

# Su taluni problemi (bio-)giuridici delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento. Brevi cenni per un primo «schema» di riflessione

Rudi Di Marco

## ABSTRACT

*Il problema delle disposizioni di trattamento impone di capire preliminarmente che cosa si intenda per patologia e che cosa si intenda per terapia. Esso impone anche di comprendere quali siano i limiti e/o i criteri per l'esercizio dell'autodeterminazione soggettiva relativamente alle scelte che riguardano il proprio corpo e la propria vita.*

*Astrattamente si contrappongono due modelli di riferimento: quello volontaristico e quello realistico. Essi, a loro volta, si declinano secondo due paradigmi valoriali: quello del bene-in-sé e quello del benessere-per-sé. Il «rapporto», poi, tra Stato e individuo consente di definire, in relazione a ciascun modello e a ciascun paradigma, il riferimento concettuale sul piano politico-giuridico.*

The problem of the living wills requires to understand what is meant by pathology and what is meant by therapy. It also requires us to understand the limits and/or the criteria for the exercise of self-determination with regard to the choices concerning the body and the life.

In the abstract there are two reference models: the voluntary and the realistic one. They, in turn, are

## SOMMARIO.

1. QUESTIONE PRELIMINARE: POTERE, DIRITTO, LIBERTÀ. IL PROBLEMA DEL C.D. DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE. 1.1. AUTODETERMINAZIONE DELL'ESSE E AUTODETERMINAZIONE DEL VELLE. QUALE DIRITTO? 2. FISIOLOGIA E PATOLOGIA NELL'ORGANISMO UMANO TRA REALTÀ DELL'ORDINE ED EFFETTIVITÀ DEL DISORDINE. 3. CENNI SULLA «GRAMMATICA» DEL C.D. INTERVENTO MEDICO. 4. RIFIUTO DELLE CURE ED EUTANASIA. ALCUNE BREVI PRECISAZIONI. 5. CONCLUSIONE.

declined according to two value paradigms: that of the good-in-itself and that of well-being-for-itself. The «relationship» between State and individual, allows to define, in relation to each model and each paradigm, the conceptual reference on the political-juridical plane.

## PAROLE CHIAVE

TERAPIA; PATOLOGIA; SALUTE;  
DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE;  
EUTANASIA; CONSENSO INFORMATO;  
RAPPORTO PAZIENTE-MEDICO.

## KEYWORDS

THERAPY; PATHOLOGY; HEALTH;  
SELF-DETERMINATION RIGHT;  
EUTHANASIA; INFORMED CONSENT;  
PATIENT-DOCTOR RELATIONSHIP.

CONSIDERAZIONI «A MARGINE» DELLA LEGGE 219/2017 (NORME IN MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DI DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO).

---

Il testo propone, corredato di un minimo apparato critico, il contenuto di una Lezione che l'Autore di esso ha tenuta il giorno 24 Novembre 2017, nell'ambito della Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova, su invito del Direttore.

1. QUESTIONE PRELIMINARE:  
 POTERE, DIRITTO, LIBERTÀ.  
 IL PROBLEMA DEL C. D. DIRITTO  
 DI AUTODETERMINAZIONE. CENNI<sup>1</sup>.

È noto che il tema del diritto all'autodeterminazione rappresenti una tra le questioni di maggiore rilievo sia per la riflessione politico-giuridica del nostro tempo, sia per gli aspetti applicativo-operativi legati alla c.d. pratica del diritto. Altrettanto è noto, però, che il tema in parola spesso assuma connotazioni equivocate e si presti a trattazioni contraddittorie, anche rispetto alle stesse premesse dalle quali esso pur germina. Il «diritto» all'autodeterminazione, infatti, per come viene trasversalmente inteso dalla *post-modernità* politico-giuridica, si condensa in un *μᾶλλον*-diritto dell'individuo all'esercizio di qualunque opzione egli intenda realizzare per sé stesso e su ciò che afferisce alla sua propria sfera di signoria. Si tratta, dunque, di un diritto di e alla libertà negativa, o – per usare una «immagine» proposta da Rodotà<sup>2</sup> – di una prerogativa sovrana che l'individuo stesso ha e/o rivendica su e per sé medesimo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Questo paragrafo, scritto sulla traccia della parte introduttiva di un nostro contributo già pubblicato in una rivista cilena nel 2017 (cfr – *si vis* – R. Di Marco, *Il dogmatismo dell'autodeterminazione «giuridica» contemporanea. Il diritto di autodeterminazione quale problema gius-filosofico*, in *Derecho Público Iberoamericano*, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2018, 12, pp. 99 – 120, in particolare pp. 100 – 104), riprende per cenni un tema da noi ampiamente trattato in una nostra recente monografia (cfr – *si vis* – R. Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, 2017). Il testo quivi presentato, dunque, non svilupperà compiutamente i problemi che pur esso considera, ma si limiterà a qualche indicazione «di base» e a qualche richiamo generale, al solo fine di agevolare il Lettore nella comprensione del nostro pensiero.

<sup>2</sup>Ma – se così possiamo dire – ripresa da Paolo Zatti (che Rodotà stesso cita), il quale parla di “riserva di sovranità” a favore dell'individuo, fondata sulla “sottrazione di una parte di ciò che è originariamente ‘mio’ alla cessione di sovranità del contratto sociale; che è poi il significato originario di ‘privato’, *privus*, un confine dentro al quale non entra il potere della *res publica*” (P. Zatti, *Principi e forme del «governo del corpo»*, in S. Rodotà – P. Zatti, (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, II, p.125).

<sup>3</sup>Rodotà – come è noto – scrive che “nel complesso passaggio dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata [...] si

Tale «diritto», nella sua proteiformità, sia genetica, sia funzionale, è concepito – proprio al pari del c.d. potere sovrano<sup>4</sup> – come *ab-solutus*, cioè esso nasce come potere del soggetto di agire senza che la sua azione sia intrinsecamente normata da una regola e/o da un criterio informatore intrinseci. Ciò significa che, *ex latere subiecti*, esso sia un diritto anarchico, anche se, *ex latere obiecti*, esso medesimo sottostà alla regola geografica del proprio limite operativo, ovvero sia esso incontra un *non plus ultra*, esterno ed estrinseco, rappresentato dalla identica, anche se opposta, altrui libertà-autodeterminazione.

Nella «prospettiva interna» dell'Ordinamento giuridico, allora, il problema del bene comune e con questo il problema politico relativo ai fini di questo e alla sua stessa «giustificazione», coerentemente si riducono a questioni operative concernenti il c.d. benessere privato degli individui, da perseguirsi attraverso lo Stato. Infatti, radicalmente abbandonato il concetto classico di bene comune in sé, quale bene che nella sua sostanzialità metafisica è proprio di ogni uomo e rappresenta la causa e il fine della comunità politica<sup>5</sup>, al «paradigma forte» del bene pubblico quale bene privato della *Persona civitatis*<sup>6</sup> (proprio dell'impostazione vetero-po-

realizza un trasferimento di sovranità” (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2012, p. 297).

<sup>4</sup> Facciamo riferimento alla definizione correntemente data della sovranità quale “supremazia nei confronti di ogni altro soggetto [...] operante nel territorio statale [...] e quale (nda)] indipendenza [...] rispetto agli altri Stati” (G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003<sup>9</sup>, p. 115).

<sup>5</sup> A questo proposito, per esempio, De Koninck, riprendendo il pensiero di Aristotele, correttamente osserva che “*el bien común difiere del bien singular en esta misma universalidad. Tiene razón de superabundancia y es eminentemente defusivo de suyo en tanto que es más comunicable: se extiende todavía más al singular que el bien singular: es el mejor bien del singular. El bien común es mejor, no porque comprenda el bien singular de todos los singulares: no se daría entonces esa unidad del bien común mediante la qual es en alguna manera universal; sería una mera colección y no sería sino materialmente mejor. El bien común es mejor para cada uno de los particulares que en él participan, en tanto que es comunicable a otros particulares; la comunicabilidad es la razón misma de su perfección*” (C. De Koninck, *De la primacia del bien común contra los personalistas*, Madrid, Ediciones Cultura Hispanica, 1952, pp. 26 e s.).

<sup>6</sup> Per esempio Danilo Castellano osserva che “*la identificación de bien común y bien público es la negación de*

sitivistica di stampo per esempio rousseauiano<sup>7</sup>), si contrappone quello *post-moderno* d'ispirazione liberalistico-personalistica, che fa dello Stato-Ordinamento un mezzo per il soddisfacimento delle opzioni liberamente operate dai singoli, eppertanto per la massimizzazione delle concrete potenzialità espressive della loro libertà negativa<sup>8</sup>, in altre parole... dell'esercizio del loro diritto all'assoluta autodeterminazione *in rebus privatis*. Tutto ciò, evidentemente, presuppone una prospettiva ideologica secondo la quale politica e diritto, cioè potere politico e norma giuridica – per riprendere le parole di Anna Arendt – altro non sono se non un “male necessario per la sopravvivenza della comunità”<sup>9</sup>, un male, dunque, rappresentato dalla limitazione della libertà soggettivo-negativa, inevitabile ai fini della «pacifica» convivenza degli individui, gli uni accanto agli altri<sup>10</sup>. L'esercizio della libertà-autodeterminazione, dunque, in quanto considerato un *affaire πάλν-privato*, diviene per ciò solo insindacabile e  $\alpha$ -nomico: esso, cioè, gravita nell'ampio e indefinito spettro del “*right to be*

*la posibilidad misma del bien, ya que éste viene a depender de la voluntad de la realidad que es considerada ética y racional sobre la base de la consideración de que su voluntad efectiva aporta el criterio de la racionalidad universal sólo porque es única y, por ello, general*” (D. Castellano, *¿Qué es el bien común?*, in M. Ayuso (a cura di), *El bien común*, Madrid, Itinerarios – Fundación Elías de Tejada, 2013, p. 16).

7 Per Rousseau, infatti, “la volontà generale è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica [...] questa mira unicamente all'interesse comune [...] è dunque importante, perché si abbia chiaramente enunciazione della volontà generale, che non ci siano società parziali [... vero è che (nda)] come la natura dà a ogni uomo un potere assoluto su tutte le sua membra, il patto sociale dà al corpo politico un potere assoluto su tutte le sue ed è appunto questo potere che, diretto dalla volontà generale, porta [...] il nome di sovranità” (J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Milano, 2005, pp. 80 e s.).

8 In un articolo-intervista apparso in Argentina, per esempio, Danilo Castellano, alla domanda “*¿Puede definir la libertad negativa que Ud. Considera irracional?*” risponde osservando che “*la 'libertad negativa' es aquella que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio*” (B. Montejano, *Reportaje a Danilo Castellano*, in *Centuriòn*, Octubre – Noviembre 2014, Buenos Aires, Marcelo H. Loberto, 2014, p. 18).

9 H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, Milano, 1995, pag. 23.

10 *Contra* la concezione aristotelica della comunità politica (κοινωνία πολιτική). Cfr, in particolare, Aristotele, *Politica*, III, 4, 1277 b.

*let alone*”<sup>11</sup>, ovvero sia del c.d. diritto alla *privacy* e si configura, per l'appunto, *sub specie* di μισρά-sovranità dell'individuo su sé stesso<sup>12</sup>.

La prospettiva di riferimento di questo «diritto» all'autodeterminazione, allora, sarebbe – sotto un certo profilo – sia quella del binomio *liberty-property* che si riscontra nell'impostazione lockiana<sup>13</sup>; sia quella del binomio felicità-libertà che caratterizza il sistema kantiano secondo il quale, da un lato “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona”<sup>14</sup> e dall'altro, la condotta umana è da ritenersi “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro”<sup>15</sup>. Ciò significa, invero, che il soggetto, nell'esercizio del suo potere-diritto di autodeterminarsi, godrebbe la facoltà di disporre dei propri beni, della propria libertà e della propria vita – quindi, anche del proprio corpo, delle proprie opzioni *lato sensu* familiari<sup>16</sup> *et coetera* – in modo

11 L. Brandeis – S. Warren, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, Harvard, The Harvard Law Review Association, 1890, vol. IV, p. 193.

