di reggere il confronto "giuridico" con il principio di eguaglianza materiale del Costituente e non ponga, invece, un rischio di discriminazione e disegualianza tra malati.

3.1 I termini della riflessione contemporanea italiana sul fine vita, l'anomia per un verso e il rigorismo stonato del codice penale per l'altro, devono misurarsi immancabilmente con la pretesa di eguaglianza materiale del Costituente.

La necessità di una verifica costituzionale delle istanze giuridiche e delle esigenze individuali che attengono al momento finale dell'esistenza diventa ineludibile per una collettività ed un ordinamento giuridico costruiti intorno ad un «progetto dinamico di liberazione e promozione umana», e relativamente ad un tema i cui punti di confronto e di analisi sono: la vita – come valore in sé ma anche come bene misurabile in termini di qualità³³; la dignità umana³⁴ – che è condizione preliminare indefettibile per la garanzia degli altri diritti; la libertà di disposizione della propria persona e del proprio corpo; il diritto alla salute intesa come benessere complessivo psicofisico³⁵; la solidarietà e la responsabilità³⁶ verso gli altri. Muove da qui la strada irrinunciabile verso la Costituzione.

³² P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milano, 1996; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001: «che differenza tra un fare che provoca solo l'anticipazione della morte che sarebbe da lì a poco arrivata e un non fare e lasciare che la morte arrivi, quando il risultato [...] è identico in entrambi i casi?».

³³ Per F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia. Interruzione e abbandono di cure mediche*, in *Rivista Giuridica Medicina legale*, 1984, I, p. 1010, «ogni istante della vita umana, anche se prossima alla morte, ha un valore immenso che non può essere misurato»; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 252, parla di «un principio di proporzionalità tra intervento medico, beneficio del paziente, qualità della vita. [...] Si istituisce così un rapporto tra tempo e qualità, tra tempo e dignità, dove la categoria della semplice durata, dunque del tempo puramente cronologico, cede di fronte a un'altra misura della vita».

³⁴ Sulla dignità umana come «valore pervasivo», F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p.23; e A. RUGGERI- A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 347, che parlano di una sua valenza «supercostituzionale».

³⁵ Si assiste all'ingresso di un "universo di valori culturali, religiosi, familiari" nella definizione stessa della salute, che da standard oggettivo (il c.d. uomo sano) si connota e fa suo il vissuto individuale, Tribunale Milano, 14 maggio 1998, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, pp. 92 ss.; Cassazione, 24 gennaio 1990, n. 411, in *Orientamenti della Giurisprudenza di lavoro*, 1991, p. 2387.

³⁶ In un'autentica democrazia costituzionale, dovrebbe vigere il principio di responsabilità personale di ciascun individuo: cioè il «principio secondo cui, nella scelta dei valori etici, ciascun individuo deve potersi affidare al proprio giudizio e alla propria coscienza; non è tollerabile, è contrario alla nostra dignità di essere responsabili, che decidano altri [...]. Si tratta - secondo una recente prospettazione di R. Dworkin - del secondo principio della dignità umana o principio della responsabilità personale, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Il Foro italiano*, 2009, V, pp. 227 ss.



La Carta è spazio laico di valori comuni e condivisi: sempre si deve guardare «ad un diritto progettabile in rapporto ad esigenze di conformità costituzionale»³⁷, esigenza tanto più «imprescindibile, in un'epoca tacciata di ingiustificato "pluralismo di valori" [...]»³⁸.

Ma è proprio nella dimensione costituzionale che la distinzione tra eutanasia attiva ed eutanasia passiva torna, ancora e di più, ad interrogare il principio di eguaglianza.

Quando si scontra con l'articolo 3 e con l'imperativo di eguaglianza ivi promosso, l'indagine sulla tenuta costituzionale della scelta eutanasi o, più modernamente, del diritto di «determinare e controllare le circostanze della propria morte» subisce una sferzata «appassionata».

L'articolo 3 vieta ogni discriminazione fondata sulla «condizione personale»: «la condizione del morente deve essere presa in considerazione nella sua interezza e complessità, senza che al suo interno siano ammissibili distinzioni che alterino l'eguaglianza di ciascuno di fronte alla morte. La dimensione costituzionale si congiunge con la dimensione esistenziale, e la sostiene»³⁹.

È certo che, allorché la sopravvivenza di un soggetto dipenda da una qualche forma di terapia farmacologica o meccanica, questi possa - anzi è titolare di un diritto costituzionalmente garantito - chiederne l'interruzione e porre così fine alla sua esistenza: egli può scegliere, e scegliere di morire.

Ma se quello stesso soggetto ha la terribile «sfortuna»⁴⁰ di non dipendere nella propria esistenza da nessuna terapia, farmacologica o meccanica che sia, quella stessa possibilità di scelta gli è negata, perché qui il morire ha bisogno di un intervento attivo del medico: egli non può scegliere, ed è costretto a sopravvivere.

Persone che condividono la medesima condizione umana di malattia terminale e di sofferenza fisica intollerabile, che agognano nella stessa misura di «morire bene», di concludere la propria esistenza in modo per loro coerente con la propria dignità di uomini, trovano risposte antitetiche alla medesima istanza di libertà di scelta e di determinazione. Situazioni analoghe vengono trattate in modo differente⁴¹: il principio di ragionevolezza⁴² vacilla.

³⁷ G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, p. 62; A. D'ALOIA, «Diritto» e «diritti» di fronte alla morte. *Ipotesi ed interrogativi intorno alla regolazione normativa dei comportamenti eutanasi*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Milano, 2000, pp. 183 ss.

³⁸ P. STANZIONE- G. SALITO, *L'(in)disponibilità del bene "vita" tra autodeterminazione e norma*, Milano, 2010, p. 7.

³⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 254.

⁴⁰ Parla di «sfortuna» S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. Semplici (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, pp. 40 ss.; ID., *La vita e le regole*, cit., pp. 254 ss.

⁴¹ Il nucleo forte del principio di eguaglianza vieta distinzioni «di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»; esso non comporta, tuttavia, un divieto assoluto al legislatore di introdurre differenziazioni basate sui fattori indicati, ma vieta di farne il motivo di una discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà: la garanzia è il giudizio di ragionevolezza, il cui ragionamento è contenuto nel confronto tra le regole poste a confronto e il principio di cui esse sono espressione. In particolare, all'art. 3.1 Cost. e, più in generale, al principio di eguaglianza è quindi attribuito



Corrisponde «davvero ad un principio di giustizia il fatto che l'identica rivendicazione, di poter – se colpiti da malattia mortale giunta al suo stadio terminale – porre termine ai propri giorni e alle proprie pene, sia legata in modo così definitivo e dirimente a fattori totalmente accidentali, quali l'essere fisicamente in grado di togliersi la vita da soli piuttosto che il non esserlo; l'essere attaccati a una macchina di cui si può rivendicare lo spegnimento piuttosto che il non esserlo; l'aver bisogno, per morire, che trattamenti siano somministrati, piuttosto che sottratti?»⁴³.

A ben vedere, e a dispetto dell'*horror* emotivo e della paura che ancora oggi provoca l'eutanasia c.d. attiva, la differenza in apparenza irrisolvibile tra “lasciar morire” – condotta lecita – e aiutare a morire – condotta illecita –, con riguardo a persone che partecipano della medesima condizione umana di sofferenza, finisce col perdere non poca parte del suo significato a fronte dell'esigenza di eguaglianza nel morire.

A proposito del “paradosso” dell'uguaglianza davanti alla morte, viene in rilievo l'esperienza delle Corti statunitensi che affrontano la questione dal punto di vista dell'autonomia della persona. Ed infatti, benché importanti sentenze della Corte suprema americana del 1997 e del 2006 abbiano affermato che non vi sia spazio per riconoscere un diritto di tenore costituzionale al suicidio assistito, le stesse, tuttavia, non hanno mancato di mettere in evidenza che, trattandosi di materia attribuita alla competenza dei singoli Stati, questi ben possono intervenire in materia e legiferare senza per questo violare la Costituzione, ammettendo una regolamentazione statutale di questa forma estrema dell'aiuto al morire. Può sembrare un'affermazione di poco conto, si tratta invece di una presa di posizione più che significativa perché evidenzia come non si possa pretendere di radicare nella

dalla Corte costituzionale un significato che non è immediatamente riconoscibile dalla lettura della disposizione: quello di una regola di coerenza dell'intero ordinamento giuridico, v. R. BIN- G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, pp. 473 ss.; in giurisprudenza, «il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile (sta) nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano a livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art.3», Corte costituzionale, 29 novembre 1982, n. 204, in *Giurisprudenza costituzionale*.

⁴² Sul principio di eguaglianza e sui diritti essenziali della persona riflette P. STANZIONE, *Itinerari di diritto privato*, Salerno, 2007, p.50 ss.: «la riflessione sugli status [...] si presenta, oggi più che mai, pregna di modernità. L'unica condizione è che ad essa si faccia riferimento come categoria unificante dello *status personae*, superandosi nei fatti quella tendenza alla frammentazione degli *status* che conduce a distinguere lo *status* di consumatore o di risparmiatore, di portatore di *handicap* o di malato, di povero o di anziano, di immigrato, di imprenditore o di professionista, secondo un elenco che finirebbe con l'essere tanto lungo, quanto inutile e riduttivo. L'impostazione che si intende seguire prende le mosse da una riflessione più ampia sul principio di eguaglianza, quale esatto opposto del concetto di differenziazione, per mostrare che è sul piano concreto delle tecniche di tutela, più che su quello astratto delle categorizzazioni, che vada, per dir così, giocata la partita circa l'affermazione di un principio di giustizia sostanziale».

⁴³ Si conclude con questo drammatico interrogativo C. TRIPODINA, *Primavera 2002: la questione eutanasia si impone in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2003, pp. 351 ss., in cui l'Autrice passa in rassegna le differenti risposte che gli ordinamenti europei hanno man mano dato in quella primavera a storie di eutanasia per molti aspetti simili.



Costituzione il principio di indisponibilità della vita da parte di chi ne è il titolare⁴⁴. Al contrario, il riconoscimento della persona e della sua dignità accredita l'assegnazione all'individuo del potere di decisione di fronte alla fine della vita, altrimenti espropriandolo dell'intero tempo che lo porta verso la morte.

Si potrebbe, tuttavia, per altro verso, obiettare che tali sentenze statunitensi, parimenti ad una pronuncia del Giudice europeo⁴⁵, hanno *expressis verbis* escluso che il mancato riconoscimento dell'aiuto a morire possa essere considerato in termini di violazione del principio di eguaglianza. Ma, ad un tempo, in queste sentenze, osserva taluno⁴⁶, è facile riscontrare una debolezza argomentativa in ordine al modo con cui vengono valutate la condizione del morente che può esercitare il diritto costituzionale al rifiuto delle cure e quella di chi per "lasciarsi morire" ha bisogno di un aiuto esterno. La critica che si muove è l'inadeguatezza della scelta del suicidio come schema di riferimento; «tema infinitamente e variabilmente dibattuto, ma che descrive una situazione esistenziale e giuridica completamente diversa dalla condizione estrema di chi chiede una morte dignitosa e dalla conquistata autonomia delle decisioni sulla vita. Uno schema, perciò, assolutamente inadeguato di fronte ad una realtà nella quale le persone sono rese eguali dalla comune sofferenza nel morire. Se si parte da questo dato esistenziale, sfuggendo così alla trappola

⁴⁴ Parimenti, nella Costituzione italiana, alla luce della concezione personalistica che la forma e la sostiene, si salda il principio della "incoercibilità" del vivere: «così come non può essere imposto di morire, altrettanto a nessuno può essere imposto di vivere».

La migliore dottrina costituzionalistica abbandona l'anacronistico principio di indisponibilità del vivere, e, dalla norma-chiave di cui all'art. 32 Cost. – "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" –, mutua l'opposto principio della incoercibilità, in forza del quale vivere è un diritto individuale più che un dovere sociale.

La norma nel sancire la libertà di autodeterminazione in campo sanitario finisce per riconoscere implicitamente il diritto individuale a non curarsi e a lasciarsi morire alla stregua di «un indubbio valore del nostro ordinamento costituzionale».

Siffatta prospettiva individualizzante, tuttavia, fatica a trovare adeguato riscontro nel tessuto codicistico penalistico che, *a contrario*, sanzionando l'omicidio del consenziente *ex art. 579* e l'istigazione o aiuto al suicidio *ex art. 580*, sembra continuare ad ascrivere al bene della vita quel carattere di indisponibilità assoluta che, nella prospettiva del nuovo ordinamento costituzionale, è sospettabile di incostituzionalità.

In attesa allora che il legislatore rettifichi la disciplina ordinaria attuale per renderla più aderente allo spirito del tempo presente, all'interprete non spetta che intervenire in materia in funzione correttiva allo scopo di smorzare la rigidità e l'eccessivo rigorismo del codice, così da aprire qualche varco nel sistema e dare spazio già *de jure condito* al riconoscimento del principio costituzionale della "incoercibilità" del vivere e del connesso diritto a non curarsi e a lasciarsi morire. G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 2 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 670 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionale*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p. 34.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 2002, *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002. Tuttavia, anche questa pronuncia, come quelle americane, ritiene che legittimamente gli Stati possano disciplinare e regolamentare l'aiuto al morire, e del resto di questa possibilità si sono avvalsi già alcuni ordinamenti, come Olanda, Belgio e Svizzera.

