

CAPITOLO I

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL PROBLEMA

Il tema di cui si discute, nella sua dimensione giuridica, si dirige “*al cuore del problema libertà*”¹, inficiando infatti il dettato costituzionale fin nella radice della tutela della persona, della dignità, della vita. Le domande sono tante e si affollano ad un tempo nella mente: fin dove può arrivare l’autodeterminazione? Si possono ricomprendere al suo interno atti autolesivi o ancor più specificamente, atti autodistruttivi?

Ancora un problema appare all’orizzonte giuridico a volere ammettere tali possibilità: conformare il tessuto normativo con il quadro interpretativo dello schema dei valori pre-costituzionali – o che, come in questo caso, sembrano essere fuori-costituzionali. Il riferimento va, da un lato agli articoli cardine che si rinvergono nella costituzione: artt. 2, 3, 13 e 32; e dall’altro lato in riferimento alle norme rintracciate nei codici vigenti: “omicidio del consenziente” (art. 579) e “istigazione o aiuto al suicidio” (art. 580) nel codice penale, e art. 5 c.c.: “atti di disposizione del proprio corpo”.

Si guardi alla Costituzione repubblicana. L’argomento principe cui fare riferimento è naturalmente la disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo, presupposto fondamentale per potere poi vagliare l’eutanasia, che non trova, però, una esplicita trattazione nella costituzione. Tuttavia diversi sono gli elementi che ne attestano la presenza. Bisogna, innanzitutto, fare riferimento all’art. 2 Cost. – e non meno all’art. 32 che ne è specificazione – e all’art. 13 come fonte principale della materia. Sembra infatti che nelle idee dei costituzionalisti la disponibilità del proprio corpo fosse implicita nell’affermazione della libertà personale che, nel testo costituzionale, assume il significato minimo di possibilità di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico².

Si ponga specifica attenzione all’art. 32 della Costituzione. Occorre notare preliminarmente come nel corso dell’ultimo secolo si è assistito all’incredibile progresso della scienza medica e alla corrispondente sensibilizzazione pubblica nei confronti delle cure mediche, che ha portato all’aumentata richiesta del paziente di ottenere informazioni sui trattamenti che lo riguardano e

¹ Amato G., “Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?”, in *Pol. Dir.*, 1990, p. 47.

² In verità un argomento diffuso tende a ridimensionare la portata dell’art. 13 Cost. di modo da tutelare la disponibilità del corpo nei confronti di limiti e vincoli posti dai soli organi statali, escludendo quindi ogni altra relazione estranea a questa individuo-autorità pubblica.

contemporaneamente è emerso il desiderio del paziente di esprimere il proprio parere o l'eventuale rifiuto a tali cure. Così si è andato consolidando in dottrina il principio del “*consenso informato*” per ogni trattamento sanitario³, e nonostante vi sia ancora chi predichi un principio di doverosità in casi di compromissione di funzionalità essenziali o della stessa vita⁴, il testo positivo della Costituzione, all'art. 32, non lascia spazi di discussione dal momento che qualifica gli “interventi obbligatori” come “tassativi” e eccezionali rispetto alla dimensione individuale e “consensuale” della salute, e in generale all'intera costruzione costituzionale che si basa sulla autonomia individuale⁵.

Il passaggio decisivo dell'evoluzione culturale italiana (e non solo) è il seguente: la volontà della persona nei rapporti con i medici (il consenso preceduto da informazione) non è più considerata soltanto una causa di giustificazione (e cioè un modo di escludere che l'intervento del medico possa essere considerato un reato secondo i consueti canoni scolastici degli artt. 610, 613, 582 e 583 del c. p.), ma viene inteso, in primo luogo e principalmente, come un'espressione di un diritto fondamentale della persona, della sua libertà di decidere in ordine al proprio corpo.

La trasformazione è radicale, perché, mentre il consenso come causa di giustificazione può non essere necessario, se è presente altra causa di giustificazione (come la legittima difesa o lo stato di necessità), il diritto fondamentale di ogni individuo di autodeterminarsi rispetto al proprio corpo e alla propria vita non tollera surrogati. Lo stato di necessità e la dottrina della necessità cessano di essere il veicolo giuridico di una visione morale particolare, che si pone come la chiave di volta, la misura e la regola universale degli atti in medicina, e appaiono ora chiaramente come una particolare opzione morale, che può essere vincolante solo per chi la condivide e che non può essere imposta.