12 Un'interessante contributo sul punto è offerto da C. Sarrea, *Autodeterminazione e privacy*, in *L'arco di Giano*, Roma, 2018, 96, pp. 25 e ss., il quale correttamente rileva che “il principio di autodeterminazione [elaborato dalla Giurisprudenza americana a partire dal noto caso *Roe versus Wade* del 1973 (nda)] passava a identificare la versione postmoderna dell'autonomia” (Ivi, p.26).

13 Locke, invero, fa coincidere la libertà del soggetto con l'esercizio della proprietà legale, vale a dire con l'esercizio del «diritto» di proprietà garantita dalla legge e dalla legge riservata al *dominus* di riferimento: infatti “la ragione per cui gli uomini entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri” (J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, Milano, 2013<sup>7</sup>, p. 363). Per una disamina del pensiero lockiano, con particolare riguardo alle questioni politico-giuridiche, si fa rinvio a J. F. Segovia, *La ley natural en la teleraña de la razon. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

14 I. Kant, *Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica*, in, I. Kant, *Scritti politici*, Torino, 1995, p. 255.

15 I. Kant, *Metafisica dei costumi*, Bari, 1970, pp. 34 e s.

16 In termini paradigmatici può farsi riferimento alla Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo con sede a Strasburgo (c.d. Corte E.D.U.), la quale, in una nota pronunzia (29 Aprile 2002, Corte



assolutamente libero, vale a dire affermando quella libertà negativa πόν-moderna che Danilo Castellano ha efficacemente descritto come libertà esercitata con il solo criterio della volontà, *id est* senza alcun criterio.<sup>17</sup> Dall'esercizio della libertà negativa quale esercizio del «diritto» di autodeterminazione, dunque, si realizza compiutamente lo schema lockiano-kantiano testé veduto: l'atto di autodeterminazione, infatti, viene a sostanzarsi <sup>a)</sup> in un atto di libera, *rectius* assoluta (*ab-soluta*) disposizione della *property*; <sup>b)</sup> in un mezzo per la ricerca della felicità soggettivisticamente (e solipsisticamente) intesa<sup>18</sup> e da ultimo <sup>c)</sup> in un coacervo di condotte inidonee (almeno a una superficiale lettura del problema) a ledere altri nell'esercizio delle loro identiche prerogative<sup>19</sup>.

---

Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty versus Regno Unito*, Ricorso № 2346/2002), allocando il c.d. diritto all'autodeterminazione nell'ambito concettuale dell'art. 8 C.E.D.U., ha affermato che “*comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de 'vie privée' est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle [recte, dovrebbe dirsi d'autodétermination, giacché l'autodeterminazione come determinazione del volere è altro rispetto all'autonomia quale capacità di riconoscere la «propria» regola e di seguirla razionalmente (nda)] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article*”.

17 Cfr B. Montejano, *Reportaje a Danilo Castellano*, in *Centuriòn*, cit., p. 18.

18 Il riferimento più immediato, ovviamente, è al testo della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 Luglio 1776, a mente della quale, infatti, “*we hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness*”.

19 Per un'analisi del problema posto dalla moderna concezione della libertà, in particolare con riferimento alla c.d. libertà di coscienza e alla c.d. libertà di religione, si fa rinvio a J. Alvear Tellez, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*,

### 1.1 AUTODETERMINAZIONE DELL'ESSE E AUTODETERMINAZIONE DEL VELLE. QUALE DIRITTO?

Quando si fa riferimento all'autodeterminazione, indubbiamente ci si riferisce a un movimento della volontà, a una determinazione, cioè, del volere soggettivo. Di talché, sotto questo profilo, ogni autodeterminazione, ogni forma di autodeterminazione è un'autodeterminazione del *velle*. Ne discende che la capacità di autodeterminazione dipende dalla capacità di volere, ovverosia dalla capacità del soggetto di esprimere una volontà consapevole e cosciente, di essere – diremo – *compos sui et suorum*.

Nondimeno, l'autodeterminazione del *velle* può anche essere intesa come autodeterminazione del mero volere, del volere-assoluto, del volere cioè, esercitato con il solo criterio della volontà, *ergo* del volere heideggerianamente autentico<sup>20</sup> che si afferma come *velle vultum* attuale e contingente. In questo caso l'atto di autodeterminazione è dato da un movimento della volontà che è in un tempo causa e fine di sé stesso; esso inverte, dunque, l'esercizio della già citata libertà negativa.

Sotto questo profilo, allora, nello spettro dell'autodeterminazione può rientrare qualunque condotta effettivamente voluta per sé dal suo autore e a lui direttamente imputabile/attribuibile sul piano della responsabilità: sia la condotta giuridica, sia quella antiggiuridica; sia la condotta morale e razionale, sia

---

Madrid, Marcial Pons, 2013.

20 Come è noto Heidegger scrive che “l'esserci per essenza è via via la propria possibilità [onde (nda)] questo ente può nel suo essere «scegliere» sé stesso, conquistarsi, perdersi, o conquistarsi solo «in apparenza». Esso può essersi perso o non ancora conquistato, solo in quanto è per sua essenza possibilità di essere autentico, cioè a sé proprio” (M. Heidegger, *Essere e tempo*, Milano, 2011, p. 69). Nel merito è stato opportunamente osservato che per Heidegger “essere autentico significa essere autentico nel mondo, accettare le cose nel mondo come meramente fattuali e il proprio essere come meramente fattuale [...] siamo, in ultima analisi, di fronte alla mera fatticità o contingenza” (L. Strauss, *Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger*, in AA.Vv., *Su Heidegger, cinque voci ebraiche*, Roma, 1998, p. 12).

quella immorale e irrazionale; sia, da ultimo, la condotta propriamente umana, sia quella propriamente disumana. È prerogativa del soggetto capace, infatti, quella di esercitare il c.d. libero arbitrio, vale a dire quella di operare consapevolmente qualunque opzione egli «voglia-per-sé» *hic et nunc*.

Viceversa l'autodeterminazione che abbiamo chiamata dell'*esse*, cioè dell'*esse personae*, pur compendiandosi necessariamente in una forma di autodeterminazione del volere, si caratterizza per il fatto di non assurgere il volere medesimo a criterio della stessa volizione; essa, cioè, rappresenta una forma di autodeterminazione – diremo – della volontà qualificata e dunque regolata dalla natura, dall'essere-in-sé del soggetto che vuole e che volendo si autodetermina per quello che egli è e deve essere *ut natura*. L'autodeterminazione dell'*esse*, allora – semplificando i termini della questione<sup>21</sup> – si struttura in una forma di autodeterminazione della volontà razionale, della volontà guidata e orientata sul piano oggettivo dalla razionalità, *id est* dalla ragione che è propria dell'uomo e della sua natura di persona... boezianamente intesa<sup>22</sup>. Si potrebbe anche parlare, in questo caso, di autodeterminazione del *velle secundum esse*, in quanto il movimento della volontà che necessariamente inverte l'atto di autodeterminazione (dell'*esse*) e che, altrettanto necessariamente, ne è causa prima, è regolato dall'essere-in-sé e quindi dall'essenza del soggetto che vuole e che, volendo, egli vuole ciò che è proprio della sua natura volere, ciò che lo compie nell'ordine del suo fine, ciò che, da ultimo, ne esprime compiutamente la dimensione ontologico-teologica. In questo caso, dunque, il soggetto si-autodetermina operando una scelta legittima e razionale, entro un ventaglio di possi-

21 Per una più approfondita analisi facciamo rinvio – *si vis* – a un nostro lavoro monografico sul tema: cfr R. Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, 2017, *passim*, in particolare Cap. 1.

22 Ricordiamo la nota definizione di persona data da Severino Boezio, secondo la quale “*persona est naturae rationalis individua substantia*” (S. Boezio, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4, in G. P. Migne (a cura di), *Patrologia latina*, Parigi, Garnier, 1882-1891, LXIV, 1343).

bili opzioni altrettanto legittime e altrettanto razionali.

Sul problema del rapporto tra autodeterminazione e diritto, allora, si possono sinteticamente delineare quattro paradigmi concettuali di riferimento: <sup>a)</sup> quello della c.d. modernità forte, <sup>b)</sup> quello della c.d. modernità debole-liberale, <sup>γ)</sup> quello della c.d. post-modernità-radical e <sup>δ)</sup> quello classico.

Non è questa la sede per una compiuta disamina di essi, tuttavia possiamo brevemente rilevare come il paradigma della c.d. modernità forte – rousseauiano – contempli la mera autodeterminazione del *citoyen* attraverso la legge. Il cittadino, infatti, quale frazione del corpo politico, partecipa della libertà negativa dello Stato e dunque egli è libero all'interno dello Stato, prestando fedele ossequio al contenuto delle *normae positae*: il di lui diritto all'autodeterminazione, allora, coincide con quello che potremmo tautologicamente chiamare diritto all'esercizio dei diritti soggettivi, vale a dire con il diritto all'esercizio delle *facultates agendi ex norma agendi* intese alla maniera di von Gerber, cioè intese come sommatoria di fattispecie normativo-oggettive «proiettate» (non a caso si parla di diritti riflessi<sup>23</sup>) dall'Ordinamento di riferimento sopra i proprii soggetti (*rectius*, sopra i cc.dd. capi d'imputazione) individuati per norma e *in casibus*. Nessun diritto in sé proprio della persona, allora, sarebbe ipotizzabile, anche perché la persona coinciderebbe *in parte qua* con l'unità numerica dello stato di natura e

23 Il riferimento è alla nota teoria di Gerber sui cc.dd. *Reflexrechte* (cfr. K. F. W. von Gerber, *Diritto pubblico*, Milano, 1971, *passim*), nell'ambito della quale – come è stato pure osservato – “lo Stato precede il diritto ed è un ente materiale, sostanziale, «organico», rispetto al quale le norme del diritto [ovviamente positivo (nda)] rappresentano solo una specie di tecnica organizzativa” (M. La Torre, *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Dedalo, 2006, p. 100), vale a dire che le cc.dd. norme giuridiche, nell'ambito della “linea Gerber-Laband-Jellinek” (Ivi, p. 100) inverano in sé stesse un mero strumento atto al controllo della «società» e al mantenimento di un «ordine» tutt'affatto funzionale al perseguimento dei “fini generali e indeterminati” (M. Della Torre – A. Maestroni, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2008, p. 99) cui lo stesso Stato-ente avrebbe da tendere.

“le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l'uomo”<sup>24</sup>.

Au contraire, il secondo paradigma, quello della c.d. modernità debole-liberale, d'ispirazione lockiano-kantiana, contempla la garanzia legale dell'autodeterminazione dell'individuo, come guarentigia esterna che l'Ordinamento pone a presidio dell'anarchia privata (interna rispetto alla *property*). Nell'ambito di questa prospettiva, infatti, l'Ordinamento statutale è concepito non in termini palesemente totalitarii, quanto piuttosto in termini amministrativi. Lo Stato, invero, deve risultare servente rispetto a due fini: un primo rappresentato dalla definizione geografica dei confini tra privato e privato o, per meglio dire, tra *privacy* dell'uno e *privacy* dell'altro e un secondo rappresentato dalla tutela del privato medesimo contro le ingerenze esterne, siano esse quelle del Pubblico *lato sensu* inteso, per le quali è posto il presidio del c.d. Patto costituzionale, oppure quelle tra privati che il Sistema punto «risolve» mercé i meccanismi regolativo-sanzionatori proprii. In questo caso, allora, il diritto di autodeterminazione del *velle* rientrerebbe, *ex latere subiecti*, nel novero dei cc.dd. diritti naturali moderni che Locke chiama «primari»: essi, infatti, appartengono all'essere umano quale analogato del di lui diritto di proprietà-libertà<sup>25</sup>, ma... gli appartengono (come cittadino) secondo la conformazione di essi che ne dà il sovrano<sup>26</sup>.

Entrambi i paradigmi – si badi – hanno una genesi liberale, sol che il liberalismo di Rousseau<sup>27</sup> è – potremmo dire – un μακρός-

24 J.J. Rousseau, *Emilio o dell'educazione*, Roma, 1994, p. 67.

25 Invero “il giusnaturalismo moderno da Hobbes a Locke, da Rousseau a quello del nostro tempo [...] assume l'uomo come libertà, intesa questa come assoluta e, cioè, come potere autoaffermentesi. L'uomo non sarebbe un'essenza attualizzata o, meglio, la sua essenza sarebbe la stessa libertà, libertà negativa” (D. Castellano, *La verità della politica*, Napoli, 2002, p. 121).