⁴⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 255.



semantica e concettuale legata alla pigra ripetizione del termine “suicidio”, il rispetto del principio di eguaglianza diventa ineludibile, e scolorisce anche il senso della distinzione tra lasciar morire e aiutare a morire».

La prospettiva costituzionale dell'uguaglianza pone oggi il giurista di fronte ad una sfida irriducibile da raccogliere in tutta la sua impellenza e drammaticità e che non sembra azzardato considerare il possibile punto di svolta della riflessione sulla opportunità giuridica dell'aiuto a morire.

Vi è, inoltre, un'ulteriore opzione politica fondamentale derivabile dalla Costituzione che assume rilievo centrale in tema di scelte di fine vita ed è quella nel senso della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale, di cui agli articoli 2 e 3.2 della Costituzione: “la Repubblica [...] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” ed è tenuta a “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”.

Una concezione pluralistica della democrazia, qual è quella accolta nella nostra Costituzione, implica un'osmosi necessaria tra la dignità dell'uomo e la solidarietà sociale, ovvero tra i diritti e i doveri fondamentali: questa è la ratio dell'articolo 2 della Costituzione.

In uno Stato sociale di diritto, alla componente liberale ed egualitaria deve affiancarsi quella solidaristica e tutte insieme e ciascuna devono convergere nel senso di garantire i diritti della persona, di tutte le persone⁴⁷.

L'accompagnamento verso l'esito finale diventa espressione estrema della solidarietà: i cittadini ed il legislatore devono aiutare le persone più deboli sia nella realizzazione della libertà in modo sostanziale sia proteggendole da abusi.

Il riconoscimento di un diritto di libertà - com'è per tutti il diritto a rifiutare le cure finanche a lasciarsi morire e soltanto per taluni il diritto a scegliere la morte e ad essere aiutati a morire - mai deve tradursi in un «principio di indifferenza»⁴⁸; l'ordinamento giuridico deve guardarsi dall'invadere lo spazio di libertà e di autodeterminazione dell'individuo, ma giammai deve tenere un atteggiamento di indifferenza nei confronti della salute o, ancor di più, nei confronti della vita del cittadino.

Il principio di solidarietà materiale e sociale, che permea di sé tutta la Carta fondamentale, è sintesi plastica della consapevolezza dell'«assoluta inscindibilità della tutela dei diritti e della dignità umana dalle condizioni materiali»⁴⁹.

⁴⁷ A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 20, 2013, pp. 421-420.

⁴⁸ M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire (voce)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, IV, Torino, 1990, p. 5.

⁴⁹ I. NICOTRA GUERRERA, «*Vita*» e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, 1998, p. 150, secondo il quale tra le direttive della Carta costituzionale si rintraccia una «coincidenza, priva di margine, tra vita e dignità: sicché difendere quest'ultima ha il profondo significato di garantire la prima».



Uno Stato che voglia apprestare ai propri cittadini una tutela effettiva e concreta del diritto alla vita, se deve arrestarsi a fronte di una scelta libera e consapevole anche quando questa vada nel senso della rinuncia alla vita, deve, tuttavia, al contempo, promuovere soluzioni per superare e risolvere quelle forme di privazione tali da condizionare la scelta della morte sotto la pressione asfissiante di una condizione di bisogno, di sofferenza e di dolore nonché di incapacità di garantire a sé e alla propria famiglia una esistenza dignitosa, anche nelle condizioni di malattia, invalidità, vecchiaia. È suo dovere costituzionale rimuovere tutti gli ostacoli di ordine economico sociale che «impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana ed il completo sviluppo fisico, economico e spirituale di essa»⁵⁰.

La persona deve essere posta nelle condizioni di godere del sostegno sociale necessario cosicché le sue decisioni sanitarie possano trovare pratica attuazione e avere effetto, e così essere sempre salvaguardate la sua umanità e dignità. Non a caso taluno ha argomentato che «la pretesa al rispetto della dignità umana costituisce il “contenuto minimo” del diritto alla salute».

Diversi sono gli strumenti a disposizione dello Stato per garantire questo risultato. Incentivare le cure palliative⁵¹ e le terapie del dolore al fine di garantire a ciascuno il diritto di non soffrire; apprestare strutture di assistenza e di sostegno materiale e psicologico per i malati terminali e per i loro familiari⁵²; offrire, insomma, assistenza per evitare che il dolore e la sofferenza sviscerino il senso di attaccamento alla vita.

«Non possiamo [...] accettare l'abbandono sociale della sofferenza, e il riconoscimento di una responsabilità appunto sociale dello stato sta a significare che, senza ricadute nella sua eticità, esso deve dimostrarsi capace di una concreta, reale attenzione nei confronti degli anziani e dei sofferenti»⁵³.

Ma c'è ancora altro. Uno Stato moderno che realmente voglia dirsi sociale e che assuma «la solidarietà e la tutela dei soggetti deboli, e i malati “estremi” lo sono certamente, come

⁵⁰ Si tratta della formula con cui l'articolo 2 consacrava il principio di eguaglianza sostanziale nel *Progetto di Costituzione dell'11 settembre 1946*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea costituente*, VI, Roma, Camera dei deputati, 1970, p. 337. In questa sede, la formula del progetto pare più significativa per evidenziare gli obiettivi, non solo in via generale del «pieno sviluppo», ma della «piena dignità» e del «completo sviluppo, oltre che economico, anche fisico e spirituale» della persona umana. In merito, anche C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, pp. 146 ss.

⁵¹ G. SALITO, *Cure palliative e terapia del dolore: brevi riflessioni a margine delle legge n. 38/2010*, in *Comparazione e diritto civile*, 2000, pp. 1-11.

⁵² Si tratta dell'«accompagnamento del morente», una pratica compiuta per la prima volta in Inghilterra nei c.d. *hospices* – o *Pain clinics* in America –, centri per il trattamento del dolore destinati all'accoglienza dei malati terminali per i quali tutte le risorse della terapia sono state esaurite. Tali istituzioni partono dal presupposto che, oltre alle notevoli componenti di dolore fisico, esistono e si manifestano, soprattutto nei malati terminali affetti da cancro, altre forme di dolore psicologico, affettivo, emozionale, che non possono essere assolutamente curate a sola base di farmaci, ma necessitano di un'assistenza e di una dedizione del tutto particolare. Sull'accompagnamento del morente, si vedano in particolare E. KUBLER – ROSS, *La morte e il morire*, trad. it. Assisi, 1976; P. VERSPIERN, *Eutanasia? Dall'accanimento terapeutico all'accompagnamento dei morenti*, Milano, 1985, pp. 25 ss.; C. VIAFORA, *Per un'etica dell'accompagnamento*, in *Bioetica*, 1, 1999, p. 142.

⁵³ S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza*, cit., pp. 40 ss.



obiettivo fondamentale dell'azione dei pubblici poteri e delle stesse istituzioni sociali»⁵⁴ deve adempiere a questo inderogabile dovere di solidarietà anche e soprattutto in rapporto a coloro che persistano nella propria scelta esistenziale autolesiva, a quanti scelgano di rinunciare alle cure e di lasciarsi morire. In particolare, le istituzioni pubbliche hanno il dovere di assistere il paziente – sul piano sanitario, psicologico, sociale ed economico - rispettandone le scelte esistenziali e ponendolo nelle condizioni di realizzarle. Anche e soprattutto questo significa solidarietà in tema di fine vita.

D'altra parte, «dalla solitudine il morente non esce se gli si assicura soltanto l'accoglienza in ambienti adeguati, il ritorno della vicinanza degli affetti. È il conforto del possesso di sé che deve essergli assicurato. [...] Un morente ben accudito, ma privo di diritti, è più oggetto che persona; corrisponde ad un modello, non a una soggettività»⁵⁵.

A percorrere la strada della Costituzione, nel solco dell'eguaglianza, v'è tuttavia da confrontarsi con il pericolo concreto che la Costituzione finisca per essere ridotta, tirata di qua e di là, ad una «babele di interpretazioni contrastanti e reciprocamente irriducibili»⁵⁶. Che la Costituzione in alcune sue parti si presti ad una lettura compromissoria ed «aperta» e a plurime esegesi è dato addirittura positivo perché la Costituzione per questa via dà prova della sua lungimirante «tolleranza»: non pretende di risolvere definitivamente e staticamente il conflitto in atto, ma permette che, di volta in volta, prevalga l'interpretazione che tra gli operatori del diritto o, di più, nel Parlamento raccolga il maggiore consenso. Ma quando la lettera costituzionale ha un senso univoco e più o meno evidente - come pare la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 32 «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» - allora assume carattere patologico ignorare la parole del Costituente a favore dei valori che si vogliono aprioristicamente sostenere. Questo significherebbe, altrimenti, svuotare di senso la rigidità della Costituzione. Sarebbe la «distruzione della Costituzione»⁵⁷, si tornerebbe a quella «libertà selvaggia e sfrenata» - di cui parla Kant nella *Metafisica dei costumi* - propria dello stato di natura, e cioè di uno stato senza diritto, in cui tutti i poteri sono liberi e selvaggi⁵⁸. Ed in particolare, il potere della tecnica per primo che «acquista il diritto di non tenere conto di alcun Limite»⁵⁹.

⁵⁴ A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁵ La condizione di morente non può condurre all'uscita dalla dimensione dei diritti, S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 262. Il possibile «baratto» tra la perdita di diritti di libertà e acquisto di diritti di cura è ben messo in evidenza da M. MARZANO, *La medicina*, p. 286.

⁵⁶ M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 112.

⁵⁷ Di Costituzione «distrutta» in caso di sovvertimento dei principi fondamentali della Costituzione parlò esplicitamente per la prima volta Calamandrei in *Assemblea Costituente*.

⁵⁸ L. FERRAIOLI, *Garantismo e poteri selvaggi*, in *Teoria politica*, 3, 1998, p. 11.

⁵⁹ E. SEVERINO, *Techne-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in P. Barcellona (a cura di), *Nuove frontiere del diritto*, Bari, 2001, p. 19.



Il rischio inammissibile è che la Costituzione degradi a nulla più che ad una «mera favola nell'età della tecnica», non più capace di adempiere al suo essenziale scopo di assicurare «il benessere e la salvezza»⁶⁰.

Ma questa non è la strada obbligata. Se si vuole che, anche nell'età della tecnica e del «diritto» a morire, il Diritto conservi una funzione ed una razionalità proprie ed autonome, diventa determinante il suo fine specifico, la pace e la giustizia, e diventa non più vero che il diritto possa avere qualsivoglia contenuto. La Carta costituzionale non deve mai smettere di essere limite al dominio dei propri valori nonché limite al dominio dei propri voleri.

Riconoscere e rispettare il limite là dove la Costituzione lo pone è la sola via per identificare la Costituzione ancora come grande narrazione di civiltà umana e non già come una mera «favola nell'età della tecnica».

Riconoscerne e rispettarne il carattere rigido, che è disciplina e condizione di tutti i poteri – quello politico come quello tecnico –, è un giusto «vincolo preventivo» al pari di quello che escogitò Ulisse, facendosi legare all'albero della nave, per non farsi ingannare dal canto ammaliatore delle sirene⁶¹.

Ad un tempo, nell'età in cui morire è anche una scelta, mai si devono dimenticare le parole del maestro Calamandrei: «La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove: perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile; bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità»⁶².

3.2 Domandano drammaticamente eguaglianza due emblematiche vicende umane prima, e giurisprudenziali poi, risolte in termini opposti a pochi mesi di distanza l'una

⁶⁰ G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 258.

⁶¹ È l'efficace immagine elaborata da J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, 1979, p. 94, e richiamata da J.J. MORESO, *Diritti e giustizia procedurale imperfetta*, in *Ragion pratica*, 10, 1998, pp. 31 ss.

⁶² P. CALAMANDREI, *Discorso agli studenti milanesi*, 1955. Immediata è la metafora ottica del maestro che indicava proprio nell'essere «presbite» uno dei tratti caratteristici e, positivi, della Costituzione italiana del 1948: «la costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope», P. CALAMANDREI, *Intervento* (4 marzo 1947), in *Assemblea costituente. Atti. Discussioni*, Camera dei deputati, Roma 1947, pp. 1455-1473.

«Il criterio della volontà originaria del costituente non può essere utilizzato per cristallizzare o pietrificare una disposizione costituzionale e renderne il significato immune da qualsiasi mutamento. Il solo fatto che si tratti di una Costituzione, destinata a durare nel tempo e ad orientare la società anche ad anni di distanza dalle scelte originarie, impone l'utilizzo di criteri interpretativi (cautamente) aperti nei confronti delle esigenze del caso concreto e (prudentemente) flessibili innanzi ai mutamenti di carattere politico, culturale e tecnologico. Non saper leggere il testo anche alla luce del mutato contesto, in quest'ambito, significherebbe non rendersi conto della natura particolare dell'oggetto, dell'interpretazione («we must never forget that it is a constitution we are expounding») e dei riflessi che tale natura getta sui caratteri dell'operazione ermeneutica; significherebbe applicare il «metodo dell'ignoranza circa il senso del proprio agire», così C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2008, p. 4.



dall'altra nel Regno Unito, il caso Ms. B e il caso Pretty. Insieme, esemplificano plasticamente la minaccia al principio di eguaglianza nel morire.