Alla luce di questo, il diritto a non curarsi non può mai essere considerato incompatibile con valori preordinati alla persona, soprattutto nei casi (come quelli in considerazione) dove la diminuzione dell'integrità fisica non è una libera scelta quanto invece la conseguenza di un processo patologico naturale. Un conto è, ad esempio, sostenere con simili argomenti una presunta “libertà di drogarsi”, un altro è considerare queste particolari situazioni personali; mentre nel primo caso si tratta di un comportamento autodistruttivo – l'assunzione di stupefacenti costituisce di per sé un effetto negativo; chi decide invece di non sottoporsi a delle cure, interrompendole o non iniziandole agevola un processo che è indipendente dalla sua volontà. Allo stesso modo, e d'altra parte, spingere il ragionamento fino alla conseguenza di trovare un pretestuoso nesso tra un “dovere” di stare in salute e l'adempimento degli altri doveri costituzionali (difesa della patria, contribuzione alle spese pubbliche, istruzione ed educazione dei figli, ecc.)⁶ – insomma i primi in funzione dei secondi, compromette fortemente la dignità e l'autonomia dell'individuo, con violazione diretta dell'art. 32 Cost., ribaltando successivamente l'intero sistema dei principi costituzionali. Al massimo si potrà parlare di un dovere morale alla salute, quasi con un parallelo con il dovere al lavoro, ma senza possibilità di coercizione; d'altro canto se è unanimemente ammesso che la disoccupazione non può essere impedita – se non nella forma indiretta dell'esclusione dagli interventi assistenziali, come lo si potrebbe ammettere invece a proposito del dovere di curarsi?

Mantenersi in salute, decidere se sottoporsi a trattamenti medici o rifiutarli, resterà sempre una scelta di autodeterminazione del soggetto⁷, esuleranno soltanto alcuni, eccezionali, casi in cui la legge si sostituirà a questa volontà, ma con gli insuperabili “*limiti imposti dal rispetto della persona umana*” (art 32 co. 2 Cost.). Tali limiti possono, però, essere interpretati in maniera diversa a seconda del punto di vista preso in considerazione. Si può ritenere il principio della prevalenza degli

³ D'Arrigo M., *Autonomia Privata e Integrità Fisica*, Milano, 1999.

⁴ Iadecola, Fiori, “Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto “diritto a morire”, criteri per l'accertamento del nesso di causalità”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, pp. 313-315.

⁵ In senso contrario v. le riflessioni di Pelagatti G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995.

⁶ Gustapane A., “La rilevanza giuridica dell'autolesionismo”, in *Iustitia*, 1991, n. 150.

⁷ Varani E., “I trattamenti sanitari tra obbligo e consenso”, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 1991, n. 98.

interessi collettivi su quelli individuali, così il sistema normativo costituzionale sarà ricostruito per confermare la vigente legislazione ordinaria, perpetuando una visione della solidarietà e della libertà individuale completamente asservite alle esigenze collettive. Viceversa, assumendo che l'ambito della libertà di autodeterminazione della propria salute sia comprensivo anche del diritto ad essere malato e a rifiutare qualsiasi intervento sulla propria persona, coerentemente col principio personalistico, il limite in parola deve essere inteso in modo che i trattamenti imposti possano essere giustificati quando non tendano esclusivamente alla salute del singolo ma rispondano ad un interesse collettivo messo in pericolo dal cattivo stato di salute del paziente.

Quindi il collegamento tra libertà personale, diritto alla salute e sviluppo della persona umana, così come individuato dagli artt. 2, 13, 32 Cost. al fine di disporre liberamente del proprio corpo⁸, trovando avallo anche in alcune decisioni della Corte Costituzionale⁹, permette di considerare attuabile comportamenti che possono considerarsi come “eutanasia passiva volontaria”.

⁸ Negano questo collegamento, rilevando che nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente non si accennasse ad una possibile interdipendenza di tali norme: Montuschi L., Vincenzi-Amato D., “Art. 32 Cost.”, in *Comm. Cost. Rapporti etico-sociali artt. 29-34*, a cura di Branca G., Bologna-Roma, 1976.

⁹ Corte Cost., sent 471 del 1990, relativa all'ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo su persona (art. 696, primo comma, c.p.c.) nel caso in cui sia da svolgere sul corpo stesso di chi la richiede. Si veda anche: *Cass.* 25 luglio 1967, n. 1950, in *Arch. Resp. Civ.*, 1968, 907, che pose a fondamento della vita e incolumità fisica del paziente l'art. 13 Cost.