26 È vero, infatti, che, lo stesso Locke, pur ammettendo il diritto naturale anche nel c.d. stato di natura “finisce nel giuspositivismo assoluto per via ermeneutica. Il diritto naturale, infatti, a suo avviso, per essere determinato e, quindi, per avere «contenuto» necessita di essere interpretato [e (nda)] l'interpretazione può essere data [...] solamente dal sovrano, cioè dallo Stato, per mezzo del suo ordinamento” (D. Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, 2013, p. 69).

27 Acutamente osserva Gioele Solari che “l'assolutismo del Rousseau è la condizione del suo liberalismo [...]. Lo

liberalismo di Stato, dacché esso solo può dirsi negativamente libero e i suoi cittadini lo sono unicamente in virtù della loro natura di unità frazionarie del suo stesso Corpo, mentre il liberalismo *lato sensu* lockiano è un μακρός-liberalismo individualistico, dacché la libertà negativa dei singoli viene garantita loro dallo Stato, all'interno delle aree di *privacy-property* che lo Stato medesimo loro «concede» per norma. Il sovrano e dunque il soggetto veramente libero in termini negativi – sia ben chiaro – resta sempre e solo lo Stato, ma se nella modernità c.d. forte lo Stato si pone, almeno *in thesis*, come totalitario e totalizzante, perché esso opera in termini palesemente escludenti rispetto alle iattanze individuali; nella modernità c.d. debole lo Stato medesimo apparecchia per sé una coorte di limiti formali all'esercizio del proprio potere e nel contempo definisce una serie, sempre provvisoria e precaria, di cc.dd. libertà civili<sup>28</sup> che via via includono, trasformandole in diritti soggettivo-positivo-civili, le pretese dei singoli e dei gruppi (maggiormente capaci di emergere dal conflitto *ἐνδον*-istituzionale<sup>29</sup>). E in questo senso è assai

Stato, scrive il Rousseau, deve poter costringere l'uomo [*recte*, il cittadino (nda)] ad essere libero del suo malgrado. Nello Stato del Rousseau [infatti (nda)] l'uomo [*recte*, il cittadino (nda)] non ha la scelta tra la legge del senso e quella del dovere: esso deve seguire quest'ultima perché vuole essere libero” (G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, 2000<sup>4</sup>, p. 67); infatti “il contratto sociale [...] è per Rousseau lo strumento di [...] «liberazione», per la qualcosa il corpo politico, cui esso dà vita, diventa la *condicio sine qua non* della libertà. Di quale libertà? [si chiede giustamente Danilo Castellano (nda)]. Di quella negativa, ovviamente, che si ritroverebbe nella società in forma «reale» e potenziata” (D. Castellano, *La verità della politica*, cit., p. 123).

28 Si tratta, evidentemente, dei diritti già sanciti dalla *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* del 1795 (premessa alla c.d. *Constitution du 5 Fructidor An III*), la quale, all'art. 1, precisa che “*les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété*”. Ciò significa che i diritti *de quibus* non sono quelli che l'uomo ha in quanto uomo, quelli, cioè che gli pertengono *ut natura*, ma sono quelli che derivano dal suo essere membro del Corpo politico, eppertanto, rousseauianamente, quelli che lo Stato gli attribuisce.

29 Gustavo Zagrebelsky, per esempio, ben descrive il c.d. Stato politologico quale Stato nel cui sistema “l'atto creativo di diritto legislativo è l'esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali



eloquente l'esperienza del moderno costituzionalismo che vieppiù si coglie nella «logica» del c.d. Stato di diritto<sup>30</sup>.

Il terzo modello, quello della c.d. *post-modernità-radical*e, invece, si conforma in guisa di sotto-struttura del secondo: esso, infatti, ne rappresenta un'evoluzione (*rectius*, una degenerazione) operativo-applicativa e – come direbbe Danilo Castellano<sup>31</sup> – includente, imperocché concepisce lo Stato-ordinamento e le sue Istituzioni, *in primis* quella lato *sensu* legislativa, come mezzi funzionali non solo a garantire, ma addirittura a promuovere e a consentire effettivamente l'autodeterminazione individuale del *velle*. L'Istituzione statale, infatti, diviene, *ex uno latere* il luogo per la prosecuzione *ἐνδον*-ordinamentale del conflitto tra portatori di differenti interessi «privati» e dunque il luogo della sua provvisoria composizione<sup>32</sup> ed *ex alio* lo strumento per favorire particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti) (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 44), onde “la sovranità dello Stato [...] non può mai prescindere dalle finalità determinate e volute dalle forze politiche” (C. Cereti, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1963, p. 247) prevalenti nelle istituzioni e nei processi formativi delle istituzioni, tant'è che “il carattere elettivo e rappresentativo dei supremi organi costituzionali è garanzia che quelli e non altri fini [...] saranno perseguiti e attuati” (*Ivi*, pp. 247 e s.).

30 È stato opportunamente osservato – in senso critico – che “il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica, del potere e dei suoi limiti che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto [...] il quale, se (nda) è limitato dalla legge, [...] non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione” (M. Ayuso Torres, *L'Àgora e la piramide*, Torino, 2004, pp. 42 et 63).

31 Facciamo riferimento alla terminologia che Danilo Castellano ha efficacemente usata con riguardo al tema della laicità: egli, infatti, osserva che la laicità escludente “implica [indicativo nostro (nda)], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo nostro (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [...] mentre la laicità includente (nda) considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa” (D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Napoli, 2011, p. 31).

32 Ciò – evidentemente – rappresenta il “principio della guerra istituzionalizzato” (D. Castellano, *Questione cattolica e questione democristiana*, in *AA.Vv.*, *Questione*

re ciascheduno nella realizzazione dei propri proponimenti, ovvero sia nella compiuta realizzazione del proprio diritto all'assoluta autodeterminazione della volontà negativa<sup>33</sup>.

Su presupposti completamente diversi, invece, alligna l'ultimo dei citati paradigmi: quello classico. Un approccio classico al problema del diritto di autodeterminazione, infatti – il quale riporta “il concetto di autodeterminazione alla sua valenza semantica”<sup>34</sup> – impone di considerare la natura della persona e la natura del diritto, rispetto all'essere in sé della libertà umana. Il discorso, ovviamente, meriterebbe una trattazione più ampia e articolata, tuttavia possiamo sinteticamente dire che il modello classico, realistico, del diritto all'autodeterminazione, se ovviamente presuppone l'autodeterminazione del *velle subiecti*, non può fare del contenuto di questa l'oggetto di un diritto  $\alpha$ -nomico. La natura razionale della persona, invero, rappresenta per lei sia il

*cattolica e questione democristiana*, Padova, 1987, p. 135). Vero è che “l'epoca attuale è caratterizzata dalla polverizzazione del diritto legislativo attraverso la moltiplicazione di leggi a carattere settoriale [...] onde (nda) le ragioni di questa dissoluzione [...] possono in sintesi essere colte soprattutto in relazione ai caratteri della società [...], determinati da un'estesa diversificazione di gruppi e strati [...] i quali, a loro volta (nda) determinano una accentuata differenziazione dei trattamenti normativi [...] in conseguenza della pressione sul legislatore degli interessi corporativi” (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 1992, p. 43). Ciò significa, finalmente, che “l'ordine giuridico [proprio della politologia (nda)] coincide e deve coincidere con l'ordine sociologico effettivo. Esso [infatti (nda)] è la rappresentazione del modo, contingente e talvolta effimero, di essere della società definita «civile»” (D. Castellano, *Costituzionalismo ed esperienza politico giuridica*, in *Boletín N.º 15 del Instituto de Estudios constitucionales*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, p. 22).

33 Condivisibilmente critica in relazione a un «diritto all'assoluta autodeterminazione» del *velle* è anche l'autorevole posizione di Mauro Ronco. Egli, infatti, pur facendo riferimento a uno specifico problema (quello della nota L. 40/2004), fa notare come “il principio dell'assoluta libertà di autodeterminazione si autoconfuta inesorabilmente, posto che l'assolutezza del desiderio individuale nega radicalmente la verità dell'uomo, poiché lo sconfinato mondo dei desideri deve necessariamente confrontarsi con la loro inevitabile selezione, che soltanto la ragione può compiere” (M. Ronco, *Scritti patavini*, Torino, 2017, I, p. 1894).

34 F. D'Agostino, *L'autodeterminazione, chiave del postmoderno*, in *L'arco di Giano*, cit., p. 17.

presupposto del libero arbitrio, ovverosia della c.d. capacità di agire, sia la norma e il criterio del suo proprio agire libero. Se, infatti, la persona *compos sui*, nell'esercizio del di lei libero arbitrio, può operare qualunque scelta senza nessun condizionamento, onde ella porta la responsabilità morale e giuridica per la sua stessa condotta, non ogni scelta da lei compiuta è, per ciò solo, confacente alla di lei natura<sup>35</sup>. La persona capace, in altri termini, può esercitare e realizzare qualunque opzione, può rivendicare qualunque pretesa, ciò solo però non significa che l'opzione e la pretesa *de quibus* siano legittime: la di loro legittimità, infatti, non dipende dalla volontà del loro autore, ma piuttosto dalla loro stessa natura razionale e giuridica. Un tanto significa, nel merito del discorso che quivi ci interessa, che il diritto all'autodeterminazione, per essere diritto in senso ontologico (*in se*), non può ridursi a un assurdo diritto all'anarchia, a un diritto di e alla libertà negativa, a un diritto, finalmente, privo di contenuto e/o a contenuto potestativo dipendente dal capriccio del suo stesso titolare: ma al contrario significa che la persona, in quanto soggetto libero per natura e – come direbbe Rosmini – per natura “diritto sussistente”, ha il diritto all'esercizio e al compimento di tutte le opzioni legittimamente operate all'interno di uno spettro di scelte libere, altrettanto legittime e giuridicamente valide. La persona, cioè, ha il diritto di autodeterminarsi come vuole, alla condizione che la volontà di lei sia informata ai principii proprii e oggettivi della ragione e della giustizia.

Rinunziando, però, a questa fondazione ontologica del diritto in parola o dovrebbe negarsi la possibilità concettuale di esso o, al contrario, dovrebbe ritenersi che ogni norma, ogni Ordinamento, in quanto regolativi dell'umana condotta, siano di per sé stessi lesivi del diritto medesimo, se non – ancora più nihilisticamente – conformativi del suo stesso contenuto e della sua stessa *ratio essendi*<sup>36</sup>.

35 L'omicida, per esempio, *coeteris paribus*, compie liberamente (cioè nell'esercizio del libero arbitrio) il delitto del quale egli si macchia, ciò però non significa che l'assassinio medesimo sia qualche cosa di assiologicamente umano.

36 *Contra*, per esempio, la chiara e coerente «posizione» fatta propria dai costituzionalismi democratici e lucidamente espressa da Rolla il quale rileva che

## 2. FISIOLOGIA E PATOLOGIA NELL'ORGANISMO UMANO: UNA QUESTIONE GIURIDICAMENTE RILEVANTE?

Un primo dato da considerare preliminarmente riguarda il binomio corpo-persona: occorre, cioè, dire se vi sia coincidenza ed eventualmente quale ne sia il rapporto. Ebbene, in primo luogo è mestieri di rilevare che il corpo vivo (e vitale), l'organismo umano, rappresenta *ex se* il presupposto oggettivo dell'essere-persona: né, infatti, lo spirito, l'anima, possono essere veramente considerati persona, né può esserlo il cadavere o la porzione di corpo (foss'anche il cervello) concepita al di fuori del suo naturale insieme. In questo senso, allora, si può dire, pur senza troppo entrare nella disamina della questione, che un corpo umano vivo sia, in quanto tale, una persona e ciò – si badi – anche se il valore della persona medesima trascende (e supera) il dato fisico della sua stessa corporeità.