Ms.B⁶³ versava in una condizione di tetraplegia, era paralizzata dal collo in giù, e respirava soltanto grazie all'ausilio indispensabile di un polmone d'acciaio.

Trascorsi alcuni anni, Ms.B si convinceva di non voler più vivere in queste condizioni e invocava lo spegnimento del macchinario. I medici, tuttavia, dubitando della capacità della paziente ed appellandosi alla propria posizione di garanzia e al proprio dovere deontologico di salvaguardia della vita, rigettavano la richiesta di Ms.B.

Il caso giungeva alla *Family Division* della *High Court of Justice* di Londra e la giudice Elisabeth Butler Sloss asseriva con fermezza e convinzione come il *common law* statuisse una prevalenza del principio di autonomia su quello della *sanctity of life*, evidenziando il diritto al rifiuto alle cure. Su tali premesse ed accertata l'indiscussa capacità della interessata, si intimava all'ospedale di rispettarne la volontà pena il trasferimento in altra struttura⁶⁴.

A fronte di una tale pronuncia, soltanto pochi mesi più tardi, si incardinava il caso Pretty.

Diane Pretty era affetta da una sindrome neuro-degenerativa del sistema nervoso centrale, senza alcuna speranza di guarigione né miglioramento e che di lì a poco l'avrebbe condotta inesorabilmente ad una morte dalla stessa ritenuta «*humiliating and distressing*».

Anche la signora Pretty sopportava delle paralisi a talune parti del corpo, come Ms.B., ma a differenza di quest'ultima era ancora in grado di respirare autonomamente senza bisogno di alcun trattamento di sostegno vitale.

Come Ms.B, anche Diane Pretty si decideva a voler porre termine alla propria esistenza per sottarsi ad una condizione di dilaniante sofferenza psico-fisica da lei considerata non più coerente con la propria dignità di persona.

Non potendosi dare la morte da sé, chiedeva al *Director Public Prosecutions* la non punibilità del marito che avesse attuato il suo desiderio, aiutandola a morire. Oppostole il diniego di concedere tale immunità preventiva, sulla scorta del *Suicide Act*, la donna insistentemente impugnava la decisione fino ad appellare la *House of Lords*, che il 29 novembre 2002 emana una sentenza⁶⁵ che respinge tutti i profili di incompatibilità tra la sezione 2 del *Suicide Act*⁶⁶ e la Convenzione europea denunciati dalla ricorrente, non facendo dunque altro che confermare il divieto penale di assistenza al suicidio.

⁶³ High Court of Justice, Family division, 22 marzo 2002, Ms B. v. An NHS Hospital Trust, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002.

⁶⁴ L'*High Court of Justice*, inoltre, condannava l'ospedale ad un risarcimento di valore simbolico di cento sterline per non aver riconosciuto all'istante un diritto perfettamente esistente e *justiciable*.

⁶⁵ House of Lords, 29 novembre 2001, *The Queen on the Application of Mrs Diane Pretty -appellant- v. Director Public prosecutions -Respondent- and Secretary of state for the Home department -Interested part*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2001.

⁶⁶ «*A mentally competent patient has an absolute right to refuse or to consent to medical treatment for any reason, rational or irrational, or for no reason at all, even where that decision may lead to his or her own death*».



Diane Pretty veniva così condannata a protrarre le proprie sofferenze e, soprattutto, a vivere un processo di morte in condizioni considerate dalla stessa contrarie alla propria identità e quindi dignità⁶⁷. Una condanna inflitta soltanto poco dopo il caso Ms. B, alla quale, in termini radicalmente opposti, si riconosceva il diritto al rifiuto anche di trattamenti *life-saving* e soprattutto se ne riconosceva e rispettava la *voluntas*.

«Il confronto fra i due casi interroga profondamente in merito alla ragione per cui i motivi alla base del divieto di assistenza al suicidio – sacralità della vita, *slippery slope*, vulnerabilità, ruolo dei medici – non assumano lo stesso rilievo per il diritto al rifiuto di trattamenti di sostegno vitale»⁶⁸.

Come a dire che la sacralità del bene “vita” assuma un carattere relativo ovvero assoluto, e quindi disponibile ovvero indisponibile, a seconda che vi sia oppur no un trattamento di sostegno vitale da rifiutare; a seconda che si chieda di porre termine alla propria esistenza spegnendo un macchinario o si chieda parimenti di terminare la propria vita ma sta volta intervenendo dall'esterno.

Forse che la vita di Ms. B e la vita di Diane Pretty valgano due pesi diversi? Che la volontà dell'una e dell'altra meritino una tutela diversa?

È evidente, le singole vicende umane domandano, anzi pretendono eguaglianza.

⁶⁷ A fronte del diniego opposte ed esauriti invano i ricorsi interni, la signora Pretty adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo dolendosi del contrasto tra tale rifiuto e gli artt. 2, 3 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo.

Tra tutti gli appigli normativi, la ricorrente invocava soprattutto l'articolo 8 CEDU, “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, lamentando la lesione della propria facoltà di autodeterminazione - anche terapeutica - consistente, nel caso di specie, nel diritto a scegliere quando e come morire.

La Corte, pur riconoscendo che il divieto di ogni condotta di assistenza al suicidio interferisce con il diritto convenzionale al rispetto della vita privata - che comprende, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, anche il diritto alla scelta delle cure e a come porre termine alla propria vita - faceva salva, siffatta ingerenza, considerandola legittima ai fini della tutela di uno dei controinteressi menzionati nel secondo comma dell'articolo 8 e, più segnatamente, ai fini della tutela dei diritti di terze persone.

Nell'affrontare per la prima volta nel merito simili vicende, la Corte di Strasburgo non nasconde il suo imbarazzo. Ciò nonostante, affronta sistematicamente una per una tutte le eccezioni sollevate nel ricorso e, leggendo la sentenza, è chiaro il tentativo di soppesare gli interessi in campo, di evitare posizioni assolutistiche e di cercare piuttosto un sano temperamento.

Per tale via, senza negare la sacralità della vita - sostenuta dal Governo inglese attraverso il Suicide Act -, la Corte compie un primo passo importante nell'ambito della riflessione sul fine vita: pur ritenendo infondata la questione, la Corte ammetteva che «la dignità e la libertà dell'uomo sono l'essenza stessa della Convenzione» -§ 65- anche sotto il profilo della qualità della vita. Portava così in rilievo per la prima volta la nozione di “qualità della vita”, inserita implicitamente nell'art. 8 CEDU, da leggersi nel temperamento dei due assi portanti dell'intera Convenzione, il rispetto della dignità umana e la libertà individuale, facendo così da apripista ad una più matura riflessione in materia. Riflessione che, attraversando via via vicende altrettanto significative - Haas v. Svizzera, Koch v. Germania, Gross v. Svizzera - ha registrato progressivamente passi in avanti nella discussione sulla morte opportuna fino all'ultimissimo punto di arrivo con la decisione sul caso di Vincent Lambert, 5 giugno 2015.

⁶⁸ C. CASONATO, *Il fine vita nel diritto comparato fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, pp. 523 ss.



4. «Si è schiavi del denaro o della sorte»⁶⁹, scrive Euripide nell'Ecuba.

“È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”, ammoniscono i Padri Costituenti.

La ricerca della verità del principio di eguaglianza nel morire conduce inevitabilmente di fronte al nodo di riflessione più controverso e delicato di tutta la narrazione sulla morte opportuna, l'Incapace, le sue scelte, i suoi diritti.

Qui, il caso e l'eguaglianza si incontrano e si sfidano.

«Il gioco tra caso e norma segna profondamente il sistema giuridico proprio là dove la condizione umana si confronta con il trattamento che a essa riserva il diritto nel contesto sociale e nella relazione con gli altri, chiamando così in causa il principio di eguaglianza».

L'articolo 3 salda tra i principi fondamentali ed intangibili dell'ordinamento repubblicano il principio di eguaglianza; siamo uguali, proclama con forza, ed aggiunge – ed è qui la nobiltà di spirito della Carta – se non lo siamo dobbiamo esserlo. Se il caso disattende la “promessa” dell'eguaglianza e quindi tradisce la sua normatività, spetterà alla norma intervenire e restituire il fatto dell'eguaglianza. O lo siamo o lo dobbiamo essere, è la prescrizione straordinaria della Costituzione. «Norma migliore non potrebbe esserci, [...] ma essa instaura un gioco infinito tra caso e legge, tra cognitività e normatività»⁷⁰.

Qui il paradosso dell'eguaglianza si fa più stringente.

Se già la sola riflessione semantica sull'eutanasia scorre lungo il filo dell'eguaglianza, muovendosi tra eutanasia attiva e passiva, tra termini e sostanza, l'indagine sul morire dell'Incapace tende ancora di più il *fil rouge* dell'*égalité*.

Persino quel diritto a rifiutare le cure fino a lasciarsi morire, riconosciuto e garantito dalla Carta costituzionale a chi è *compos sui*, si risolve in una promessa astratta, precaria e traballante quando il morente sia incapace, che si tratti di incapacità materiale, di incapacità di scegliere per inabilità cognitiva o ancora di incapacità da minore età. Quasi a far nascere una nuova *condicio iuris* di inesistenza giuridica del soggetto incompetente.

La questione ancora una volta è quella affrontata dalla Corte del New Jersey negli anni settanta nel caso Quinlan⁷¹, ed è ancora quella affrontata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, soltanto pochi mesi addietro, quando il 5 giugno 2015 autorizzava alla sospensione di nutrizione e idratazione artificiali di Vincent Lambert⁷². Una persona in

⁶⁹ «Ah! Non c'è nessuno dei mortali che sia libero: infatti o è schiavo del denaro, o della sorte, oppure la moltitudine dei cittadini o i testi scritti delle leggi gli impediscono di comportarsi nel modo che ritiene» (v.863), sono le parole che Euripide fa pronunciare ad Ecuba nell'omonima tragedia greca.

⁷⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 137.

⁷¹ New Jersey Supreme Court, 31 marzo 1976, In Re Quinlan. J. STRYKER, *Right to Die; Life After Quinlan*, in *The New York Times*, 31 marzo 1976.

⁷² In data 5 giugno 2015 - soltanto l'ultimo dei numerosi tasselli della complessa vicenda del cittadino francese - la *Grande Chambre* ha affermato che non sussiste violazione dell'articolo 2 della Cedu - diritto alla



stato di stabile incapacità non perde per ciò solo i diritti che si riconoscono e si garantiscono a chi è capace.

«L'impostazione che si intende seguire prende le mosse da una riflessione più ampia sul principio di eguaglianza, quale esatto opposto del concetto di differenziazione, per mostrare che è sul piano concreto delle tecniche di tutela, più che su quello astratto delle categorizzazioni, che vada, per così dire, giocata la partita circa l'affermazione di un principio di giustizia sostanziale»⁷³.

vita - in ordine all'attuazione della decisione del Consiglio di Stato francese del 24 giugno 2014, con la quale si dava autorizzazione alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale a Vincent Lambert.

In particolare, in riferimento all'articolo 2, la *Grande Chambre* osserva come non esista un consenso tra gli Stati membri in ordine all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, e tuttavia come, al contrario, il consenso vi sia, fermo e saldo, attorno alla fondamentale ed irriducibile importanza della volontà del paziente nei processi decisionali. Nell'ambito del fine vita, come in quello dell'inizio vita, sostiene la Corte, «*States must be afforded a margin of appreciation, not just as to whether or not to permit the withdrawal of artificial life sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as regards the means of striking a balance between the protection of patients' right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy*» - p.to 148.

Inoltre, «*the Court is keenly aware of the importance of the issues raised by the present case, which concerns extremely complex medical, legal and ethical matters. In the circumstances of the case, the Court reiterates that it was primarily for the domestic authorities to verify whether the decision to withdraw treatment was compatible with the domestic legislation and the Convention, and to establish the patient's wishes in accordance with national law. The Court's role consisted in ascertaining whether the State had fulfilled its positive obligations under Article 2 of the Convention*» - p.to 181.

E proprio sulla scorta di questo "metodo di lavoro", la Corte ha ritenuto che tanto la disciplina legislativa francese, così come interpretata dal Consiglio di Stato, quanto il processo decisionale siano compatibili con l'articolo 2 della Convenzione.

Il pronunciamento del 5 giugno si accredita come una decisione storica anche perché è il primo in cui la Grande camera della Corte europea, il più alto organo, che si esprime solo in occasioni particolari, decide in merito al fine vita e all'eutanasia. La vicenda di Vincent Lambert crea quindi un precedente, cui potranno appellarsi i familiari di malati europei in situazioni simili a quella di Lambert.

La tormentata vicenda di vita e di diritto di Vincent Lambert, sembra non volersi arrestare. Nonostante l'inappellabilità della sentenza, nuove azioni giudiziarie sono state già intraprese e sono destinate a scrivere altri capitoli di questa storia: un ricorso presso la Corte europea dei diritti umani per chiedere la revisione del verdetto del 5 giugno con il quale l'alto foro ha avallato la precedente decisione del Consiglio di Stato di concedere alla struttura dove Vincent è ricoverato la facoltà di togliere il sondino d'idratazione e alimentazione.