CAPITOLO II

DAL DIRITTO AL RIFIUTO DELLE CURE AL DIRITTO A ESSERE ASSISTITI NELLA MORTE

Accertata l'esistenza di un "diritto a rifiutare le cure" anche fino alle estreme conseguenze, il problema si sposta su un terreno più spinoso. La domanda è se sia possibile estendere questa pretesa di morte fino al punto in cui l'evento eutanasi è cercato volontariamente – e infine trovato, mediante l'assunzione di una sostanza o di un farmaco (verosimilmente indolore), con l'aiuto o l'assistenza di un medico.

Su questo dilemma si è protratta una progressione che vede la trasformazione della 'semplice' scelta di non curarsi o di interrompere le cure, in eutanasia attiva indiretta e poi diretta fino, in alcuni casi, in eutanasia attiva non-volontaria.

Nel dettato costituzionale non esiste una norma che indichi la presenza nel nostro ordinamento di un diritto a morire, né tanto meno si può sostenere ciò in base ad una presunta interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost. facendo rientrare il diritto a morire nei diritti inviolabili¹⁰. Si obietta, a volere riconoscere un diritto a morire che si dovrebbero conseguentemente approntare i mezzi per l'esercizio di tale diritto o quantomeno si dovrebbe rinunciare alla punizione di colui che aiuta chi esercita direttamente tale diritto.

In verità il riconoscimento di una libertà di morire non richiede necessariamente la definizione di un autonomo e differenziato diritto a morire come posizione giuridica soggettiva logicamente distinguibile dal diritto alla vita. Il fondamento normativo di tale esperienza umana quale è la morte deve essere ricercato tra le posizioni di diritto soggettivo a carattere positivo, ed in particolare nel diritto alla vita. Se la morte appartiene alla vita allora non c'è bisogno di configurare una apposita posizione giuridica. Così come la vita è un diritto di libertà, altrettanto la morte, che è parte di essa.

Dalla analisi delle proposte di normazione dell'argomento¹¹ si può ricavare, nella maggior parte dei casi, una generale assimilazione delle due ipotesi (eutanasia attiva e passiva, ma sempre

¹⁰ La tutela del c.d. diritto a morire viene generalmente ricondotta nell'ambito di diretta applicazione del diritto alla salute, ed in particolare nel diritto a rifiutare le cure quale sua estrema ipotesi. Tuttavia ciò non è da tutti condiviso, si obietta che non sia possibile il rifiuto di terapie salvavita perché questo comporterebbe il riconoscimento di un diritto a disporre della vita fino alla morte. Così: Iadecola G., "Diritto a morire e potestà medica di curare", in *Cass. Pen.*, 1997, pp. 3661 e segg.

¹¹ Cfr. *amplius* parte 4.

volontaria), visto che non si tratta semplicemente di una scelta tra vita e morte, ma tra sofferenza e non sofferenza¹² – dato per scontato che i casi d'applicazione siano sempre “terminali”. Il punto centrale risiede nella volontarietà di entrambe le scelte, in ogni caso, cioè, è il paziente a richiedere la sospensione delle cure o la somministrazione di un farmaco letale con l'ausilio del medico. La distinzione tra omissione e commissione, a volere seguire quindi queste teorie, sarebbe soltanto fittizia¹³.

A questi ragioni si può obiettare con facilità su diversi fronti.

Innanzitutto si tratta nel caso specifico di casi limite, che la legge non può (naturalmente) prendere in considerazione¹⁴. Infatti argomentando nella media dei casi non è più sostenibile l'assunto della identità tra omissione e commissione. Esse sono situazioni assolutamente differenti tanto nella relazione tra atteggiamento psicologico ed evento quanto nella struttura. Nei casi di assistenza al suicidio (i.e.: eutanasia attiva volontaria), è necessario e determinante l'intervento agevolatore del medico che si prefiguri concretamente la morte del suo paziente mediante la somministrazione di un farmaco. Chi ha voluto vedere un simile atteggiamento anche nel rifiuto di cure si sbaglia: qui il medico, intervenendo, accelera un percorso già stabilito ed al massimo posticipabile; in più non si tratta di un provvedimento dagli effetti immediati e ineliminabili (come lo sarebbe invece il farmaco letale), anzi, permetterebbe perfino un ripensamento del paziente o un intervento *in limine* del medico stesso.