Il corpo umano, infatti, è sostantivo della persona, non in quanto esso sia un organismo vivo e vitale *sic et simpliciter*, ma piuttosto in quanto esso, essendo necessariamente un organismo vivo e vitale, è coesenzialmente latore di una peculiare natura sua propria derivantegli *ex se* dal fatto stesso dell'umano concepimento. Invero, quando il già ricordato

---

“attraverso la codificazione costituzionale dei diritti si garantiscono le posizioni soggettive dei singoli e si affermano i valori caratterizzanti l'ordinamento. In virtù del nesso inscindibile che lega lo Stato di diritto ai diritti fondamentali della persona, la loro garanzia e tutela [positive (nda)] concorre a definire la fisionomia degli ordinamenti democratici: costituisce un elemento caratterizzante tale forma di Stato. [...] I diritti della persona divengono [allora (nda)] un elemento essenziale dell'ordinamento costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione [...] esprimono l'ideale politico che plasma un determinato corpo sociale, conferendogli una particolare identità [habermasianamente condivisa (nda)]: una teoria dei diritti fondamentali poggia su di una determinata idea [*recte*, opzione (nda)] della Costituzione. [...] I diritti fondamentali [...] possono essere considerati nella loro unità sistematica, quale elemento caratterizzante la qualità dell'ordine costituzionale”. (G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, p. 1077).



Boezio afferma che la persona è “*individua substantia*”, sì egli pone come *prius* concettuale il dato della sostanza distinta dalle altre sostanze per quanto in sé indivisibile, ma immediatamente egli aggiunge, nel senso che fa rilevare, l'elemento ontologico grazie al quale una siffatta sostanza individuale è *in se* persona. Questo elemento è, appunto, rappresentato dalla “*natura rationalis*”, cioè dalla attitudine dell'organismo umano medesimo all'esercizio della ragione; ciò, infatti, fa del corpo umano vivo e vitale un soggetto, o per meglio dire una persona portatrice della giuridica soggettività<sup>37</sup> (ond'essa è ontologicamente distinta da tutti gli altri esseri viventi). Questo, però, anche significa – in estrema sintesi – che lo «elemento personificante», cioè l'elemento in funzione del quale la persona è persona, non è rappresentato dalla mera individualità sostanziale – evidentemente propria anche degli animali – e nemmeno esso è rappresentato, contrariamente a quanto sostenuto da Engelhardt<sup>38</sup>,

37 Quando il Codice civile all'art. 1, infatti, riconosce all'essere umano (nato) la c.d. capacità giuridica, pur scontando l'ipoteca romanistica che lo porta a non individuarla fin dal concepimento, come sarebbe coerente e giusto fare (e come altrove l'Ordinamento positivo in un certo senso fa), esso non crea il soggetto, ma lo riconosce in quanto persona-che-è e che, essendo, è latrice della propria soggettività e del proprio diritto... rosminianamente inteso. Non a caso è stato rilevato che la “capacità giuridica è sinonimo di personalità” (N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano – parte generale*, Milano, 1915, p. 141).

38 Come è noto, infatti, Engelhardt sostiene che “non tutti gli umani sono persone in senso stretto [poiché (nda)] non tutti gli umani [...] sono agenti morali [...] gli infanti non sono persone in questo senso. Lo stesso si dica degli individui in stato di grave demenza senile, di quelli affetti da *handicap* mentale grave e di quelli che abbiano riportato consistenti lesioni cerebrali. Di nuovo: è perché la morale laica generale deriva la propria autorità e la propria portata dal permesso delle persone, che le persone, come agenti morali, ossia come datori del permesso, vi occupano una posizione centrale” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Milano, 1999, p. 256). Lo *status personae*, dunque, secondo l'opinione dell'Autore, coinciderebbe con quella che in un certo senso potrebb'essere definita – giuridicamente – capacità di agire, vale a dire con la capacità di prestare un «certo tipo» di consenso su e per sé stessi. Un tanto, però, nega la soggettività propria della capacità giuridica e fa dipendere il *proprium* della personalità da un mero modo-di-essere dell'ente e non già dalla sua essenza; infatti – sostiene

dalla capacità di esercizio di date funzioni, compresa quella della ragione, o dalla compiuta funzionalità dell'organismo tutto, ma è punto rappresentato dalla citata natura o essenza razionale di esso, talché, anche il corpo non ancora del tutto e compiutamente formatosi, quale è quello dell'embrione<sup>39</sup>, per esempio, o il corpo gravemente mutilato per deficienze dei vari organi, compreso il cervello<sup>40</sup>, comunque essi sono pienamente e compiutamente espressivi della personalità ontologica del soggetto che in loro esiste *ex se* come essere umano. Ne discende – *ça va sans dire* – che la natura umana dell'uomo e dunque la sua soggettività ontologica e la sua dignità di persona, non vengono meno né per una deficienza o mutilazione del

l'Autore – “la vita umana meramente biologica precede l'emergere della vita delle persone in senso stretto [*id est*, dei cc.dd. agenti morali (nda)] e di solito prosegue per un certo periodo dopo la loro morte” (Ivi, p. 257).

39 *Contra* la disciplina della c.d. legge sull'aborto procurato (L. 194/1978) la quale consente alla gestante di chiedere e ottenere la soppressione della vita del feto e ciò, sul presupposto – apertamente dichiarato dai Giudici costituzionali investiti della questione – che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare” (18 Febbraio 1975, Corte Costituzionale, Sentenza № 27, Presidente: Bonifacio, Relatore: Rossi).

40 *Contra*, i cc.dd. *Harvard Criteria*, ovvero sia le teoriche ideologiche giuste le quali la c.d. “cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo” (ex Legge 578/1993, art. 1) determinerebbe la morte della persona. Si tratta di un'impostazione, recepita e fatta propria dall'Ordinamento giuridico positivo, la quale pretende di definire il «concetto» di morte prescindendo dalla morte stessa e pretende di surrogare la c.d. morte naturale-biologica con un'elaborazione «scientifica» della stessa. Infatti “nel 1968 la Commissione della Harvard Medical School [...] equipara il *coma dépassé* alla morte del paziente e stabilisce quattro criteri per accertarla [...] inoltre autorizza l'interruzione di ogni sostentamento artificiale e il prelievo degli organi per scopi di trapianto anche con il paziente ancora sottoposto a ventilazione” (A. Pessina, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 1999, p. 160), vale a dire... indipendentemente dall'essere-in-vita dell'organismo. Come riferisce Adriano Pessina, peraltro, lo stesso Jonas si chiede se il «criterio» *de quo* non sia stato individuato per “liberare pazienti, congiunti e risorse mediche dal peso di un coma indefinitamente protratto ed evitare controversie riguardo l'ottenimento di organi per trapianto” (*Ibidem*).

corpo, né per un *vulnus* dell'intelletto, sia esso reversibile o meno: esse, infatti, principiano con il (e per effetto del) concepimento umano e cessano solo (con la e) per effetto della morte, la quale appunto priva l'organismo stesso della sua vita facendolo cessare<sup>41</sup>, cioè facendolo venire meno in quanto tale, *ergo* in quanto portatore della soggettività sua propria (sul piano ontologico)<sup>42</sup>.

Non entriamo più oltre nel merito di questo discorso anche perché ora, per fare cenno alla fisiologia e alla patologia, giova di considerare, pur brevemente, la natura e la realtà del corpo umano nel suo essere organismo, del quale, dunque, diamo per scontata l'espressione della soggettività-personalità.

L'essere in sé dell'organismo, infatti, non è rappresentato da un insieme «casuale» di elementi od organi l'un l'altro accidentalmente connessi, per quanto indipendenti tra loro, e nemmeno esso è rappresentato da possibili manifestazioni o forme del suo modo-di-essere legate all'esteriore e mutevole aspetto di sé, ma è piuttosto espressivo di un ordine suo proprio che punto qualifica l'organismo medesimo come un tutto *in se* inscindibile e *in se* ordinato al fine dell'auto-conservazione (vita ← salute). L'organismo, infatti, è tale in funzione dell'ordine naturale che ne consente una vita *lato sensu* autonoma. Che poi siffatto ordine possa manifestarsi in differenti modi, o esprimere diverse *figurae* del proprio aspetto, essa è una questione di altra natura, la quale può involgere valutazioni di carattere estetico o considerazioni di ordine funzionale, ma la

41 Non a caso l'accertamento della morte un tempo veniva fatto dipendere dall'accertamento dell'arresto del battito cardiaco e della funzionalità respiratoria, vale a dire che esso veniva fatto dipendere dall'accertamento della cessazione delle funzioni corporee punto deputate a mantenere vitale l'organismo tutto.

42 *Contra*, il già citato Engelhardt, secondo il quale, invece, “a essere speciali [...] vale a dire a essere dotati di capacità giuridica (nda) sono solo le persone e non gli esseri umani [*id est*, i corpi umani vivi e vitali (nda)]. Gli umani adulti capaci di intendere e di volere moralmente, [infatti (nda)], hanno uno *status* morale che i feti umani e i bambini piccoli [ma si potrebbe dire lo stesso anche dei mentecatti, dei soggetti in c.d. stato di coma irreversibile *et coetera* (nda)] non possiedono” (H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 155).

quale certamente non può incidere sull'ordine proprio del bene della salute, vale a dire sulla verità della fisiologia dell'organismo *de quo*, quale verità del suo essere-in-sé.

La stessa «perfezione ontologica» del corpo, allora, così come il suo stesso *bonum* oggettivo, non sono dati (né sono dipendenti) dalla manifestazione di elementi accidentali che pur esso corpo può variamente esprimere (come, per esempio, il colore degli occhi, le forme della figura del corpo, la dimensione e/o la con formazione di determinati «organi» *et coetera*), ma sono dati dallo stesso ordine fisiologico che gli è confacente *ut natura* e che ne consente il bene sostanziale (*id est*, il bene in sé) della salute. L'essere proprio della vita dell'organismo, dunque, cioè la di lui struttura e il di lui funzionamento ordinato al fine della propria (auto-)conservazione, non possono dipendere da alcuna opzione, non possono derivare, dunque, da alcun atto di volontà, né essi possono dipendere da alcuna percezione o valutazione di carattere eminentemente estetico, legata alle varie e accidentali *figurae* che l'organismo medesimo può assumere *in casibus*. La fisiologia, insomma, quale ordine proprio della salute, non può dipendere da un modello astratto, da uno schema o da un protocollo *lato sensu* convenzionali: essa, infatti, è resa palese *ex se* dalla regola e dalla norma che la natura stessa del corpo in quanto tale rende evidente alla ragione. Si può dire, dunque – anche qui senza approfondire ulteriormente – che la salute rappresenti il bene *in se*, cioè la condizione di e del bene *in se*, che è naturalmente e oggettivamente propria dell'organismo umano e della di lui realtà.

Vedremo dopo come questo abbia massimo rilievo *in rebus iuris*.

È ovvio, però, che tutto ciò richieda, sia pure sinteticamente, alcune considerazioni di ordine generale.

*In primis*, dunque, occorre rilevare che la salute della persona non può essere vagliata solo sotto il profilo strettamente fisico: essa, infatti, va inscindibilmente valutata come salute del corpo e come salute della mente. Invero, a rilevare non è solo l'ordine fisiologico dell'organismo *stricto sensu* inteso, nel suo essere ordine proprio del funzionamento dei di lui organi e della di

loro connessione, ma anche, necessariamente, l'ordine proprio della *mens* la quale, invero, rappresenta sì il «prodotto pensante» del cervello, ovverosia il «prodotto» di un organo dell'organismo, ma essa non si riduce alla funzionalità «biologicistica» di questo, né a un ipotetico «dato» strumentalmente rilevabile. La salute mentale, infatti, la quale non si riduce all'assenza di lesioni o di malformazioni fisiche dell'encefalo, (al pari della salute del corpo) è data da un certo ordine – diremo – della «normalità mentale»: esso, allora, è giuocoforza rappresentato dall'ordine proprio dell'intelletto, il quale ordine, a sua volta, si concreta nella capacità dell'intelletto medesimo di rendere attuale la natura razionale che è propria del soggetto *in se*.

La salute della mente, dunque, è data – potremmo dire – dalla capacità razionale, *id est* dalla capacità del libero arbitrio, in termini giuridici... dalla capacità di agire, vero è, che così come la persona è e può dirsi sana nel corpo quando il di lei organismo funzioni bene, cioè quando il di lei organismo funzioni nell'ordine del suo fine, consentendole un'esistenza in vita senza patologie (*id est*, senza disordini), allo stesso modo essa può dirsi sana nella mente (*rectius*, di mente) quando il di lei intelletto le consenta di essere *compos sui et suorum*, vale a dire quando il di lei intelletto, o per meglio dire le di lei facoltà mentali, le consentano di essere pienamente capace e pienamente responsabile delle proprie azioni<sup>43</sup>.