⁷³ «Inevitabilmente, l'idea di equiparazione si accompagna ad una individuazione degli oggetti da equiparare, delle categorie da considerare, che implica una preventiva opera di ordinazione dei fenomeni in base ad un metro, ad un criterio di selezione che è espressione della scala di valori prescelti. La mera equiparazione presuppone, così, un processo di qualificazione che finisce, immancabilmente, con l'esaltare le differenze, salvo ad individuare nella persona il parametro unificante che consente di recuperare quelle limitazioni al principio di eguaglianza di trattamento che la proposta aristotelica porta con sé», P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti "deboli"*, Milano, 2004, pp. 6-7. «L'unica condizione è che ad essa (la posizione giuridica dello *status*) si faccia riferimento come categoria unificante dello *status personae*, superandosi nei fatti quella tendenza alla frammentazione degli *status* che conduce a distinguere lo *status* di consumatore o risparmiatore, portatore di handicap o di malato, di povero o di anziano, di immigrato [...], secondo un elenco che finirebbe con l'essere tanto lungo, quanto riduttivo e inutile», sul significato assunto dal concetto di *status*, oltre a P.



La scelta assiologica del Costituente di promuovere “il pieno sviluppo della persona umana” radica immediatamente ed inevitabilmente il discorso del “morire” sul tema dell’eguaglianza. «L’articolo 3, comma 2 della Carta costituzionale, nel giustificare che soggetti astrattamente eguali siano trattati in maniera diseguale e nel richiedere che siano rimossi gli ostacoli che limitano la libertà dell’uomo, esprime esso stesso un valore: il pieno, armonico sviluppo della persona umana»⁷⁴.

“Riconoscere” all’Incapace soltanto la titolarità del diritto a rifiutare le cure financo a lasciarsi morire senza “garantirne” l’esercizio significa «escluder(Lo) ingiustificatamente [...] dalla realizzazione della sua personalità e talora escluderlo *tout court* dalla soggettività che pure indefettibilmente gli è riconosciuta dalla Costituzione»⁷⁵.

Sta qui la chiave di volta della interpretazione dell’istanza moderna del morire.

«È il concetto di vita, non quello di morte, che [...] governa la questione del “diritto di morire”»⁷⁶. Più che di un diritto a morire con dignità, in questione è il diritto a poter scegliere la vita che si vuole continuare a vivere⁷⁷.

Se l’essere umano storicamente ha avuto consapevolezza razionale della propria finitezza, ma la morte è rimasta almeno di norma aldilà della capacità progettuale dell’individuo, oggi, grazie alla potenza irruente della biomedicina, la morte può divenire parte essenziale del “progetto di vita” di ciascuno e concorrere così a tracciarne l’identità personale.

Il principio di autodeterminazione terapeutica permette al malato di essere se stesso fino agli ultimi istanti della propria esistenza. Strumento a presidio dell’individuo, l’autodeterminazione mostra un’inscindibile interrelazione con il diritto all’identità personale⁷⁸. La Cassazione⁷⁹, anzi, rintraccia proprio nell’autonomia decisionale in campo

STANZIONE, *ult. op. cit.*, il riferimento è a E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960; G. CRISCUOLI, *Variazione e scelte in tema di status*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, I, p. 175; M. TEDESCHI -S. CICCARELLO, *Comunità familiare e status personali*, in *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, 1982; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, per il quale gli unici *status* ad avere rilievo sarebbero quelli del diritto di famiglia. Diversamente riflette, invece, G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, il quale evidenzia il superamento della concezione individualistica degli *status* a vantaggio di una concezione comunitaria degli stessi; in altri termini ancora, si pronuncia A. IANNELLI, *Status della persona e atti dello status civile*, Napoli, 1984, p. 57, secondo il quale lo status è, piuttosto, valore primario che inerisce alla persona in quanto tale, a prescindere dall’esser o meno parte di un rapporto.

⁷⁴ P. STANZIONE, *Dal soggetto al diritto*, in *Iustitia*, 2005, p. 266.

⁷⁵ *Ivi*, pp. 262-263.

⁷⁶ H. JONAS, *Tecniche di differimento della morte e il diritto di morire*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino, 2006.

⁷⁷ G. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 383.

⁷⁸ Sulla connessione tra identità personale e tutela della salute, P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell’identità nel diritto privato attuale*, in Alpa-Zatti (a cura di), *L’identità nell’orizzonte del diritto privato*, in *Supplemento Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2007, pp. 4 ss.; R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all’identità personale in un’importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2008, p. 136 ss. In ordine poi all’esigenza di salvaguardare il diritto all’identità personale a fronte del galoppante incedere delle scienze mediche, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 125 ss.; M.G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, 2007.

⁷⁹ Cassazione, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Famiglia e diritto*, 2008.



sanitario un'espressione importante dell'insieme delle convinzioni personali del singolo, oltre che un elemento idoneo alla promozione dello svolgimento della personalità⁸⁰.

«Il diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe della vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano e qualificano l'individuo»⁸¹ attraversa gran parte dei diritti fondamentali della persona⁸² e si arricchisce, in particolare, di una nuova componente, qual è il principio all'autodeterminazione nelle scelte che ineriscono alla propria salute.

La scelta delle proprie cure, anche nel senso di rifiutarle, di lasciarsi morire, di non contrastare una malattia terminale, è l'esercizio del diritto all'autodeterminazione che a ciascun soggetto deve essere riconosciuto come sintesi di principi e valori costituzionali, quali la libertà personale, la dimensione "moderna" del diritto alla salute, la connotazione identitaria della dignità⁸³.

⁸⁰ «Lo sviluppo della personalità non si realizza dunque attraverso semplici libertà negative, ma anche attraverso diritti sociali (al lavoro, all'istruzione, alla sicurezza sociale), la cui garanzia esige positivi comportamenti dei pubblici poteri: fermo restando che anche tali interventi incontrano il limite negativo che si è detto, relativo al divieto di violare la sfera della personalità individuale», V. ONIDA, *Le costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 1984, p. 102.

⁸¹ Corte costituzionale, 3 febbraio 1994, n. 13, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1994, I, p. 24.

⁸² In tal senso, la giurisprudenza costituzionale ne ha posto in luce il legame, tra gli altri, con il diritto al nome, Corte costituzionale, 3 febbraio 1994, n. 13, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1994, I, p. 24; Corte costituzionale, 23 luglio 1996, n. 297, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 413, con nota di Carbone, *La conservazione del vecchio cognome come diritto all'identità personale*; Corte costituzionale, 11 maggio 2001, n. 120, in *Giustizia civile*, 2001, I, 2317; con il diritto al riconoscimento formale dello *status filiationis*, Corte costituzionale, 28 novembre 2002, n. 494, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 6; Corte costituzionale, 3 gennaio 2008, n. 4, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009; nonché con il diritto al mutamento di sesso, Corte costituzionale, 6 maggio 1985, n. 161, in *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 1, p. 236, con nota di Dogliotti, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*; e da ultimo Corte Costituzionale, 5 novembre 2015, n. 221, in www.cortecostituzionale.it. La Corte, interrogata sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164, con riguardo riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha rigettato la questione e ha promosso una storica decisione asserendo che il trattamento chirurgico non è prerequisite necessario per accedere validamente al procedimento di rettificazione, ma soltanto strumento eventuale di ausilio e di supporto al conseguimento di un pieno benessere psicofisico. L'emancipazione della rettificazione anagrafica dal trattamento chirurgico e la valorizzazione, a tal fine, della volontà e della autodeterminazione della persona, preminenti rispetto al mero dato fisico, si muovono nel solco di una evoluzione culturale, nonché giuridica «volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)».

⁸³ Così si esprime, A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Digesto discp. pubbliche*, 2013, p. 300 ss.

Sulla centralità della persona umana nell'intero ordinamento giuridico e nella realtà sociale e sul valore pregnante della dignità umana, della tutela e del rispetto della stessa, P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti "deboli"*, cit., p. 77; ID., *Dal soggetto alla persona*, in *Rivista di diritto*, 26, 2006, p. 111-118; ID., *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e drittwirkung nell'esperienza europea*, in *Itinerari*, cit., pp. 49 ss. Ancora, sul rilievo assunto dalla persona in quanto tale, ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; ID., *Persona*



È diritto che si riconosce alla persona in sé e per sé e che non ammette limitazione alcuna in ragione della qualificazione che alla persona medesima si suole attribuire - anziano, disabile, minore, non senziante e così via⁸⁴ -.

E per quanto non manchi chi rilevi che nulla «è più indefinibile dell'immagine morale della persona»⁸⁵ e che nessuna forma di tutela giuridica dell'identità personale sia in grado di assicurare la completa salvaguardia dell'idea che ciascuno ha di sé, essendo «la verità di cui si può esigere il rispetto» destinata a rimanere nulla più che «una verità media»⁸⁶, il diritto ad essere se stesso, anche quando si incontra la morte, deve essere riconosciuto e garantito all'Incapace al pari di chi è perfettamente competente.

Negare siffatto diritto a chi è Incapace sol perché tale significherebbe negargli il diritto di essere se stesso, violando la sua dignità di essere umano, e significherebbe altresì ledere il principio costituzionale di eguaglianza e disattendere il dovere di solidarietà prescritto dai Padri Costituenti.

L'eguaglianza e la solidarietà - prescrizioni costituzionali/normative - pongono l'esigenza indefettibile di non permettere che una condizione accidentale di incapacità - il caso - faccia venir meno la possibilità di scelta che per diritto spetta a chi, altresì accidentalmente, è invece capace. L'ordinamento giuridico repubblicano non può e non deve cedere alla «lotteria»⁸⁷ della vita.

L'Incapace, oltre che violato nel suo diritto all'autodeterminazione, subirebbe, altrimenti, una grave lesione del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione, che impone eguale trattamento a fronte di situazioni uguali e distinto trattamento a fronte di situazioni distinte; egli, piuttosto, deve poter fruire dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di rango costituzionale di cui la Repubblica richiede

fisica. Diritto civile, in G. Autorino-P. Stanzione, *Diritto civile e situazioni giuridiche esistenziali*, Torino, 1997, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 12 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 350 ss.

⁸⁴ «Se, dunque, l'oggetto della tutela si individua nella dignità della persona e nello sviluppo della sua personalità, ne deriva che la senilità, non essendo una condizione patologica, non può comportare alcun intervento sulla capacità, poiché, in caso contrario, si finirebbe con il giustificare, in nome del principio di eguaglianza sostanziale, uno statuto di deroga dell'eguaglianza formale. [...] Il processo di identificazione, di qualificazione, di differenziazione, e, infine, di classificazione nel gruppo o della categoria non è che un tentativo di salvaguardia di un'identità che, così come intesa, non può trovare consensi perché nasconde una logica discriminatoria [...]. La prospettiva deve essere necessariamente un'altra [...] rivalutare la specificità della persona e dei suoi interessi. Solo così è possibile evitare che la differenza [...] possa dare origine a trattamenti differenziati», P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti "deboli"*, cit., p. 8 ss.; ancora ID., *Costituzione*, cit., pp. 700-715; S. ROSSI, *I morenti*, in P. Cendon-S. Rossi (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, Roma, 2013, pp. 97 ss.

⁸⁵ M. BESSONE-G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 210.

⁸⁶ DE MARTINI, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto all'identità personale*, in (a cura di) AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, pp. 145 ss.

⁸⁷ Di «lotteria genetica» discorre con profondità e arguzia S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pp. 136 ss.



l'adempimento ai sensi dell'articolo 2 della Carta fondamentale⁸⁸; deve potersi avvantaggiare di un programma di solidarietà sociale e di strategie di intervento "normativo" che annullino lo svantaggio in cui la sua condizione rischia di gettarlo.

L'articolo 3 della Costituzione italiana combina rispetto della "dignità sociale" d'ogni persona e obbligo istituzionale di rimuovere gli ostacoli di fatto alla piena realizzazione dell'eguaglianza. L'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si pone in questa direzione e afferma che "l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure tese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità". Il dato naturale - che sia la disabilità *ex art.* 20 della Carta dell'Ue o l'incapacità di esprimere la volontà di lasciarsi morire, o addirittura di morire - non è elemento da registrare passivamente, ma il punto di avvio di politiche attive⁸⁹.

Le esigenze di eguaglianza e di solidarietà valgono ad imporre la restituzione alla persona, anche se in stato di incapacità, del ruolo di «soggetto di decisioni, di aspettative, di progetti»⁹⁰, così da affrancarla «dall'isolamento e dalla istituzionalizzazione»⁹¹ cui la sua condizione rischia di condannarla, evitando un'«espropriazione totale e, molto spesso, brutale»⁹² del potere di scelta.

Nell'«età della tecnica»⁹³ e della «rivoluzione terapeutica»⁹⁴, poche sono le certezze intangibili in punto di diritto: una di queste è senz'altro il principio del consenso informato ed il connesso diritto a rifiutare le cure, financo a lasciarsi morire⁹⁵.