In secondo luogo, l'azione del medico inficerebbe alla base la possibilità di scelta libera e volontaria del paziente in ordine alla propria “fine”; questo si trova infatti in una posizione di debolezza-dipendenza nei confronti dell'operatore sanitario¹⁵. Costui ha maggiori informazioni e conoscenze del paziente, anche quando questo sia messo a parte della sua situazione patologica; in più il malato è influenzato nelle scelte dal medico. Il sanitario è comunque soggetto a limiti ed errori di valutazione che impedirebbero una cosciente presa di posizione nei confronti di un atto irreversibile. Questo rischio potrebbe torcere i presupposti soggettivi dell'eutanasia contro i malati.

C'è anche da riportare l'argomento del “pendio scivoloso” (“*slippery slope*”)¹⁶ di origine statunitense. Questo indica l'avanzamento dei confini di ammissibilità della pratica eutanassica. In altre parole: accettare che il diritto alla vita e la sua disponibilità siano legati a convenienze temporanee ed al nostro interesse, pone la vita stessa su un terreno molto instabile, dove la dimensione valutativa può subire pesanti condizionamenti da standard e modelli in un percorso di semplificazione svalutativa. In una logica efficientistica e funzionalistica, quindi, potrebbe apparire verosimile (potrebbe!) che assieme a un malato terminale o inguaribile afflitto da sofferenze insopportabili si cominci a praticare l'eutanasia (in questo modo ampiamente giustificata) su bambini gravemente malformati, affetti da sindrome di Down, ritardati mentali, fino a fare diventare, il consenso del soggetto passivo – non più paziente, un requisito non indispensabile, qualificando una pratica del genere come eutanasia attiva non-volontaria (da non confondere assolutamente con quella involontaria).

Infine l'atto eutanassico travolge definitivamente l'intera esistenza, facendo della morte il suo obiettivo diretto, non limitandosi alla semplice rinuncia di un esito procrastinabile ma comunque inevitabile. Questo mutato concetto di “diritto a morire” si scontra inevitabilmente con il diritto all'autodeterminazione individuale e sulla libertà stessa nei suoi significati logici e giuridici. Insomma, come in precedenza dimostrato, la possibilità di decidere il “*se*” e il “*come*” della propria morte contiene una contraddizione insuperabile: quella di scegliere liberamente di non essere liberi,

¹² Azzone G. F., “La rivoluzione dell'etica medica. Il principio di autonomia e la concezione evolucionistica”, in *Bioetica*, 1/1999, p. 64.

¹³ Algostino A., “I possibili confini del dovere alla salute”, in *Giur. Cost.*, 1996, p.3219.

¹⁴ In senso parzialmente contrario: Maffettone S., *Il valore della vita. Un'interpretazione filosofica pluralista*, Milano, 1998, per il quale: “*volendo discutere sul valore della vita, i casi critici sono importanti*”.

¹⁵ A questo riguardo, cfr.: Lorenzetti L., “Il diritto a morire con dignità: un triplice esito”, in Savoldi V. et al., *Oltre l'eutanasia e l'accanimento. Politica, scienza e morale*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1991: “*La persona è essere in relazione, quello che il soggetto pensa di sé è condizionato da quello che gli altri pensano di lui [...]*”

¹⁶ Lamb D., *Down the slippery slope*, New York, 1984.

anzi di annullarsi completamente. Come afferma Peces-Barba, se il personalismo richiede la libertà individuale “*che ci permette (ora e in avanti) di essere autonomi, indipendenti e moralmente liberi, come può ammettersi una libertà che comprenda il diritto di sopprimere (per il futuro) la stessa libertà?*”¹⁷.

Abbiamo dunque visto che: il diritto di vivere come diritto di libertà non potrà mai tramutarsi in un dovere giuridicamente sanzionabile, ma al più un dovere morale, ed altrettanto si può argomentare rispetto al diritto a morire come speculare al primo; volere espandere il diritto a morire per giustificare persino la condotta di terzi, non è semplicemente un passo indietro dal diritto soggettivo, quanto una pericolosa adulterazione del significato dei diritti.

Se quindi è possibile, con gli argomenti che sono stati esaminati indietro, definire un “diritto a morire” nell’accezione del “*right to refuse medical treatment*”; non appare giustificabile invece l’alternativa più critica che è assoluta, irreversibile e incontrollabile.

¹⁷ Peces-Barba G., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it., Milano, 1993.