Che poi, sotto un certo profilo la diagnosi della patologia del corpo possa essere più

43 Un discorso a parte, ovviamente, dovrebbe essere fatto – ma noi non ci soffermiamo su questo, *brevitatis causa* – per i cc.dd. minori, vale a dire per gli esseri umani i quali, pur non soffrendo alcuna patologia della mente, essi sono comunque incapaci di ragione o di piena ragione: in questo caso, infatti, l'incapacità è fisiologica e non patologia, poiché essa è legata al naturale e normale sviluppo dell'organismo e della personalità del soggetto di giovane età. Rileviamo, anche in questo caso senza approfondire, che non solo l'intelletto, ma anche alcuni organi del corpo sono suscettibili di «maturazione funzionale» legata al passaggio della persona dall'età c.d. pediatrica a quella c.d. adulta. Si pensi, per fare un esempio, all'apparato riproduttivo e ai mutamenti che esso assume con la c.d. pubertà; oppure, più genericamente, si pensi alla stessa struttura fisica e alla stessa corporatura che si modifica e si irrobustisce con il raggiungimento dell'età adulta *et coetera*.

«semplice» o di più immediata «percezione» (anche e soprattutto per lo stesso «paziente» e anche e soprattutto per un approccio «strumentalistico» della medicina) rispetto alla diagnosi della patologia psichiatrica, essa è una diversa questione la quale, però, attiene alla dimensione delle *res facti*, piuttosto che a quella del *principium*. Diagnosticare una cardiopatia, per esempio, o un cancro, è ben probabile che ponga, *coeteris paribus*, minori problemi rispetto alla diagnosi dell'incapacità razionale e ciò, soprattutto in alcune situazioni cc.dd. «di confine (con un anglismo si potrebbe dire: *borderline*)», questo, tuttavia, non mina a nostro avviso la fondatezza del discorso sviluppato in relazione alla dicotomia concettuale tra ordine-fisiologia e disordine-patologia con riguardo alla c.d. capacità razionale-intellettuale-mentale.

Così come, infatti, c'è *ut natura* un ordine proprio del corpo, il quale ordine non è convenzionale e non dipende dalle varie prospettive e/o dai vari approcci cc.dd. diagnostici, allo stesso modo c'è un ordine della mente, altrettanto naturale, il quale è punto dato da quella che potremmo chiamare la capacità dell'intelligenza razionale, vale a dire che esso è dato dalla capacità della persona-soggetto di comprendere le cose per quello che le cose stesse sono in realtà e conseguentemente di auto-determinare una propria volontà pienamente cosciente e pienamente consapevole. La possibile «difficoltà operativa» della c.d. diagnosi psichiatrica<sup>44</sup>, dunque, non può negare la contingenza della patologia della mente, o indurre a una «sottovalutazione socializzante» di questa, e allo stesso modo essa nemmeno può ridurre il problema *de quo* a una *summa divisio*, netta, radicale e senza gradazioni, tra la pazzia o incapacità totale del soggetto e la totale salute o capacità della di lui mente, dovendosi, infatti, considerare e vagliare con attenzione e

44 Resa ancora più difficile – se così possiamo dire – dalle assurde tesi esistenzialistiche in virtù delle quali l'esistenza precederebbe e determinerebbe l'essenza (cfr J.P. Sartre, *L'essere e il nulla*, Milano, 1975, *passim*, in particolare pp. 533 e ss.), onde la pazzia non sarebbe patologica, ma sarebbe solo un'espressione di un particolare modo di essere del soggetto, giacché la di lui essenza sarebbe determinata dalla «esperienza prasseologica» che egli stesso fa della propria vita.



competenza metafisiche i singoli casi, alla luce delle rispettive specificità. Ed è ovvio che tutto ciò abbia rilievo al netto – come si dice – delle varie «tare» culturali, ideologiche, sociologiche *et coetera* che pure possono incidere sulle valutazioni personali, ma le quali mai possono obnubilare il binomio ragione-responsabilità che è ontologicamente proprio della persona *compos sui* e che, nella sua manifestazione concreta, ne rappresenta la condizione di normalità, ovvero sia la condizione fisiologica della già citata capacità di agire<sup>45</sup>. Allo stesso modo,

45 Per esempio: l'assassinio commesso dal marito tradito contro l'amante della moglie adultera, per ragioni legate a un certo, particolare modo di concepire l'onore, non viene meno nella sua natura di male, in termini giuridici di reato (nell'originaria formulazione del Codice penale, infatti, esso contemplava *sub art. 587*, quale fattispecie attenuata di reato, lo "omicidio e lesione personale a causa di onore"), né ne viene meno la responsabilità morale e giuridica del suo autore, solo in ragione del contesto sociale e delle influenze culturali che, ipoteticamente, abbiano caratterizzato l'esperienza di vita dell'autore medesimo; non si può dire, infatti, che egli, pur anche avendo agito in uno "stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui" (art. 62 co. II n. 2 c.p.), ovvero in uno stato emotivo o passionale (cfr art. 90 c.p.), particolarmente acuito dell'educazione ricevuta e dal contesto sociale di riferimento, non sia responsabile della condotta compiuta perché incapace di intendere e di volere, in altre parole... perché malato di mente. Allo stesso modo, peraltro, *mutatis mutandis*, non può negarsi la patologia della mente, cioè l'incapacità del soggetto di avere un contegno pienamente razionale e di operare, *compos sui*, secondo i principii proprii della ragione, solo perché un dato atteggiamento, ovvero sia una data abitudine di condotta risultino sociologicamente diffuse. Anche qui, però, occorre una puntualizzazione, pur nell'assoluta brevità dell'analisi. Ebbene, così come le patologie del corpo hanno *in se* una loro possibilità di gradazione, onde non tutte le cardiopatie, per esempio, sono eguali ed egualmente invalidanti, allo stesso modo anche l'approccio alle patologie della mente non può essere ridotto alla dicotomia sano-capace *versus* ammalato-incapace. Dell'incapacità o per meglio dire della deficienza, infatti, quale *vulnus* della mente possono darsi una pluralità di stadii e di manifestazioni. Per esempio una persona potrebbe, pur non avendo altri problemi di natura psichiatrica e pur essendo sostanzialmente capace di intendere e di volere, soffrire una certa deficienza intellettuale, la quale, sempre in ipotesi, potrebbe portarlo a non essere in grado di un completo dominio di sé, in determinate circostanze. È noto, per esempio, che il Codice penale, opportunamente informato a un approccio realistico

evidentemente, non ha rilievo alcuno in questo discorso nemmeno il profilo pratico-operativo delle condotte in sé considerate: ciò che importa, infatti, non è, *in se*, il contegno storicamente tenuto dal soggetto e/o la sua abilità nell'apparecchiarsi i mezzi necessari per perseguire il fine che egli medesimo si è dato, ma è la capacità di comprendere il valore delle proprie azioni e di dominarle fino in fondo. Sicché, così come non è mentalmente malato, ma (*in parte qua*) ignorante, colui il quale non sappia come fare per porre in essere il proponimento della di lui volontà, allo stesso modo, però *a contrario*, è incapace di ragione e dunque è non responsabile-imputabile, colui il quale non sia nella condizione soggettiva sufficiente per avere *hic et nunc* contezza del valore morale del proprio agire e per avere padronanza piena nel dominarlo (e nel dominarsi), indipendentemente dalla di lui abilità tecnica, o dalla di lui possibilità concreto-operativa di realizzare la condotta medesima<sup>46</sup>.

*In secundis*, è opportuno rilevare quanto discende dai discorsi testé fatti e cioè è opportuno comprendere che l'oggettività della salute e conseguentemente della malattia implicano una loro valutazione di carattere razionale e obiettivo. Esse negano e ricusano – potremmo dire sinteticamente – ogni forma di relativismo; anzi... il relativismo stesso è di per sé solo impeditivo della diagnosi, qualunque sia il contenuto di questa e – in termini generali

– come direbbe Castellano – contempli anche l'ipotesi del c.d. "vizio parziale di mente" *sub art. 89 c.p.*

46 Con riferimento al problema della colpa e del dolo relativi alla condotta dell'incapace, infatti, Marcello Gallo opportunamente rileva che "il tentativo di conservare l'accoppiata imputabilità-colpevolezza, rimettendosi all'idea che, per chi non è capace di intendere e di volere, non può parlarsi di dolo io di colpa in senso proprio [...] è il tipico frutto di una presa di posizione concettualistica maturata prima e indipendentemente dal reale normativo. Il quale ci dice che dolo e colpa sono enunciati in termini naturalisticamente riferibili anche all'agire degli incapaci [...]. Se si tratta di dolo, conta che si possa accertare la volizione dell'evento: che sia volizione inficiata da incapacità [...] non rileva. Quanto alla colpa, non c'è dubbio che il metro col quale misuriamo la rispondenza di una certa condotta a regole di precauzione, funziona anche in caso di agire di incapace" (M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2015, II, p. 382).

– esso è impeditivo della stessa pratica dell'arte medica (come di ogn'altra *ars*, è ovvio!)<sup>47</sup>. Se la salute e la malattia, in ipotesi, dipendessero dall'opinione del «paziente», il medico altro non dovrebbe fare se non assecondarne le richieste, ma questo, in termini oggettivi, potrebbe essere di danno alla persona medesima, la quale, infatti, potrebbe ritenersi(/volersi) sana, essendo ammalata, ovvero ritenersi(/volersi) ammalata essendo sana e richiedere al medico, ridotto al ruolo di mero operatore, di prescrivendogli farmaci e/o interventi chirurgici oggettivamente inutili (e in ipotesi dannosi), ovvero di omettere un dato trattamento terapeutico invece oggettivamente necessario. La malattia (cioè il «negativo»), infatti, si può definire e individuare solo in funzione della salute (cioè del «positivo») ed essa solo in virtù dell'ordine proprio della fisiologia, onde ne consegue la natura di bene-in-sé-oggettivo, propria della salute medesima e quella di male-in-sé-oggettivo, propria della patologia<sup>48</sup>. Altro sono le sensazioni o percezioni dipendenti da aspetti di carattere psicologico-soggettivo.

Una diversa «definizione della salute», al contrario, come per esempio quella di “*complet bien-etre physique, mental et social*”<sup>49</sup> data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1946, fa perdere alla salute stessa il suo valore

47 Platone infatti rileva che l'arte regia, per esempio, è esercitata per il bene di coloro i quali ne sono sottoposti, secondo l'ordine proprio della loro natura: essa, invero, non è esercizio di un potere fine a sé stesso, ma è esercizio di un potere qualificato moralmente e ordinato dalla natura e dal bene-in-sé degli uomini che compongono la comunità politica (cfr. Platone, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a), giacché “non esiste scienza [qui il traduttore usa il termine in senso etimologico e non galileiano (nda)] che abbia per oggetto l'utile del più forte e che lo imponga; ciascuna scienza, invece, si occupa del vantaggio del più debole, ossia di chi le è sottomesso” (Platone, *Repubblica*, in Platone, *Tutti gli scritti*, Milano, 2016, p. 1096 [342 d]).

48 Non a caso è stato detto che la malattia “cambia radicalmente il nostro modo di essere e di vivere” (M. Marzano, *Straniero nel corpo*, Milano, 2004, p. 91) anche se essa non muta lo statuto ontologico-personale che ci è proprio *ut natura*.

49 Protocollo relativo alla costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, stipulato a Nuova York il 22 luglio 1946, allegato al D. Lgs del Capo provvisorio dello Stato 1068/1947, il quale ne dà, per l'Ordinamento giuridico italiano, “piena ed intera esecuzione” ex art. 1.

oggettivo: essa, invero, dal suo essere oggettivamente il bene dell'organismo, «scade» al rango di una mera percezione e/o sensazione legata a fattori anche estranei rispetto a quelli propri dell'ordine fisiologico<sup>50</sup>. I problemi della mentovata definizione, infatti, sono due: il primo concerne la qualificazione della salute come benessere e non come bene, cioè come sensazione e non come realtà dell'ordine; il secondo riguarda il riferimento non solo alla sensazione psico-fisica, ma anche – addirittura – al c.d. benessere sociale e ciò, come se la salute potesse dipendere in modo diretto dalle condizioni *lato sensu* sociali, quindi anche economiche, culturali *et coetera*, nelle quali la persona storicamente si trovi. Di talché se la salute “*ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*”<sup>51</sup>, lo stesso stato di salute viene a dipendere dalle percezioni soggettive e dal loro «inevitabile» mutamento<sup>52</sup>,

50 Dello stesso tenore, peraltro, è anche l'art. 12 dello *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, a mente del quale – riprendiamo il testo tradotto e riportato da Salvatore Amato (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, Torino, 2011, p. 2) – viene riconosciuto il “diritto di ognuno a godere del più alto *standard* attendibile di benessere fisico e mentale”.