⁸⁸ «Nell'art. 3.2 la Costituzione italiana (con una sincerità che non si trova in altre) riconosce l'astrattezza dell'affermazione formale dell'uguaglianza e assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli all'effettivo sviluppo della persona. La solidarietà varrebbe a garantire uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali», A. COSTANZO, *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*.

⁸⁹ «La strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere» promossa dalla Commissione europea il 15 novembre 2010 si propone l'impegno di superare e comporre le discriminazioni e migliorare l'integrazione dei "disabili", nella prospettiva di inclusione sociale, materiale e spirituale, e di transizione dall'assistenza istituzionalizzata a servizi di prossimità.

⁹⁰ D. VISENTIN, *Una scelta difficile: diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, p. 1626; P. STANZIONE- G. SALITO, *L'(in)disponibilità del bene "vita"*, cit., pp. 6 ss.

⁹¹ P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti "deboli"*, cit., p. 82; P. STANZIONE -G. SALITO, *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, Note a margine di Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Iustitia*, 1, 2008, pp. 55 ss.; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012.

⁹² G. BOLLINI, «Testamento per la vita» e amministrazione di sostegno, in *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, p. 195.

⁹³ C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, pp. 2-11.

⁹⁴ È così che appella l'era contemporanea J. BERNARD, *La Bioethique*, Parigi, 1994, pp. 7 ss.

⁹⁵ «Il diritto incoercibile all'autodeterminazione della persona nelle scelte fondamentali che attengono alla propria vita e, in special modo, alla propria salute - *ex artt.* 13 e 32 Cost. -, nonché il divieto di trattamenti sanitari obbligatori che non siano imposti anche per esigenze superiori a quelle del singolo individuo conducono ineluttabilmente all'affermazione che nessun intervento medico può essere compiuto contro la volontà del paziente, anche nell'ipotesi in cui dalla mancata esecuzione della prestazione di cura possa derivare la morte del paziente stesso», G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi*,



Che l'autodeterminazione dell'uomo sia diritto costituzionalmente garantito che «inerisce al diritto alla salute di ciascuno in quanto diritto fondamentale»⁹⁶, in grado di attribuire alla persona il potere di scegliere di prestare il proprio consenso ovvero dissenso agli atti che riguardano il proprio corpo e le proprie aspettative di vita e di morte, anche quando dalla scelta dovesse derivarne il sacrificio della vita⁹⁷, è oramai caposaldo giuridico acquisito ed incontrovertibile, anzi – come ha statuito la Suprema Corte – rappresenta «una grande conquista civile delle società culturalmente evolute»⁹⁸.

D'altronde, «ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»⁹⁹.

Tuttavia, la trasparenza del disegno costituzionale – artt. 2, 3, 13 e 32.2 Cost¹⁰⁰. – volto a tenere insieme autodeterminazione terapeutica ed eguaglianza e solidarietà nei confronti dei “deboli” ed ampiamente partecipato da giurisprudenza e dottrina consolidate, non sempre vale da sé a garantire il diritto al rifiuto delle cure, che, anzi, ancora oggi, calato nelle stanze degli ospedali, nelle aule dei tribunali, nonché nelle camere del Parlamento, non poche volte traballa e fatica a trovare effettivo riconoscimento.

Quid iuris, allora?

Quali in concreto gli strumenti di intervento del giurista perché si restituisca all'Incapace il fatto dell'eguaglianza, *le droit à compensation*¹⁰¹.

problemi e linee di tendenza, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 59; S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008, p. 286.

⁹⁶ Corte costituzionale, 14-22 giugno 1990, n. 307, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990. In merito, *ex multis*, si vedano anche Corte costituzionale, 26 luglio 1979, n. 88; 9-22 ottobre 1990, n. 471; 15-18 aprile 1996, n. 118; 27 giugno-9 luglio 1996, n. 238; 10-19 luglio 1996, n. 257.

⁹⁷ «Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita», così si pronuncia con fermezza Cassazione civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Famiglia e diritto*, 2008.

⁹⁸ Tribunale di Roma, 15-16 dicembre 2006, in *Giurisprudenza di merito*, 2007.

⁹⁹ Cassazione civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Famiglia e diritto*, 2008.

¹⁰⁰ Si tratta dei principi costituzionali che, in generale, fondano il diritto all'autodeterminazione dell'individuo nelle scelte che riguardano la tutela del bene salute.

¹⁰¹ L'espressione trae ispirazione dall'esperienza francese e, in particolare, da una lettura della *loi du 11 février 2015* che si pronuncia *sur les personnes handicapées*, a tutela delle quali tratteggia una specifica e mirata



Tramontata la visione tradizionale degli status – anziano, disabile, minore, non senziante –, ridefinita dal progresso medico la nozione di capacità giuridica, prima e di salute, poi, - “salute identitaria” -, *quid iuris* perché l’incompetente al pari del soggetto competente possa partecipare del proprio progetto di esistenza che nella filosofia senza natura di Giovan Battista Vico¹⁰² sempre è dominato dal volere e dalla conoscenza dell’uomo.

In questo senso, viene in aiuto la ricostruzione critica della vicenda di diritto di Piergiorgio Welby prima e della vicenda giudiziaria altresì emblematica di Eluana Englaro poi, incapacità materiale l’uno, inabilità cognitiva l’altra. Ricostruzione critico-evolutiva che mette in evidenza come di fatto uno strumento di diritto già ora, in qualche modo, si trovi nelle mani del giurista, e si identifichi nello spirito dell’amministrazione di sostegno¹⁰³.

Strumento questo non trascurabile nella riflessione sulla morte opportuna e, in una prospettiva più lata, snodo determinante per il futuro di tutto il diritto privato e per la tutela dei soggetti deboli che, nel vichiano succedersi della storia, sempre e ancora si impone alla considerazione del giurista.

4.1 Ora, uno dei primi decreti di nomina dell’amministratore di sostegno, Tribunale di Roma, 22 dicembre 2004, afferma che «ricorrono i presupposti affinché la decisione in merito al consenso al trattamento sanitario venga rimessa all’amministratore di sostegno quando l’interessata non abbia la capacità naturale necessaria ad esprimere un consenso o

strategia, che si può sintetizzare nella ripetuto riconoscimento e attribuzione di un *droit à compensation* in favore del disabile.

¹⁰² P. STANZIONE, *Vico e la nuova concezione della persona*, in AA.VV., E.M. Marengi (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, 2014, pp. 193 ss.

¹⁰³ L’istituto dell’amministrazione di sostegno, introdotto in Italia con legge n. 6 del 2004, pur non abrogando il sistema tradizionale di protezione dei soggetti deboli del codice civile del 1942, ma lasciando viceversa in vigore, sia pure quali ipotesi soltanto “residuali”, i vecchi istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione, è la sintesi plastica di una nuova concezione, *melius* evoluzione, della figura del soggetto debole da proteggere. La riscoperta della centralità della persona umana, alla luce dei valori espressi dalla Carta costituzionale, ha condotto ad un sostanziale e progressivo ripensamento della categoria dell’incapace nonché dei suoi profili di carattere personale ed esistenziale - quasi integralmente mortificati dal legislatore del 1942 -. La *ratio* rivoluzionaria della disciplina è quella di “tutelare con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte dell’autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente” - art. 1 -. L’istituto dell’amministrazione di sostegno presenta, pertanto, un carattere flessibile ed elastico, che lo rende idoneo a rispondere adeguatamente alla varietà infinita di situazioni di debolezza e fragilità in cui può trovarsi un soggetto; è come un “vestito su misura” tagliato per far fronte alle differenti esigenze di cura della persona del disabile, psichico o fisico che sia. Si tratta, dunque, di una misura di protezione *ad acta*: l’amministratore di sostegno non è titolare del potere di compiere indistintamente tutti gli atti di cura e di gestione del patrimonio dell’incapace, com’è per la tutela; egli, piuttosto, è tenuto a compiere soltanto i singoli atti espressamente indicati dal giudice nel decreto di nomina. Per il resto, il beneficiario conserva la sua capacità di agire, a riprova del tentativo di promozione, valorizzazione e tutela della persona umana, di là dallo *status* di capace o incapace, P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 62 ss.; P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010-2011, I, pp. 138-160; P. STANZIONE, *Gli effetti dell’amministrazione di sostegno sulla capacità di agire*, in G. Autorino-V. Zambrano, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004, pp. 59-120.



un rifiuto consapevoli in relazione al trattamento chirurgico prospettato dai sanitari»¹⁰⁴. Ancora più significativamente, si specifica che «in relazione alla perdita della capacità autodeterminativa del beneficiario nel caso in cui il medesimo sia affetto da malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale irreversibile gravemente invalidante o malattia che costringa a trattamenti invasivi e permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscono una normale vita di relazione, il coniuge del beneficiario è autorizzato, in qualità di amministratore di sostegno, a negare il consenso ai sanitari che lo richiedano al fine di praticare un qualsiasi trattamento terapeutico»¹⁰⁵.

Da questa e da altra giurisprudenza di merito si ricava pacificamente che l'amministratore di sostegno possa rifiutare i trattamenti sanitari, quondanche salvavita, in nome e per conto del beneficiario incapace. Allora, se questa *regula iuris* è certa ed incontrovertibile per il soggetto incapace, *a fortiori* dovrebbe valere per chi è perfettamente abile cognitivamente e inabile soltanto nell'agire. A ragionare diversamente, si cadrebbe nella intollerabile contraddizione di discriminare i soggetti capaci in ragione di fatti accidentali, la tipologia di malattia, lo stato di avanzamento della patologia sofferta, o ancora il tipo di terapia praticata; con l'effetto altresì paradossale per cui «qualora il paziente ritenesse di non poter più sospendere la terapia, potrebbe essere indotto a non intraprenderla affatto, proprio per il timore che una volta iniziata non la si possa più interrompere e se ne debba quindi rimanere necessariamente prigionieri»¹⁰⁶.

Ancora una volta il principio di eguaglianza si interroga. È posto in discussione. Una condizione accidentale di impotenza fisica non può valere il sacrificio o la menomazione di un diritto costituzionalmente riconosciuto e garantito. L'effettivo esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica e del connesso diritto a rifiutare le cure mai può essere

¹⁰⁴ Si tratta per di più di uno dei primi decreti di nomina, Tribunale di Roma, 22 dicembre 2004, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, 11, pp. 2344 ss.

¹⁰⁵ Tribunale di Firenze, 22 dicembre 2010, in *Guida al diritto*, 2011, 23, p. 61. In argomento, G. SALITO, *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico. Nota a Tribunale Modena 13 maggio/5 novembre 2008*, in *Iustitia*, 2, pp. 207-218.

¹⁰⁶ C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 3, p. 1145, che argutamente pone in risalto quale ulteriore conseguenza paradossale la circostanza di fare del paziente un "prigioniero" delle sue stesse scelte. Su tale ulteriore effetto irragionevole, prestano il proprio autorevole contributo alla discussione G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche*, cit., Torino, 2012, p. 98; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, p. 347; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, pp. 261 ss. Ancora, con riferimento all'«etica della interruzione, per volontà del paziente, di un trattamento volto a garantire la sopravvivenza», H. JONAS, *Tecnica, medicina e etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino, 1997, p. 197, afferma che: «soltanto una cattiva sofistica può in questo caso equiparare il desistere da un ulteriore agire e l'agire, vale a dire il lasciar morire e l'uccidere, [poiché] l'impotenza del paziente, che lo mette alla mercé del medico, non dovrebbe pregiudicare il suo diritto in rapporto a quello del paziente in grado di muoversi, il quale può semplicemente alzarsi ed andarsene indisturbato [e] sarebbe tanto ingiusto quanto illogico far scontare al paziente "prigioniero" la sua impotenza fisica con la perdita di un diritto [cosicché] se egli dice "basta", bisogna obbedirgli; e impedimenti di natura sociale, che vi si opponessero, dovrebbero essere rimossi».



affidato alla vista cieca del Caso; ma piuttosto, da essa deve essere salvaguardato e garantito, rimuovendo quegli ostacoli di ordine economico e sociale, oltre che materiale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. È costituzionalmente dovuta – *ex artt. 2, 3 e 32 Cost.* – l'uguaglianza di trattamento tra i soggetti in grado di provvedere *ex se* al distacco del ventilatore artificiale e quei soggetti invece a ciò fisicamente incapaci; tali diseguaglianze suggeriscono la necessità che la Repubblica si attivi per attenuare tali differenze ora attraverso lo strumento legislativo ora – ove questo fosse carente – mediante un'opportuna e “salvifica” interpretazione degli istituti già vigenti¹⁰⁷, cosicché tutti, senza discriminazioni di capacità fisiche/tecniche, possano tracciare il proprio profilo, «il proprio “compasso individuale”»¹⁰⁸.

In gioco non è più soltanto la salute del paziente, ma anche la sua libertà morale. Il medico cessa di vestire il ruolo di guardasigilli di un vero e proprio dovere sociale del paziente di vivere ad ogni costo, tenuto come era ad adempiere al «dovere non solo morale, ma anche giuridico di praticare, sempre e comunque, tutte le cure necessarie per salvaguardare la vita del paziente»¹⁰⁹. In questo nuovo scenario, il medico diventerebbe garante non più soltanto della salute del paziente ma anche della sua libertà morale, *rectius* della sua libertà di cura, che si estende – a livello oggettivo/contenutistico - sino al diritto di non curarsi *ab origine* o di non essere più curato *in itinere* e – sotto il profilo soggettivo – anche al paziente che non è in grado da solo di esercitare siffatta libertà. Il dissenso del paziente alla prosecuzione di un trattamento sanitario, pur vitale, - com'è nel caso Welby -, non vale allora a far radicalmente venire meno la posizione di garanzia in capo al medico, ma è tale da mutarne sostanzialmente il contenuto, fino a far gravare su di lui il dovere di rispettarne e assecondarne la volontà¹¹⁰ e «di assecondarla nel modo tecnicamente migliore, se del caso anche attraverso la somministrazione di farmaci idonei ad alleviare le sofferenze – le c.d. terapie palliative -»¹¹¹, nonché attraverso la somministrazione di sedativi. La mancanza originaria o la revoca *ex post* del consenso allora lungi dal porre nel nulla la posizione di garanzia di cui è titolare il medico; comporta invece una rimodulazione degli oneri gravanti su quest'ultimo, da adeguare alla aggiornata dimensione dell'obbligo di protezione rispetto ad un paziente dissenziente; non più cioè quello di curare ad ogni costo e incondizionatamente per procrastinare una morte comunque inevitabile, quanto piuttosto

¹⁰⁷ M.C. MORELLI, *Un passo avanti per l'eguaglianza tra competenti e incompetenti*, in *Bioetica*, 2001, p. 280.

¹⁰⁸ A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano, 2011, pp. 102-103.

¹⁰⁹ F. VIGANÒ, *Dovere di cura e rispetto per la morte*, in *Politeia*, 2008, p. 98.

¹¹⁰ Nello stesso senso, con riferimento al medico penitenziario di fronte ai detenuti in sciopero della fame, D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 374; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 539. In giurisprudenza, individua un vero e proprio obbligo giuridico del medico di interrompere la somministrazione di mezzi terapeutici indesiderati, il Tar Lombardia, 22 gennaio 2009, n. 7, in *Guida al Diritto*, p. 86, con nota di A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 267.

¹¹¹ C. CUPELLI, *op. cit.*, p. 1171.



– quello di – esperire, a fronte di una prima manifestazione di dissenso, un tentativo di persuasione nei confronti del paziente, volto a «ricostruire un positivo rapporto fra tutela della salute e gestione del proprio essere, [atteso che] il riconoscimento di una libertà non coercibile [...] non esclude, ma anzi esige un continuo appello razionale alla consapevole assunzione di responsabilità verso se stessi, fin dove possibile»¹¹² e che, in ogni caso «lo scambio di opinioni [...] dovrebbe rappresentare il momento più importante dell'incontro tra il medico e il paziente»¹¹³. Di garantire i più generali doveri di sostegno morale, di assistenza psicologica e di cura in senso lato, così da evitare e il rischio di deprecabili prassi di abbandono terapeutico - «il cui rischio pare essere particolarmente diffuso proprio nelle società con sistemi sanitari altamente complessi e tecnologicamente avanzati»¹¹⁴ - e il pericolo che dietro un formalistico rispetto dell'autodeterminazione del paziente possa celarsi un'elusione di responsabilità, praticandosi di fatto l'abbandono¹¹⁵. Ancora, di assicurare al paziente la necessaria e corretta informazione, ulteriore a quella già necessaria per l'acquisizione del consenso iniziale al trattamento, in ordine al decorso e agli effetti connessi al rifiuto o all'interruzione delle terapie, per vincere quella che in ogni circostanza terapeutica è la fisiologica asimmetria di conoscenze tecniche e scientifiche tra medico e paziente. E da ultimo, laddove risulti certa la stabilità della scelta compiuta, di adottare le procedure più idonee all'interruzione stessa¹¹⁶.

In definitiva, si tratta di una notevole apertura. Non solo il riconoscimento del diritto del paziente di rifiutare le cure, ma ad un tempo anche l'enucleazione di un preciso dovere del medico, che si estende sino all'attuazione di questa volontà del paziente, che non è più in grado di provvedervi autonomamente, rimuovendo così l'impedimento materiale e garantendo l'eguaglianza nei diritti.

Il distacco del respiratore finisce per rientrare tra i doveri del medico nella nuova dimensione assunta dalla sua posizione di garanzia a fronte del rifiuto opposto dal paziente a quella terapia: non già fatto tipico non anti-giuridico, ma in radice fatto atipico, espressione della funzione di cura alla quale è vocato e tenuto il medico¹¹⁷.

¹¹² D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 374.

¹¹³ I. MARINO, *Credere e curare*, Torino, 2005, p. 76.

¹¹⁴ Sono le parole del Comitato Nazionale per la Bioetica, *parere "Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico"*, 24 ottobre 2008, p. 26. In dottrina, scorge tale rischio dietro ogni rifiuto di cure vitali, L. EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, pp. 128 ss.

¹¹⁵ S. ARGENTIERI, *L'ambiguità*, 2008, Torino, p. 88.

¹¹⁶ La somma di questi doveri «si inserisce in un dovere di cura più complesso, del quale fanno parte gli adempimenti possibili ed esigibili per accompagnare (prendersi cura) del paziente nel percorso innescato dall'interruzione dei trattamenti rifiutati», D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2007, 6, p. 1205 e più diffusamente D. PULITANÒ – CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, Nota a Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2008, p. 332.

¹¹⁷ «Al venir meno del presupposto dell'obbligo di cura corrisponde il sorgere dell'obbligo di omettere le cure», F. STELLA, *op. cit.*, p. 1018.



In definitiva, nelle ipotesi in cui il paziente libero e consapevole – come Welby era - rinuncia alla prosecuzione di un trattamento sanitario in atto, il diritto all'autodeterminazione del malato, che sia fisicamente dipendente o autonomo, assume la consistenza dei diritti dell'*habeas corpus*, del diritto all'intangibilità della propria sfera corporea. E posto che il corpo umano non può essere considerato avulso dalla persona, il rifiuto ai trattamenti sanitari è espressione del diritto all'intangibilità della propria sfera personale, che come tale non ammette discriminazione alcuna per la condizione di autonomia ovvero di dipendenza fisica del paziente competente. Uno Stato democratico non solo formalmente ma anche sostanzialmente personalista deve tutelare il diritto di ciascuno ad effettuare, nei campi diversi dell'agire umano - e quello della salute è di significativa importanza -, le scelte il più aderenti possibile al proprio intimo essere¹¹⁸, cosicché non si leda quella «sfera della personalità, fisica e morale, che è comunque inviolabile»¹¹⁹.

4.2 «Il quadro compositivo dei valori in gioco» si presta a mutare, e pure radicalmente, «quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza»¹²⁰. In tali ipotesi, prosegue la Suprema Corte di Cassazione, a chi deve esercitare lo *ius dicere* spetta ricostruire la *regula iudicii* nel solco dei valori costituzionali e tenendo in massima considerazione il principio di parità di trattamento.

La Corte, ai fini del giudizio, ritiene che sia preliminare «in ordine logico» muovere dalla volontà della persona, criterio fondamentale nella sfera dei trattamenti sanitari, e quale che sia la condizione attuale del paziente - cosciente e capace ovvero stabilmente incapace -. Il consenso informato, esprimendo «una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione che sui doveri del medico», costituisce fondamento e legittimazione dell'attività medica, in mancanza del quale il trattamento

¹¹⁸ «Il diritto all'identità personale tutela la persona proprio nella sua connotazione sociale, vale a dire nel suo essere capace di proiettare all'esterno quel bagaglio di esperienze, conoscenze gusti, opinioni, abitudini che fanno della singola esperienza umana una vicenda unica e irripetibile. In tal senso, la giurisprudenza ritiene che il diritto all'identità personale consenta di collocare la persona nel tessuto sociale in cui si svolge la sua personalità, esprimendo la “concreta ed effettiva personalità individuale del soggetto, quale si è venuta solidificando, od appariva [...] solidificarsi nella vita di relazione” (Cass. 26 giugno 1985, n. 3769). Per queste sue intrinseche peculiarità è del tutto evidente osservare come alla immutabilità del concetto di identità personale, intesa nella sua dimensione fisica, si contrapponga la necessaria variabilità del concetto di identità personale [...] che fa riferimento alla globalità delle caratteristiche e delle manifestazioni delle persone», P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 302.

¹¹⁹ V. ONIDA, *op. cit.*, p. 101.

¹²⁰ Cassazione civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 129 ss.



sanitario, pur se eseguito nell'interesse del paziente, deve sicuramente ritenersi illecito¹²¹: «la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi».

Il principio del consenso informato, ricostruito dalla Corte di Cassazione in termini generali come dato collegato alla dignità del malato e vincolante la legittimità e la liceità dell'intervento medico, ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione, segnatamente negli artt. 2¹²², 13¹²³ e 32¹²⁴ della Carta, nella Convenzione di Oviedo¹²⁵, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹²⁶ ed è «ben saldo nella giurisprudenza» della Corte stessa¹²⁷.

¹²¹ Al riguardo, merita specifica menzione Cassazione, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giustizia civile*, 2006, I, p. 802, richiamata dalla stessa pronuncia in esame, ove si statuisce che «la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, essendo del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del danno, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni», con la conseguenza che tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso.

¹²² L'art. 2, «che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità».

¹²³ L'art. 13 «che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990)».

¹²⁴ E da ultimo, l'art. 32 «che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze».

¹²⁵ In particolare, la Convenzione all'art. 5 pone la seguente «regola generale» - secondo la rubrica della disposizione -: «*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.*».

¹²⁶ Si noti la concordanza di riferimenti normativi, nazionali ed internazionali, con la pronuncia della Corte Costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, che è degna di nota per affermazioni inattese ed innovative allorché, concludendo la ricostruzione dell'istituto del consenso, ne afferma la «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione». Del passo riportato, ciò che rileva, per novità e significato, non è tanto il riconoscimento dell'autonomia del diritto al consenso informato rispetto al diritto ad essere curati - distinzione già fatta propria dalla giurisprudenza della Suprema Corte, in particolare, Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Diritto-civile.it* - quanto piuttosto il fatto che il Giudice delle Leggi per la prima volta affermi l'esistenza di un diritto autonomo all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso.

¹²⁷ Cassazione, 25 gennaio 1994, n.10014, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994; Cassazione, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro Italiano*, 1997, laddove si afferma che «dall'autolegittimazione dell'attività medica non può trarsi la convinzione che il medico possa, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente



Attraverso una tale interpretazione sistematica, i giudici della prima sezione civile della Corte, impegnati a pronunciarsi sulla vicenda Englaro, ricostruiscono in ambito terapeutico un concetto costituzionale di dignità in termini plurali e soggettivi, il cui contenuto non è fisso, determinato o determinabile a priori, sulla base di valutazioni mediche o anche morali di carattere generale ed a prescindere dai convincimenti e dalla volontà della persona, ma va ricostruito in termini variabili, valorizzando le più profonde convinzioni soggettive del paziente interessato. Questo criterio, qualificandosi nelle parole del Collegio quale «scelta morale di un agente morale», non costituisce una tra le varie opzioni possibili, concorrente con altri criteri o diritti, come il diritto alla vita, la dignità della persona o altro, ma è il criterio cardine e, come tale, non è suscettibile di soccombere in un bilanciamento con diritti di pari rango.

La condizione materiale di stabile incapacità di esprimere una volontà non è sufficiente – argomenta la Corte - a sovvertire la gerarchia che pone al vertice il principio del consenso informato e dell'autodeterminazione. «In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente. E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati»¹²⁸. Per

non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente». Più di recente, Cassazione civile, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giustizia civile*, 2006, I, p. 802, statuisce che «il trattamento eseguito senza previa prestazione di un valido consenso è in violazione “tanto dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione, quanto dell'art. 13 della Costituzione e dell'art. 33 della legge n. 833 del 1978, donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica».

¹²⁸ Nel quarto libro de *Le leggi* – quarto secolo a.C. -, Platone parla di due tipi di medici. I medici degli schiavi, schiavi a loro volta, si limitano – per così dire – ad “aggiustare uno strumento di lavoro” senza instaurare alcuna relazione con i malati: «nessuna ragione di ciascuna delle malattie di ciascuno di quegli schiavi nessuno di tali medici dà o ascolta, e prescritto ciò che par meglio alla loro esperienza, come se ne avessero scienza perfetta, fanno come un tiranno superbo e tosto si scostano e si dirigono ad un altro schiavo ammalato». Il medico dei liberi, al contrario, tenta di conciliare quello che oggi chiameremmo principio di beneficienza con l'autonomia del paziente: egli «tiene fin da principio [le malattie] sotto osservazione, come vuole la natura, dando informazioni allo stesso ammalato e agli amici, e insieme egli impara qualcosa dagli ammalati e, per quanto è possibile, ammaestra l'ammalato stesso. Non prescrive nulla prima di averne persuaso per qualche via il paziente, e allora si prova a condurlo alla perfetta guarigione, sempre preparando docile all'opera sua con il convincimento il paziente». Già a quel tempo, quindi, la decisione della persona sulla propria cura si lega strettamente alla sua libertà. *Mutatis mutandis*, una logica non così diversa si ritrova, a distanza di oltre duemila anni, in uno dei primi casi giudiziari in materia di consenso – *Mohr v. Williams* del



tale via, la Corte fonda la discussione giuridica in merito alla decisione clinica del paziente incapace sul principio di parità di trattamento, rispondendo in tal modo al dubbio di costituzionalità che più volte era stato prospettato (anche dalla difesa del padre-tutore, caso Englaro) per violazione del principio di eguaglianza tra i soggetti capaci e quelli non capaci.