51 Protocollo relativo alla costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, stipulato a Nuova York il 22 luglio 1946, allegato al D. Lgs del Capo provvisorio dello Stato 1068/1947, *supra* citato.

52 *Contra* è stato sostenuto che la “salute come assenza di malattia [...] si tratta di una definizione che non tiene [...] presenti tutte le dimensioni della persona (psichica, spirituale, sociale) oltre a quella fisica e che riduce la malattia a un evento incidentale nella vita del soggetto” (M.L. Di Pietro, *L'educazione alla salute*, in E. Sgreccia – A.G. Spagnolo – M.L. Di Pietro, *Bioetica*, Milano, 2002, p. 291). La preoccupazione dell'Autore è chiara, ma essa sconta – a nostro avviso – da un lato una concezione «incompleta» del valore della salute come ordine fisiologico del solo corpo e dall'altro un approccio «inclusivo» verso elementi ultranei rispetto al bene che la salute medesima esprime, quali la spiritualità la socialità *et coetera*. Sotto il primo profilo, infatti, l'Autore considera insufficiente la definizione che equipara la salute all'assenza di malattia poiché in essa mancherebbe la considerazione della malattia psichica. Ebbene noi riteniamo – come abbiamo scritto *supra* – che la salute del corpo e la salute della mente concorrano a definire in sé la salute dell'individuo e che, corrispettivamente, la malattia del corpo sia rappresentata da un disordine della di lui fisiologia, come quella della mente è rappresentata da un

onde la persona sarebbe sana se e quando ella si sentisse bene e sarebbe malata se e quando, al contrario, ella percepisse come patologico il proprio stato, indipendentemente dal fatto in sé della di lei salute e della di lei malattia.

La percezione soggettiva, o comunque la sensazione che il soggetto ha, invece, possono essere eventualmente rivelativi di un problema o al contrario di una condizione normale, ma essi non esauriscono in sé medesimi né l'uno, né l'altro. Infatti è sì probabile che il malessere (fisico) rappresenti l'effetto di un sintomo di un male (fisico), come è altrettanto probabile che il benessere (fisico) rappresenti la conseguenza della salute del corpo (e della mente), cionondimeno la percezione di un dato malessere nel caso in cui l'organismo goda buona salute, come anche, al contrario, l'assenza di questa percezione nell'ipotesi della malattia, non sono così remoti nell'esperienza e anzi essi, per esempio, potrebbero essere a loro volta sintomi di una patologia mentale più o meno grave, ovvero di una particolare «risposta» dell'apparato sensoriale da valutarsi a sua volta caso per caso. Non è, dunque, la percezione

---

disordine della capacità razionale del soggetto, onde la salute come assenza di malattia già contempla e la salute del corpo e la salute della mente. Sotto il secondo profilo, poi, riteniamo «pericoloso» confondere la salute propriamente detta, cioè l'ordine fisiologico del corpo e della mente, con le dimensioni spirituali e sociali che pur posso interessare la persona storica: esse, infatti, da un lato non hanno una dimensione obiettiva poiché dipendono dalla particolare sensibilità del singolo soggetto e dai mutamenti di questa a seconda delle circostanze; mentre dall'altro non incidono sul bene obiettivo della fisiologia, quanto piuttosto sulla percezione di benessere *lato sensu* intesa che ciascheduno ha e che giuocoforza dipende dalle condizioni sociali, culturali, economiche di riferimento. Per esempio, un certo disagio rispetto a una condizione di percepita povertà, da un lato può dipendere dal contesto nel quale il soggetto vive e dall'altro muta con il mutare della stessa sensibilità soggettiva. L'impossibilità economica, sempre a titolo d'esempio, di disporre di un'automobile e il possibile stato di disagio che essa ingenera in un particolare soggetto, da un lato dipende dal contesto di riferimento, poiché se il soggetto medesimo vivesse in un contesto diverso tale deficienza egli neppure potrebbe percepire e dall'altro dipende dalla sua personale percezione dell'impossibilità stessa come problema, dacché egli potrebbe anch'essere indifferente rispetto alla cosa, per le più disparate ragioni.

soggettiva a fondare la malattia, così come non è l'assenza di essa a escluderla. Tantomeno può esserlo una percezione che intersechi il piano fisico-corporeo con quello di una non meglio precisabile socialità.

Altro, infatti, sono il bene e il male e altro, tutt'altro, sono il benessere e il malessere: in estrema sintesi, allora, dobbiamo rilevare che il bene e il male – particolarmente con riguardo al tema *de quo*, ma il discorso vale anche, *mutatis mutandis*, per l'aspetto morale e giuridico di essi – hanno *ex se* una loro sostanza metafisica e un loro valore ontologico<sup>53</sup>. Essi, cioè, dipendono e derivano dalla natura buona o malvagia delle cose; che la salute sia un bene *in se*, dunque, dipende non da un'opzione purchessia, ma dalla circostanza in virtù della quale essa salute, rappresentando l'ordine della fisiologia, consente all'organismo di vivere e segnatamente di vivere secondo la sua natura e il suo fine. Allo stesso modo, che la malattia sia un male *in se* dipende non già da una volontà auto-determinantesi in termini *ab-soluti* (foss'anche quella del Legislatore), ma dal suo essere di pregiudizio al buon funzionamento dell'organismo e dunque all'ordine psico-fisico della persona in quanto tale. La malattia è un male, cioè, poiché essa è impeditiva o di una normale funzione del corpo o, *in extremis*, della sua stessa esistenza in vita<sup>54</sup>. Una malattia de-

---

53 Facciamo rinvio – *si vis* – a un nostro recente contributo il quale entra, in parte, nel merito della questione. Cfr R. Di Marco, *Le paradoxes du bien-être contre le bien. Analyse de la sentence de la Cour suprême du Royaume-Uni relative au cas d'Alfie Evans*, in *Catholica*, Paris, Catholica, 2018, 140, pp. 88 – 96.

54 Per esempio la stessa giurisprudenza in materia di danno biologico, proprio per poterlo affermare e per poterlo discernere dal c.d. danno morale, consentendone un'autonoma risarcibilità, deve presupporre l'oggettività di esso in relazione all'oggettività del bene della salute. La Corte Costituzionale, infatti, ha precisato che “il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute, mentre il danno morale subiettivo (ed il danno patrimoniale) appartengono alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto. La menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso, che trasforma in patologica la stessa fisiologica integrità (e che non è per nulla equiparabile al momentaneo, tendenzialmente transeunte, turbamento psicologico del danno morale subiettivo) costituisce l'evento (da provare in ogni caso) interno al fatto illecito, legato da un canto all'altra



gl'occhi (in ipotesi il glaucoma), per esempio, è un male in quanto essa impedisce alla persona di vedere; una malattia delle articolazioni delle gambe (in ipotesi la condropatia rotulea), sempre proseguendo con gli esempi, è un male in quanto essa impedisce alla persona di camminare; una malattia della mente (come, per esempio, il morbo di Alzheimer), in fine, è un male poiché essa impedisce alla persona di essere compote di sé stessa e questo vale, evidentemente, per ogni patologia grave o meno grave che essa sia. *Viceversa* l'organismo c.d. in salute, per restare ai casi *de quibus*, è quello punto capace di vedere autonomamente, capace di camminare senza difficoltà, capace di autodeterminarsi coscientemente *et coetera*<sup>55</sup>.

componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità e dall'altro, alla (eventuale) componente esterna, danno morale subiettivo (o danno patrimoniale) da altro, diverso, ulteriore rapporto di causalità materiale. [...] Il danno morale subiettivo, che si sostanzia nel transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso, è danno-conseguenza, in senso proprio, del fatto illecito lesivo della salute e costituisce, quando esiste, condizione di risarcibilità del medesimo; il danno biologico è, invece, l'evento, interno al fatto lesivo della salute, che deve necessariamente esistere ed essere provato, non potendosi avere rilevanza delle eventuali conseguenze esterne, all'intero fatto (morali o patrimoniali), senza la completa realizzazione di quest'ultimo, ivi compreso, ovviamente, l'evento della menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto offeso. Il danno biologico (o fisiologico) è danno specifico, è un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento" (30 Giugno 1986, Corte Costituzionale, Sentenza № 184, Presidente: Paladini, Relatore: Dell'Andro).

<sup>55</sup> Questo discorso, allora, impone un approccio razionale-metafisico al problema *de quo*, il quale consideri l'organismo umano, la sua fisiologia e la sua patologia per quello che essi sono in sé. Non può essere, allora, né la percezione del benessere fisico a fondare la salute, né è la percezione del malessere o del disagio a fondare la malattia. La prova di ciò, peraltro, è tosto offerta anche dalla circostanza in virtù della quale alcune patologie come per esempio il diabete, i primi stadii delle coronaropatie, le prime fasi di sviluppo tumorale *et similia* sono cc.dd. asintomatiche; esse, cioè, non vengono percepite dal soggetto colpito, il quale avverte, *coeteris paribus*, uno stato di benessere pur in costanza del morbo. *Viceversa*, possono darsi altre situazioni nelle quali la persona, pur essendo sostanzialmente sana e nel corpo e nella mente, per una sua particolare psicologia, ovvero per la concomitanza di determinati elementi esterni, avverte una condizione di generale malessere. L'esempio, poi, della patologia psichiatrica rappresenta

La salute e la malattia, peraltro – e qui sfioriamo un diverso, ma connesso problema – nemmeno possono ridursi a un'applicazione meccanica di protocolli convenzionali (siano essi *lato sensu* medico-operativi, legislativo-normativi, assicurativo-previdenziali *et coetera*). È da ritenersi infatti del tutto arbitraria e assai pericolosa la pratica di fare dipendere la salute e la malattia medesime, dunque anche l'esito della c.d. diagnosi (della quale è proprio di riconoscere la salute e la malattia), da un mero procedimento sussuntorio della fattispecie concreta, rappresentata dal c.d. caso clinico (o per meglio dire dalla sintomatologia riferita dal «paziente»), entro gl'estremi di un dato e astratto modello di riferimento. Per esempio, risulta concettualmente assurdo fare dipendere la diagnosi del diabete dal mero superamento, pur reiterato, dei valori glicemici fissati dai «riscontri-soglia» di riferimento: il medico, infatti, pur dovendo considerare attentamente il rilievo statistico e l'evidenza di un'anomalia almeno apparente, egli deve sempre e necessariamente valutare *in casibus* se un dato riscontro strumentale abbia natura patologica o se esso invece sia da ritenersi fisiologico con riguardo all'organismo concreto sottoposto alle cure della di lui arte (lo stesso discorso vale, ovviamente, anche per la pressione del sangue, per i valori del colesterolo *et coetera*). Non entriamo, ora, nel merito delle cc.dd. linee guida, né nell'analisi della loro disciplina normativa (recentemente novellato ex L. 24/2017 c.d. Legge Gelli – Bianco), ma rileviamo soltanto questo, che nell'ipotesi in virtù della quale esse, pur elaborate sulla base di studi e di ricerche anche seriamente condotti, venissero utilizzate dal medico stesso in modo schematico, *ergo* senza una prudente attenzione al caso concreto, ciò determinerebbe una sovrapposizione della statistica alla clinica, con conseguente abbandono della medicina stessa intesa come *ars*<sup>56</sup>. Né, infatti, le cc.dd. linee

la c.d. prova del nove: quale persona malata di mente, infatti, è conscia del di lei male ed è consapevole di essere incapace di intendere e di volere?