Ed in questa prospettiva, che tenta di compiere un passo in avanti nell'eguaglianza tra competenti ed incompetenti e che valorizza la tutela delle scelte esistenziali dei soggetti deboli, si radicano le ipotesi di interesse in cui l'intervento dell'amministratore di sostegno è invocato a dar voce al soggetto divenuto incapace sulle proprie scelte di fine vita.

In particolare, è attraverso una serie di provvedimenti del Tribunale di Modena del 2008, esempi paradigmatici della sempre più diffusa *law in action* in campo bioetico e sanitario, che si è andata progressivamente strutturando un'originale forma di interazione tra la disciplina civilistica dell'amministrazione di sostegno, così come interpretata in sede curiale, e le disposizioni costituzionali relative al diritto di autodeterminazione terapeutica.

Nel provvedimento più rappresentativo di questo filone giurisprudenziale, Tribunale di Modena, 5 novembre 2008, si è affermata la legittimità della «nomina di un amministratore di sostegno per una persona attualmente capace e non affetta da alcuna patologia nota, su designazione della stessa, ai sensi dell'art. 408. 2 c.c., allo scopo di sostituirla, qualora intervenisse in futuro uno stato di incapacità, nell'espressione del diniego, già manifestato dall'interessato prima della nomina con scrittura privata autenticata, ad eventuali e future terapie invasive, in relazione a possibili malattie terminali o comunque ad uno stato patologico irreversibile». Soluzione, questa, che, facendo applicazione dell'art. 408. 2 c.c. – in forza del quale “l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata” –, è stata invocata per affermare l'assoluta superfluità di un intervento del legislatore volto a introdurre e disciplinare il cosiddetto testamento biologico. «Già esistono», ha detto il giudice in un *obiter dictum*, «il diritto sostanziale - artt. 2,13 e 32 Cost. -, lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà - l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408. 2 c.c. - e, infine, già esiste l'istituto processuale di cui avvalersi - l'amministrazione di sostegno -» per garantire il rispetto delle volontà in fase di fine vita¹²⁹.

Tale ricostruzione compiva senz'altro un passo in avanti nell'interpretazione innovativa della disciplina dell'amministrazione di sostegno come mezzo per l'affermazione

1905 – in cui la Corte Suprema del Minnesota afferma come «il primo e più importante diritto di ogni libero cittadino, che è alla base di tutti gli altri e che è oggetto di un generale accordo, è il diritto all'inviolabilità della persona o, in altri termini, il diritto a se stesso; questo diritto vieta rigorosamente al medico o chirurgo, per quanto esperto e di chiara fama, di violare senza permesso l'integrità fisica del suo paziente», C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2013, p. 206-207; ID., *Informed Consent and End-of-life Decisions: Notes of Comparative Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, 18, 3, p. 225.

¹²⁹ Tale considerazione ha suscitato durissime critiche, v. G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, 2008, 9, pp. 1825 ss.



dell'autodeterminazione nel campo delle *end-life decisions*. La novità di tali provvedimenti emergeva dal fatto che la nomina dell'amministratore avvenisse immediatamente nonostante l'inequivocabile condizione di integrità funzionale, intellettuale e fisica dell'amministrato, e nonostante la non imminenza di una circostanza tale da condurre alla situazione necessitante l'attivazione della misura protettiva. La nomina era quindi immediatamente efficace ai sensi dell'art. 405 c.c., pur essendo sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva, per cui il verificarsi di una specifica circostanza - la patologia e la contestuale incapacità di esprimere autonomamente la propria volontà - avrebbe dato effettivamente inizio allo svolgimento di un incarico teoricamente già avviato con il decreto di nomina¹³⁰.

La possibilità di nominare l'amministratore di sostegno in previsione di uno stato di incapacità non attuale e meramente eventuale, trova la propria *ratio*, oltre che nell'esigenza di rendere effettiva la tutela della salute ex art. 32 Cost., nello spirito rivoluzionario della legge n. 6/2004, nei novellati artt. 404 e 406 c.c., essendo «da lettera stessa della prima norma (...) a suggerire all'interprete che il legislatore ha individuato l'attualità dello stato di incapacità del beneficiario come presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche come requisito per la sua istituzione»¹³¹.

«Non vi sono valide ragioni per intendere il concetto di attualità della volontà in senso meramente e necessariamente cronologico, ovvero come sinonimo di contestualità [...], attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione»¹³².

Pensare quindi che la sola volontà espressa "in flagranza" sia effettiva e vincolante significherebbe privare il soggetto della propria identità biografica, rappresentando il dissenso terapeutico comunque la risultanza di un percorso di vita, di esperienze, ricerche,

¹³⁰ S. DELLE MONACHE, *Dell'amministrazione di sostegno, sub art. 404 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, (a cura di) L. Balestra, *Della Famiglia*, III, Torino, 2009, p. 208.

¹³¹ Come osserva G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, 4, p. 681: «Le norme sull'amministrazione di sostegno – in particolare la possibilità di una designazione anticipata da parte del beneficiario, corredata da indicazioni sulle modalità di svolgimento dell'ufficio – sono state utilizzate come cornice normativa attraverso cui tutelare il diritto all'autodeterminazione del paziente, che rischia di venire azzerato dal sopravvenire dell'incapacità di agire».

¹³² F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp. 108 ss.; ID., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 380 ss. Sul piano ermeneutico, la parte maggiormente innovativa di tale orientamento giurisprudenziale si ritrova nel punto in cui il decreto fornisce una lettura espansiva della normativa di riferimento costituita dal combinato disposto tra gli artt. 404, 406 e 408 c.c.: in particolare si sostiene che il tenore letterale dell'art. 404 c.c. dovrebbe suggerire all'interprete che l'attualità dello stato di incapacità di intendere e di volere sia presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche requisito per la sua istituzione, venendo tale interpretazione confermata non solo dal dispositivo dell'art. 406 c.c., che attribuisce la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, pur se dotato di piena capacità di agire, ma anche dall'art. 408. 1 c.c., che espressamente prevede la facoltà del beneficiario di designare, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità».



dolore e amore, che inducono l'individuo a compiere determinate scelte, le quali certo non possono essere trascurate o mortificate solo perché non manifestate in modo contestuale¹³³.

Tuttavia, una parte della giurisprudenza¹³⁴, in forza del combinato disposto degli artt. 404 e 408.2 c.c., e premessa la distinzione tra designazione dell'amministratore, attuata da parte dell'interessato tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata, e provvedimento di nomina del giudice, ha smantellato tale ricostruzione ed ha osservato che, mentre la designazione può essere realizzata dall'interessato, *ex ante*, in previsione della propria, eventuale e futura condizione di incapacità, per la nomina da parte del Tribunale si rende, invece, necessaria l'attualità dell'impossibilità del soggetto di provvedere autonomamente ai propri interessi.

La facoltà riconosciuta al soggetto *ex art.* 408. 1 c.c. è di per sé insufficiente a sortire l'effetto di istituire direttamente amministratore di sostegno la persona designata; occorre necessariamente il successivo intervento del giudice, essendo il negozio di designazione accessorio¹³⁵ al decreto di nomina dell'autorità giudiziaria. A produrre gli effetti definitivi della nomina, anche quando volontaria, è soltanto quest'ultimo, essendo il giudice il solo abilitato ad accertare la "impossibilità, anche parziale o temporanea di provvedere ai propri

¹³³ «Là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile [essendo sopravvenuta l'incapacità], si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l'identità della persona, intesa come convinzioni, concezioni di vita, preferenze comunque manifestate: è più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento», così P. ZATTI, *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 3, p. 149.

¹³⁴ Da ultimo Cassazione, 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Notariato*, 2013, 2, pp. 137 ss., secondo cui «L'art. 408 c.c. che ammette la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato. Nondimeno, non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psico-fisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto. Il codice civile stabilisce infatti che l'amministratore di sostegno è nominato dal giudice, per mezzo di apposito decreto, entro sessanta giorni dalla data di presentazione di relativa richiesta. Questa istanza potrà tuttavia essere presentata soltanto nel momento in cui l'evento inabilitante dovesse effettivamente verificarsi, non prima. Tale previsione può essere derogata solo in casi eccezionali di confermata gravità, ipotesi non integrata nel caso di specie». Analogamente, si è espresso contro la possibilità di nomina dell'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità dell'amministrato, in controtendenza rispetto alle decisioni di Modena, Tribunale di Verona, 4 gennaio 2011, in *Giurisprudenza italiana*, 2011.

¹³⁵ G. SALITO, *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 210; G. SALITO - P. MATERA, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2004, pp. 667 ss.: «l'accessorietà consiste precisamente nella idoneità della designazione preventiva ad accedere appunto al provvedimento del giudice tutelare che sancisce l'inverarsi delle condizioni di applicazione relative alla misura di sostegno».



interessi” di cui all’art. 404 c.c. e a verificare, quindi, l’inverarsi della condizione – lo stato di incapacità -, presupposto di efficacia altresì della fattispecie disciplinata dall’art. 408 c.c. Il solo limite che egli deve rispettare è il perseguimento dell’interesse del beneficiario.

Il negozio unilaterale di designazione, per quanto si sforzi, e in parte vi riesce, di restituire un potere di autodeterminazione alla persona in previsione della futura ed eventuale incapacità, non supera, tuttavia, il momento della individuazione soggettiva del legale rappresentante o assistente. «Certo, dunque, è il soggetto; incerto, al contrario, l’oggetto dei suoi poteri, affidato com’è “alla sensibilità del giudice tutelare”»¹³⁶.

Per tale via, allora, l’affermazione secondo cui l’interessato a norma dell’articolo 408.2 c.c. ben possa per esempio escludere trattamenti salvifici artificiali di mantenimento in vita in caso di stato vegetativo ne esce fortemente ridimensionata; così come ne esce fortemente delegittimata la pur invocata identificazione tra il testamento biologico e il negozio di designazione. Le due fattispecie si distinguono per presupposti e finalità: l’amministratore di sostegno «non può essere equiparato al fiduciario dell’attuazione delle direttive anticipate di un testamento biologico, se non altro per il fatto che il primo è comunque nominato dal giudice, mentre il secondo dovrebbe essere direttamente incaricato dall’interessato. Diversa è, inoltre, la funzione: composita quella del primo, assolutamente diretta a realizzare il diritto all’autodeterminazione quella del secondo»¹³⁷.

La disciplina propria dell’amministrazione di sostegno pur ampliata in via ermeneutica sino a comprendere la possibilità di direttive anticipate di sicuro non eguaglia le potenzialità del testamento biologico, assestandosi quale istituto complementare, non già succedaneo a quest’ultimo¹³⁸.

L’amministrazione di sostegno, pur rappresentando un passo avanti sicuramente notevole nella prospettiva di dare fondamento normativo alla possibilità di confidare sull’assistenza di una persona di propria fiducia nelle scelte terapeutiche, e di poter fornire indicazioni che andranno rispettate da parte di questa e dei medici curanti¹³⁹, non costituisce ancora e pienamente quella «soluzione a cui si aspira, vale a dire la certezza che le scelte fondamentali di vita della persona siano pienamente attuate, quand’anche la stessa abbia perduto la

¹³⁶ G. SALITO, *op. ult. cit.*, p. 211, che richiama E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008, p. 208, il quale, peraltro, evidenzia gli spiragli che la normativa sull’amministrazione di sostegno apre al testamento biologico in Italia.

In giurisprudenza, in merito viene in rilievo Cassazione, 20 marzo 2013, n. 6861, in www.neldiritto.it: «il criterio fondamentale che il giudice deve seguire nella scelta dell’amministratore di sostegno è esclusivamente quello che riguarda la cura e gli interessi della persona beneficiata. Tale criterio assicura a chi deve decidere una ampia facoltà di valutazione su quale sia il miglior soggetto da scegliere come amministratore per assicurare al massimo la cura degli interessi del beneficiario. Ciò trova conferma nell’art. 408, ultimo comma, c.c., laddove viene data al giudice tutelare la facoltà di scegliere, ove ricorrano gravi motivi, anche una persona diversa da quelle indicate dall’art. 408, primo comma».

¹³⁷ *Ivi*, p. 211-212; M. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Responsabilità civile*, 2008, pp. 589 ss.

¹³⁸ S. ROSSI- M. FOGLIA, *Testamento biologico*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, 2014, p. 679.

¹³⁹ F. G. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 213.



pienezza della capacità intellettuale e volitiva [...] nel rispetto, beninteso, dei valori di base dell'ordinamento giuridico»¹⁴⁰.

Così da riconoscere anche a chi capace non è quell'identità narrativa che - citando Ricoeur - mette in racconto gli eventi e le scelte essenziali di un'esistenza.