<sup>56</sup> È stato rilevato, invero, che "i modelli antropologici del passato suggerivano una prospettiva filosofica che [... non deve (nda)] andare perduta. Non serve a

guida possono creare la patologia e/o stabilire *ex se* i principii della salute, né la di loro applicazione può essere fatta trattando del paziente – e dunque del caso concreto – come se l'organismo umano replicasse sempre e necessariamente un «astratto» schema progettuale suo proprio. Onde i problemi delle linee guida *lato sensu* intese sono due: un primo, preliminare, concerne il loro fondamento e dunque sia il loro «valore medico», giusta la natura dell'organismo umano, sia il loro «valore morale», giusta la natura della persona; un secondo, poi, concerne la loro applicazione e cioè il modo nel quale esse vengono utilizzate nell'ambito della c.d. pratica clinica. In questo senso, peraltro – ci limitiamo a un minimo cenno – parrebbe essere orientata anche la citata L. 24/2017, la quale, se da un lato pur prescrive all'esercente le professioni sanitarie di attenersi alle “raccomandazioni previste dalle linee guida” (art. 5 co. I), dall'altro essa fa “salve le specificità del caso concreto” (*ibidem*) e anche quando all'art. 6 la medesima legge contempla l'esclusione della responsabilità per “i fatti di cui agli articoli 589 e 590” del Codice penale, commessi dal sanitario per imperizia, qualora egli abbia “rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida” (*ibidem*) essa comunque, opportunamente, pone la condizione che “le raccomandazioni [*de quibus* (nda)] risultino adeguate alle specificità del caso concreto” (*ibidem*). Ciò significa che anche il Legislatore, in questo caso, ha avvertita, sia pure indirettamente, la necessità di cogliere l'intervento medico-terapeutico nel suo *proprium*, vale a dire nel suo essere un intervento caratterizzato dalla professionalità intrinseca all'arte medica, la quale, conoscendo e dovendo conoscere l'ordine oggettivo della realtà della salute, può riconoscere e deve riconoscere il disordine altrettanto oggettivo dell'effettività della patologia e ciò, proprio per potere attuare il fine suo proprio consistente nel ristabilire la normalità delle condizioni psico-fisiche all'interno dell'organismo trattato. Concludendo ora il discorso con una battuta finale, potremmo coerente-

preparare un farmaco, ma allarga l'orizzonte etico di comprensione della sofferenza” (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 6).

mente dire che il «valore» delle cc.dd. linee guida e dunque la stessa possibilità di riferirsi a queste e per la pratica dell'arte medica e per la valutazione morale e giuridica dell'operato del professionista, risiede non mai nel loro essere protocollo o schema operativo *sic et simpliciter*, quanto piuttosto esso risiede (ovviamente se vi sia un vero fondamento!) nella loro natura di *lex artis*, vale a dire che esso risiede nella loro capacità di esprimere una norma intrinseca all'arte medica stessa e fondata sulla medesima natura dell'organismo umano<sup>57</sup>.

*In tertiis*, finalmente, rileva un ultimo elemento, a nostro avviso utile assai per avere chiaro quantomeno lo σχῆμα del quadro concettuale necessario ad affrontare i problemi *de quibus*. Si tratta del rapporto tra effetto della patologia (potremmo anche impropriamente parlare di «sintomo») e patologia stessa, ché, infatti, risulta di fondamentale importanza distinguere i due termini della questione, in quanto una loro confusione potrebbe ingenerare equivoci anche nella definizione di un criminale discreto oggettivo tra terapia (propriamente intesa) e assistenza.

Il sintomo *lato sensu* inteso, invero, il quale può anche manifestarsi sotto forma di deficienza o di incapacità dell'organismo di compiere determinate funzioni, rappresenta la conseguenza e/o l'effetto di una data condizione patologica della persona medesima: le persone, infatti, le quali, per esempio, non possono nutrirsi per la via normale dell'alimentazione, così come quelle che non riescono a respirare autonomamente, o quelle che hanno una tale deficienza della deambulazione da non potersi muovere, con le loro incapacità e con il loro stato di invalidità funzionale, manifestano l'effetto, diretto o indiretto, di una o più patologie che in qualche modo le affliggono e ciò, anche se, evidentemente, le patologie medesime non si esauriscono nella loro «immediata conseguenza» *id est*, nella deficienza che si può notare *ictu oculi*. La questione, allora, impone

57 Che poi sul contenuto delle cc.dd. linee guida si possa e si debba discutere è un diverso discorso, come diverso è quello che riguarda la loro genesi e la finalità di risparmio loro attribuita. Cfr sul tema, L. Ventre (a cura di), *Responsabilità e linee guida*, Udine, 2017.

(quantomeno) due considerazioni: una prima concerne il rapporto patologia-organismo-persona; una seconda, invece, riguarda il profilo della terapia e la necessaria distinzione tra cura e assistenza.

Ebbene, quanto al primo aspetto giova di rilevare che la patologia, se è sempre patologia dell'organismo, in quanto ne rappresenta una certa manifestazione di disordine, essa è nel contempo sempre e necessariamente una malattia che colpisce la persona in quanto tale. Ciò non significa – è ovvio – che la personalità dell'ammalato subisca una *capitis deminutio* per effetto della patologia, o che essa ne scemi la dignità subiettiva – un tanto sarebbe assurdo e contraddittorio rispetto alle stesse premesse concernenti la natura della persona *in se* –, ma significa, invece, che la malattia, colpendo un organo o una porzione dell'organismo, essa affligge necessariamente la persona nell'insieme del suo corpo. In questo senso, allora, – facendo un esempio – la cardiopatia non interessa «solamente» il cuore del cardiopatico, essa non rappresenta, cioè, una mera patologia di un suo organo, ma interessa l'organismo tutto del cardiopatico medesimo e dunque interessa il cardiopatico come persona: egli, infatti, non ha, propriamente parlando, il cuore ammalato *sic et simpliciter*, ma è ammalato di cuore, cioè è ammalato a causa del cattivo funzionamento del muscolo cardiaco.

Ne consegue, allora, che la cura, per essere veramente tale e cioè per essere veramente in funzione del bene dell'organismo-persona, essa non può curare la malattia senza curare l'ammalato<sup>58</sup>: essa, cioè, non può curare l'organo senza curare e senza considerare l'organismo nel suo insieme complesso. E tutto ciò – si badi – proprio in virtù di quanto già si diceva in principio relativamente al fatto che l'organismo, per sua natura, è un tutto ordinato e coordinato secondo la propria essenza e secon-

58 Molto opportunamente, infatti, Francesco D'Agostino rileva che “se è vero che [...] il dolore aggredisce la dimensione fisica dell'individuo, mentre la sofferenza aggredisce l'io nella sua unicità, ne segue che appartiene alla eticità intrinseca della medicina quello di prendere sì sul serio l'orizzonte circoscritto della mera fisicità, integrandolo però nel ben più complesso orizzonte della persona” (F. D'Agostino, *Parole di bioetica*, Torino, 2004, p. 57).

do il proprio fine. La prescrizione dei farmaci, per esempio, o di un intervento chirurgico, non può considerare «specialisticamente» la mera patologia dell'organo ammalato e tendere a contenerla o a eliminarla, senza nel contempo e innanzitutto considerare l'effetto che i farmaci medesimi hanno o possono avere su tutto il corpo e sulla persona in sé, onde il trattamento c.d. terapeutico, prima ancora di dovere essere (tendenzialmente) efficace per l'eliminazione del morbo, esso non dev'essere di danno a colui il quale ne viene sottoposto: *primum non nocere*<sup>59</sup>! Il medico, infatti, che operando in modo tecnicamente ineccepibile con riguardo alla pratica di un dato «protocollo terapeutico» e dunque con riguardo alla procedura di eliminazione di una data patologia, cagionasse comunque la morte o una lesione personale al paziente, in quanto l'organismo di lui non è stato in grado, per le più disparate ragioni, di sopportare l'intervento praticatogli, egli, *coeteris paribus*, non potrebbe andare esente da responsabilità civile e penale determinata da negligenza – potremmo ipotizzare – e ciò, proprio per non avere egli medesimo opportunamente e diligentemente considerati tutti i problemi specificamente inerenti alla persona affidata alle di lui cure.

Quanto al secondo aspetto, poi, rileva l'indigenza di discernere la cura propriamente detta, cioè l'intervento medico finalizzato a debellare il morbo e a ripristinare l'ordine fisiologico dell'organismo malato<sup>60</sup>, dalle atti-

59 È noto il testo del c.d. giuramento ippocratico, il quale fa dire al medico giurante: “ἐπὶ δηλήσει δὲ καὶ ἀδίκῃ εἰργάζειν”.

60 In termini analoghi – come è noto – parla della terapia anche san Tommaso d'Aquino nell'ambito dell'analogia che egli propone tra male del corpo e male della società. San Tommaso, infatti, dice che il “*medicus in sua operationem intendit sanitatem, quae consistit in ordinata concordia umorum. [...] Medicus autem abscindit membrorum putridum bene et utiliter, si per ipsum immineat corruptio corporis*” (San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II, II, q. CVIII, a. 3). Tommaso – si badi – mette in luce tre aspetti che noi abbiamo ritenuti di particolare interesse: un primo concerne la considerazione della salute come ordine oggettivo del corpo; un secondo riguarda il fine della terapia rappresentato dal ripristino dell'ordine fisiologico; un terzo – forse meno evidente (ma ritrovabile anche sub



vità – diremo – sussidiarie e ancillari rispetto alla cura, le quali possono ricondursi nell'alveo concettuale dell'assistenza *lato sensu* intesa. Prestare assistenza, infatti, significa apparecchiare a favore del soggetto bisognoso tutte le provvidenze necessarie ad alleviarne i sintomi della patologia e a consentirne il mantenimento in vita. Per esempio, l'assistenza alla ventilazione della persona incapace di provvedervi autonomamente, come anche una particolare procedura per consentirne l'alimentazione e l'idratazione, al pari delle pratiche igieniche e/o delle procedure riabilitative o conservative dell'apparato scheletrico e dei tessuti (come per esempio quelle atte a evitare il formarsi delle cc.dd. piaghe da decubito), non possono considerarsi pratiche terapeutiche *stricto sensu* intese, imperocché il loro fine non è appunto terapeutico, cioè curativo rispetto alle patologie che sono causa delle deficienze *de quibus*, ma è «meramente assistenziale». Il fine che esse perseguono, invero, al di là degli aspetti procedurali che le caratterizzano e al di là delle professionalità che esse richiedono, è conservativo e satisfattivo rispetto alle esigenze fisiologiche della persona: la necessità di alimentarsi, di idratarsi, di respirare, di muoversi *et coetera*, infatti, non sono necessità determinate dalla patologia, non sono sintomi di un morbo, né tantomeno sono patologie esse stesse, ma si tratta di necessità naturali dell'organismo vivente. Sicché, nell'ipotesi in cui una data patologia impedisca alla persona di provvedere autonomamente all'appagamento delle naturali indigenze che essa ha, la peculiare procedura di assistenza che la loro soddisfazione richieda non ne trasforma l'essenza fisiologica e normale, così come non può qualificare l'assistenza medesima in guisa di terapia.

### 3. CENNI SULLA «GRAMMATICA» DEL C.D. INTERVENTO MEDICO.

Prima di entrare nel merito dei problemi posti dalle cc.dd. disposizioni di trattamento,

art. 5 c.c.) – sfiora il problema relativo alla legittimità delle mutilazioni corporee per il fine di preservare la vita dell'organismo tutto.

giova soffermarsi – sia pure brevemente – su due questioni di particolare rilievo: la prima concerne la «natura» dell'intervento (*in se*) terapeutico; la seconda riguarda la «declinazione» del rapporto paziente-medico.

Quanto al primo aspetto, allora, in aggiunta alle osservazioni già presentate *supra* e in continuità con le stesse, possiamo concludere definendo la terapia o intervento terapeutico come qualunque intervento sull'organismo ammalato, il quale abbia per effetto o per scopo (ricordiamo che l'obbligazione terapeutica propriamente detta è un'obbligazione di diligenza e non di risultato, in virtù della sua stessa natura) il ripristino dell'ordine fisiologico proprio dell'organismo medesimo e ciò, indipendentemente dal mezzo «tecnico» (farmacologico, chirurgico, psichiatrico, fisiatrico *et coetera*) utilizzato *in casibus*.