5. La complessa storia dell'Incapace nelle scelte di fine vita non può trovare allora "giusto" compimento senza percorrere - insieme, anche - la strada delle direttive anticipate, l'altro fondamentale strumento di "diritto" in grado di partecipare al raggiungimento della piena parità di trattamento tra i soggetti competenti e quanti invece non siano capaci di esprimere personalmente le proprie determinazioni. Le remore della tradizione sulla opportunità di una "volontà presunta", i dubbi sulla vincolatività di una volontà non più attuale, accresciuti dall'"ignoranza diagnostica", rischiano di incrinare il principio di autodeterminazione sancito dall'art. 32 Cost.

«Di qui l'importanza di una traccia della volontà.»¹⁴¹.

«Ma se non potrò mai considerare morto un essere che mi è caro, come si manifesterà la sua presenza? Nella sua volontà che io conosco e a cui rimarrò fedele»¹⁴².

L'autodeterminazione dell'individuo non si dà nel vuoto di relazioni e in perfetta solitudine. È una capacità libera di far incontrare i propri progetti di vita con le persone intorno e i progetti altrui. Elaborare disposizioni anticipate rispetto ai trattamenti sanitari al termine della vita permette alle persone di riflettere sulla propria vita alla luce delle relazioni intrecciate con gli altri e le altre, e permette di confrontarsi con il tema della sofferenza e del morire, quale condizione ineluttabile del vivere, e imprimere così il sigillo ultimo della propria identità.

Il testamento di vita ricomponne rinnovate relazioni di fiducia¹⁴³, legittimando qui e la persona che dia seguito alle convinzioni e alle indicazioni del vivere e del morire e, altresì, le azioni e le "omissioni" del medico curante.

¹⁴⁰ G. BONILINI, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, p. 200.

¹⁴¹ G. SALITO, *Autodeterminazione*, cit., p. 139.

¹⁴² M. KUNDERA, *Testamenti traditi*, tr. it. M. Daviero, Milano, 2009, p. 267.

D'altra parte, "I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione". Così recita l'articolo 9 della Convenzione di Oviedo, stipulata nel 1997 dai Paesi aderenti al Consiglio d'Europa e volta a proteggere i diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano dalle applicazioni della biologia e della medicina, che, tuttavia, in Italia, ancora attende il completamento dell'*iter* di ratifica - il deposito presso il Consiglio d'Europa dello strumento di ratifica, l. 145/2001. Nel tentativo di superare questa condizione di "limbo giuridico", tuttavia la suprema Corte di Cassazione le ha riconosciuto valenza di «ausilio interpretativo»: la Convenzione «dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme», Cassazione, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giustizia Civile*, 2007.



Il desiderabile ed il possibile si saldano nella medesima scelta di vita. L'intrinseca eticità del testamento biologico sta nell'essere in grado di realizzare l'incontro di volontà tra persona di fiducia e paziente, l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, proprio quando sarebbe altrimenti preclusa ogni prospettiva di dialogo. E' uno strumento necessario che consente alla solitudine del morente¹⁴⁴ – incapace - che non può decidere di incontrare la solitudine del medico che non sa decidere secondo i desideri del paziente. Squarcia la solitudine del morente, l'individuo si autodetermina, il paziente dialoga e collabora col medico ed il medico agisce rispettando la volontà così espressa. Sapere di essere considerati come un soggetto con una volontà propria, fino alla fine della vita e anche oltre, restituisce dignità alla persona, che non si sente più oggetto di manipolazione altrui, anche se “a fin di bene”¹⁴⁵.

Attraverso il testamento di vita, il disponente esprime molto più di un mero consenso – ‘ora per allora’¹⁴⁶ – finalizzato alla scelta di un trattamento sanitario in luogo di un altro, orientato com'è «alla protezione dell'identità, della dignità della persona, delle convinzioni morali e religiose» che «segnano il limite oltre il quale la medicina e le tecnologie non possono spingersi»¹⁴⁷. Molto di più di una specifica autorizzazione alla sottoposizione all'atto medico, il testamento di vita intende tutelare la libertà del disponente prima ancora della sua salute¹⁴⁸, e compie per ciò, in una prospettiva solidaristica, un passo avanti per l'eguaglianza tra competenti e incompetenti di fronte alle scelte di fine vita¹⁴⁹.

Il testamento di vita agevola la ricostruzione della volontà che non può essere attuale dato lo stato d'incapacità del paziente, realizzando in tal modo un'eguaglianza di trattamento e di

¹⁴³ «Perché, se è vero che le scelte intime e rigorosamente personali dell'individuo trascendono la sfera dei terzi (e, nella specie, del coniuge, dei genitori e dei figli), altrettanto innegabile è che le stesse si riflettono su di un contesto più ampio (la famiglia, appunto) ogni qualvolta riversino proprio su “quei terzi” non irrilevanti responsabilità decisionali», G. SALITO, *Solidarietà familiare e testamento biologico*, in G. AUTORINO STANZIONE, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, p. 607; P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia*, in *Famiglia*, 2001, 4, pp. 1097-1120.

¹⁴⁴ «Irena andò alla finestra per assaporare, nella calma ritrovata, la libertà della solitudine», M. KUNDERA, *L'ignoranza*, Milano, 2001, con questa suggestiva citazione S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pp. 99 ss., inaugura la sua riflessione sulla solitudine: «Non si parla più esclusivamente di un “diritto a essere lasciato solo”, ma piuttosto di [...] “un diritto a poter effettuare le proprie scelte di fine vita al riparo dal controllo pubblico e dalla stigmatizzazione sociale”, di un “diritto alla libertà delle proprie scelte esistenziali”, [...] di “un diritto a non essere semplificato, trasformato in oggetto, valutato fuori dal contesto”». N. ELIAS, *La solitudine del morente*, Bologna, 1985.

¹⁴⁵ L. TOMMASONI, - Pastora della Chiesa valdese -, *Contributo*, in AA.VV., *Dichiarazioni anticipate di volontà sui trattamenti sanitari. Raccolta dei contributi forniti alla commissione igiene e sanità del Senato della Repubblica*, 21 febbraio 2007.

¹⁴⁶ È l'«approdo logico del processo di valorizzazione del consenso informato», L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 104.

¹⁴⁷ G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo, Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2011, pp. 1883 ss.

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 1885.

¹⁴⁹ M.C. MORELLI, *op. cit.*, pp. 280 ss.



tutela dell'incapace rispetto a chi è capace di manifestare il suo consenso/rifiuto ai trattamenti sanitari. Mentre il soggetto capace può autodeterminarsi in ordine alle cure esprimendo il suo consenso o dissenso al medico, il soggetto che si trova al termine della sua esistenza e “sopravvive artificialmente” può veder rispettata la sua volontà solo tramite il testamento di vita. Il paziente capace pianifica le sue cure impartendo istruzioni nel testamento biologico, attraverso il quale la volontà previa viene custodita e proiettata *pro futuro*, cioè quando non potrà più essere rinnovata.

Il testamento di vita è un vettore, nel tempo, del diritto riconosciuto a ciascuno di pianificare le cure e le decisioni inerenti al fine vita¹⁵⁰. Trascorre la categoria del tempo.

In questa prospettiva, il testamento di vita si propone come il secondo fondamentale strumento – l'altro è la rappresentanza – a mezzo del quale la Repubblica adempie al compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità” e ‘restituisce’ all'Incapace la capacità di autodeterminarsi, di scegliere a quali trattamenti sanitari sottoporsi e quali rifiutare; gli restituisce, in breve, la capacità di redigere il proprio progetto esistenziale¹⁵¹.

Ed è proprio nella salvaguardia della dignità e della identità della persona umana da una parte, e nella promozione dello sviluppo della personalità, dall'altra, che si è scorto l'orizzonte valoriale dell'introduzione, anche nell'ordinamento giuridico italiano, del testamento di vita, per restituire anche a chi capace non è la verità dell'articolo 32.2 della Carta fondamentale.

¹⁵⁰ G. PIZZETTI, *op. cit.*, pp. 69 e 93 ss. Secondo l'Autore, il tenore letterale dell'art. 32 Cost. non pare, dunque, costituire un ostacolo al riconoscimento di un diritto alla pianificazione anticipata delle cure, quale logica estensione del diritto alla libertà di cura in caso di incapacità sopravvenuta, consentendo altresì di individuare il rappresentante chiamato a interloquire con i medici - a cagione dell'impossibilità per il diretto interessato di continuare a farlo autonomamente in prima persona -; G. SALITO, *I modelli stranieri*, in AA.VV., *Il testamento di vita e il ritorno della autonomie. Per una dignità giuridica in previsione dell'incapacità*, Milano, 2005, pp. 41-50.

¹⁵¹ Del resto, il venir meno o la riduzione della capacità di intendere e volere non può certo comportare la perdita o l'affievolimento del diritto fondamentale alla salute “identitaria”, di cui *supra*. Si violerebbe altrimenti il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione sancito dalla Costituzione, dalla CEDU, e più nello specifico, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. L'articolo 14 della CEDU impone di assicurare il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione senza distinzione di alcuna specie. L'articolo 2 della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, stabilisce che “per discriminazione fondata sulla disabilità si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, e il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo sociale, economico, culturale civile o in qualsiasi campo”. Altre due norme della medesima Convenzione che interessano il nostro tema sono l'articolo 3 che indica, tra i principi generali, “il rispetto per la dignità intrinseca, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone” e l'articolo 10 secondo cui” gli stati parti riaffermano che il diritto alla vita è connaturato alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri”.



In un mondo “fuori misura”, in cui le categorie del tempo e dello spazio, del giusto e dell’ingiusto, della vita e della morte, sembrano smantellarsi giorno dopo giorno, si staglia come nuova e insieme vecchia categoria, quella dell’eguaglianza. L’impegno dell’eguaglianza materiale. L’inclusione, materiale e spirituale.

Nelle scelte di fine vita, se la dignità è chiamata di volta in volta a rivestire ruoli di segno radicalmente opposto, impossibile com’è da cristallizzare in una formula giuridica¹⁵², e se il diritto all’identità personale si connota, dal canto suo, per una «intrinseca mutevolezza» e «capacità o potenzialità mutanti»¹⁵³, è la misura dell’eguaglianza che attraversa come un filo rosso l’istanza del morire, mette d’accordo e ordina regole di libertà.

La categoria dell’eguaglianza trascorre «dalla persona al diritto, dunque». E «dal diritto alla persona»¹⁵⁴.

E pretende un *vóμος* che sappia cogliere «il respiro della ragione dell’uomo»¹⁵⁵, e che vada cercando regole di libertà, e non altro.

«Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente, l’individuo è sovrano», scrive John Stuart Mill in *La libertà*.

Il testamento biologico potrebbe realizzare questa regola di libertà¹⁵⁶.

¹⁵² «I principi sono norme per loro natura aperte agli sviluppi del futuro. Se la Costituzione Italiana (art. 27.3) vieta le pene contrarie al “senso di umanità”; se la Costituzione statunitense (VIII emendamento) vieta le pene “inusuali e crudeli”, e non sono state proibite, analiticamente, la fustigazione, la tortura, la gogna, ecc., è perché era nell’ intenzione dei costituenti che quelle formule vivessero nel futuro. I principi contengono concetti (umanità, dignità, uguaglianza, libertà, ecc.) che (secondo la distinzione di R. Dworkin) vivono attraverso le loro “concezioni”, mutevoli nel tempo. Onde, si può fondatamente dire che “la costituzione vivente”, cioè l’ apertura all’ evoluzione della cultura giuridica, è, per l’ appunto, ciò che rientra nell’ interpretazione dei padri costituenti, quando si esprimono per mezzo di norme di principio. Ci sono formule costituzionali che traggono il loro significato direttamente dai valori che emergono dalla civiltà di una società e non possono fissarsi in una formula: tra questi valori vi è la dignità umana», G. ZAGREBELSKY, *Relazione in occasione dei cinquanta anni di attività della Corte Costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁵³ G. ALPA, *La persona fisica*, 1, in G. Alpa-G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, 2006, p. 102.

¹⁵⁴ P. STANZIONE, *Costituzione*, cit., p. 314, «del resto, se “la persona identifica l’uomo che è, che esiste giuridicamente” - “l’essere è ciò che è” sosteneva già Parmenide qualche millennio fa -, il legislatore non può che seguirne la continua evoluzione, ora soffermandosi sulla fase iniziale della sua vita (si pensi alla l. n. 40/2004 e, prima, alla l. n. 194/78), ora seguendone la crescita (nel caso del minore) od “amministrandone” la quotidianità (secondo quanto si richiede all’amministratore di sostegno, al tutore, al legale rappresentante); [...] ora, infine, accompagnandola nella fase ultima dell’esistenza».

¹⁵⁵ È il monito del giovanissimo costituente Aldo Moro, «il tema dei diritti è centrale nella dialettica politica. Di fronte a questa fioritura, la politica deve essere conscia del proprio limite, pronta a piegarsi su questa nuova realtà che le toglie la rigidità della ragione di stato per darle il respiro della ragione dell’uomo».

¹⁵⁶ «Il cuore della libertà è rappresentato dal diritto di definire il proprio concetto di esistenza, del suo significato, dell’universo e del mistero della vita umana. Se le opinioni relative a questi argomenti fossero imposte dallo Stato, non sarebbe possibile autodeterminare la propria volontà», S. AMATO, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990- 2005. Quindici anni di impegno*, Roma, 2005.