La terapia o intervento terapeutico, dunque, *ex uno latere* presuppone la patologia dell'organismo sottoposto e la corretta diagnosi della stessa, non essendo e non potendo essere propriamente terapeutico nessun intervento realizzato sopra un individuo sano, ovvero senza un previo accertamento della di lui patologia in atto, o per un fine diverso da quello della cura ed *ex alio* essa presuppone la *lex artis* propria del medico, il quale, infatti, può curare nel vero senso della parola solo avendo conoscenza piena della fisiologia e dell'ordine che essa medesima esprime *ex se* e dunque solo avendo intelligenza metafisica del bene che è in sé (oggettivamente) proprio dell'organismo sul quale egli interviene... allo scopo di «ripristinarlo».

La terapia, insomma, ha necessariamente per suo fine la cura dell'ammalato (attraverso l'eliminazione della di lui malattia) e per sua regola la norma della di lui natura, *rectius* la norma che è espressa dalla natura psico-fisica del di lui organismo (*id est*, la norma della fisiologia).

Ciò significa, allora, che non rientra nel novero degli'interventi propriamente terapeutici né l'insieme delle pratiche *lato sensu* assistenziali (riabilitative, di alimentazione e idratazione, di ventilazione *et coetera*), cui abbiamo fatto precedentemente cenno; né le attività (particolarmente quelle strumentali) che perseguono un mero fine diagnostico

(auscultazione, palpazione, radiografie, esami di laboratorio *et coetera*), anche se la diagnosi rappresenta, come detto, la premessa della terapia; né, ancora, gl'interventi di carattere profilattico e/o preventivo (somministrazione dei cc.dd. vaccini, profilassi antibiotica *praeoperatoria*, asportazione chirurgica di organi, come nel caso della mastectomia c.d. preventiva, finalizzata a scongiurare l'eventualità di un carcinoma mammario *et coetera*) che tendono a preservare l'organismo medesimo da una possibile affezione morbosa; né – vi facciamo un mero cenno – le cc.dd. pratiche di potenziamento del corpo umano (impianti chirurgici per accrescere la funzionalità di alcuni organi, somministrazione di sostanze finalizzate ad aumentare alcune prestazioni fisiche [c.d. *doping*], manipolazioni genetiche sugli embrioni *et coetera*) che ambiscono a svilupparne innaturalmente alcune funzioni fisiologiche; né, in fine, gli interventi sul corpo (chirurgia estetica, interventi cc.dd. ricostruttivi *et coetera*), i quali abbiano per iscopo la mera realizzazione di un effetto *lato sensu* estetico o la mera attenuazione di alcuni «sintomi» o «effetti» pur causati da una patologia (terapia del dolore, applicazione di apparecchi finalizzati ad agevolare il senso dell'udito o della vista, elaborazione di protesi ortopediche *et coetera*).

Ovviamente – su questo dobbiamo essere molto chiari – la *summa divisio* tra quanto rientra nel concetto di intervento strettamente terapeutico e quanto ne sta al di fuori, non discernere immediatamente ciò che è buono e meritorio, poiché *in se* necessario, da ciò che è necessariamente superfluo, se non addirittura censurabile in quanto realizzato con mere finalità di comodo o in quanto nocivo, addirittura, per la persona; ma solo circoscrive – diremo – la terapia stessa entro il proprio alveo concettuale e ontologico. Che poi anche alcuni «interventi medici» di natura non propriamente terapeutica, così come gl'interventi *lato sensu* assistenziali, siano altrettanto funzionali al bene *in se* della persona e siano altrettanto necessari per la di lei salute, infatti, è questione del tutto evidente: basti considerare, per esempio, oltre alla già citata attività diagnostica, la prescrizione delle lenti correttive ai miopi, che consentono

loro di sopperire a una deficienza del *visus*; le cc.dd. campagne vaccinali, che preservano *in parte qua* i soggetti sottoposti da certune affezioni; le somministrazioni analgesiche, che attenuano il dolore provocato da una malattia del corpo; la c.d. assistenza protesica, che supplisce alle mutilazioni fisiche; la prescrizione di psicofarmaci *lato sensu* intesi, che permette un certo «controllo» degli effetti delle patologie psichiatriche; la stessa chirurgia estetica c.d. ricostruttiva, che ripristina la naturale condizione del corpo danneggiato da un evento traumatico o da un intervento chirurgico-terapeutico (si pensi al ripristino del setto nasale rotti a seguito di un incidente automobilistico, o alla mastoplastica successiva a un intervento di mastectomia) *et coetera*. Tutte queste provvidenze mediche, infatti, pur non essendo propriamente terapeutiche, poiché esse non curano alcuna patologia, sono comunque buone per la persona sottoposta in quanto esse medesime le giovano nell'ordine proprio del bene di lei: esse sono serventi e adiuvanti, cioè, rispetto alla sua salute, attenuano gl'effetti della malattia che l'affligge, consentono una sopportazione meno straziante di questa, evitano o rallentano il peggioramento delle di lei condizioni generali *et similia*.

Ciò che importa rilevare, dunque, con riguardo alla coorte degli «interventi medicalizzati» sopra l'organismo umano, ma non immediatamente terapeutici, è la loro tripartizione concettuale tra <sup>a)</sup> attività di assistenza alla persona, necessarie per la sua stessa vita; <sup>b)</sup> attività non indispensabili (anche se ipoteticamente doverose sul piano morale), ma comunque *in se* buone, nell'ordine proprio della natura umana e <sup>c)</sup> attività le quali, invece, rappresentano una sostanziale *iniuria* contro il soggetto, anche se esse siano da lui autorizzate e/o rivendicate come attuazione di un proprio diritto all'assoluta autodeterminazione del *velle in corpore suo*.

Per esempio tra le attività non *in se* terapeutiche, cioè non finalizzate alla cura dell'ammalato *stricto sensu* intesa, ma evidentemente indispensabili per il di lui mantenimento in vita rientrano la ventilazione, l'alimentazione e l'idratazione, le quali *supra* abbiamo già quali-

ficato come attività di assistenza: esse, infatti, non sono né attività terapeutiche, dacché nulla possono curare; né sono attività propriamente mediche, anche se ipoteticamente medicalizzate (cioè da realizzarsi attraverso una procedura tecnicamente qualificata), poiché non si sostanziano in «interventi sul corpo», quanto piuttosto in «provvidenze per il corpo».

Tra le attività non terapeutiche e nemmeno assistenziali, ma comunque necessarie per il bene oggettivo della persona, invece, rientrano, sempre a titolo d'esempio, le prescrizioni delle protesi funzionali a compensare oggettive deficienze dell'organismo, vi rientra la c.d. chirurgia ricostruttiva, la c.d. terapia del dolore *et coetera*. Si tratta, insomma, di pratiche propriamente mediche, poiché invasive rispetto all'organismo sottopostovi e non già assistenziali, ma orbe – diremo – di un fine *in se* terapeutico: esse, piuttosto, sono caratterizzate da un fine adiuvante rispetto all'ordine della salute.

Tra le attività non necessarie al bene della persona e anzi lesive dell'ordine oggettivo suo proprio e della di lei dignità, *viceversa*, rientrano tutte le forme di strumentalizzazione del corpo umano attuate, direttamente o indirettamente, per finalità *lato sensu* di comodo: per esempio vi rientra il c.d. accanimento terapeutico, che proprio in quanto accanimento non è *in se* terapeutico...; vi rientra ogni forma di mutilazione dell'organismo non indispensabile per la di lui conservazione<sup>61</sup> (compresa l'asportazione degli organi per finalità di c.d. donazione<sup>62</sup>); vi rien-

61 L'art. 5 c.c., per esempio, fa divieto di compiere «atti di disposizione del proprio corpo [...] che (nda) cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica» e quindi siffatta disposizione nega il diritto di autodeterminare qualsiasi volontà e di realizzare qualunque opzione, le quali abbiano a oggetto il corpo umano, anche se la volontà e l'opzione *de quibus* siano quelle, «libere» e consapevoli, del «titolare» di esso.

62 La L. 458/1967, all'art. 1 prevede che «in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del Codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi» e ciò, purché siano rispettate le seguenti condizioni: precedenza dei parenti sugli estranei (art. 1 co. II *et* III), maggiore età, capacità naturale del donante e verifica giudiziale dei requisiti (art. 2 co. II *et* III) gratuità e assenza di condizioni dell'atto dispositivo (art. 2 co. IV), giudizio tecnico favorevole al prelievo e al trapianto (art. 2 co. V), stato di necessità del donatario e

tra ogni pratica di c.d. potenziamento umano (chirurgica, farmacologica, genetica *et coetera*); vi rientra l'uso del corpo medesimo per fini di mera sperimentazione farmacologica<sup>63</sup> *et coetera*. In questo caso, infatti, pur riscontrandosi una medicalizzazione della procedura e una obiettiva invasività degli interventi, non può parlarsi né di assistenza né di terapia, altro e diverso essendone il fine e la natura.

Insomma – concludendo il discorso – vi sono due ordini di problemi da considerare e da non confondere: il primo riguarda il crinale discrezionale tra <sup>a)</sup> terapia o cura propriamente dette e <sup>b)</sup> attività non-terapeutiche; mentre il

---

suo consenso (art. 4), nullità di pattuizioni accessorie, in particolare di quelle concernenti compensi (art. 6). Lo stesso schema, peraltro, è ripreso anche dalla L. 483/1999, la quale, all'art. 1, co. I, prevede che «in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi», facendo rinvio, in quanto compatibili, alle norme *sub* L. 458/1967. Un tanto impone di rilevare questo: <sup>a)</sup> che il Legislatore non consente l'assoluta autodeterminazione del *velle* in ordine agli atti dispositivi del proprio corpo, impendendo, a titolo d'esempio, la compra-vendita degli organi medesimi e/o la disposizione, anche a titolo di donazione, di organi diversi da quelli per i quali la legge stesse ne prevede espressamente la possibilità e <sup>b)</sup> che, se l'Ordinamento pur consente, nei casi veduti e con le garanzie considerate, la donazione di un rene e di «parti di fegato», esso non consente, invece, la donazione di altri organi o di altre parti del corpo la cui asportazione o recherebbe un pregiudizio «troppo» grave alla vita del donante – come nel caso della donazione di una cornea, di un arto *et similia* – o ne cagionerebbe la morte.

63 Basti considerare il disposto dell'art. 1 co. V del D.P.R. 2011/2003 a mente del quale «è fatto divieto di offrire, elargire o richiedere incentivi o benefici finanziari per la partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica, ad eccezione delle eventuali indennità per il volontario sano», sicché è da escludersi la possibilità di appaltare il proprio corpo ai fini di una o più sperimentazioni. Inoltre, la medesima disposizione, all'art. 3, co. I, lett. a), prescrive, quale pre-requisito necessario per l'intrapresa della sperimentazione, che «i rischi e gli inconvenienti prevedibili siano stati soppesati rispetto al vantaggio per il soggetto incluso [...] e per altri pazienti attuali e futuri» e nondimeno l'Ordinamento, con una diversa disposizione, coerentemente impone che «la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti della sperimentazione prevalga [congiuntivo nostro (nda)] sugli interessi della scienza e della società» (art. 3 co. I del D. Lgs 200/2007).



secondo riguarda la *summa divisio* tra <sup>a)</sup> interventi sul corpo umano o per il corpo umano necessari al fine di mantenerlo in vita; <sup>b)</sup> interventi finalizzati al bene oggettivo (dell'ordine) della sua salute e <sup>γ)</sup> interventi che gli recano nocimento (altrettanto oggettivo), anche se posti in essere attraverso una procedura tecnicamente qualificata.

Come è noto e come abbiamo brevemente veduto, infatti, si dànno terapie non indispensabili per il mantenimento in vita della persona (per esempio la discectomia dell'ernia discale); si dànno interventi assistenziali non terapeutici, ma necessari affinché la persona stessa non perisca (per esempio la c.d. alimentazione parenterale); si dànno interventi medici non terapeutici, ma comunque finalizzati al bene del paziente (per esempio la c.d. leniterapia); si dànno interventi *lato sensu* tecnico-medici (*recte*, tecnicamente medicalizzati), i quali invece sono di nocimento all'organismo umano (per esempio l'asportazione di un organo sano); si dànno interventi realizzati per mere finalità di comodo (per esempio la mastoplastica additiva) *et coetera*. I piani del ragionamento, dunque, si intersecano tra loro e manifestano problematiche diverse e complesse, il cui peso *in rebus iuris* non è affatto di poco momento.

Noi, in questa sede, non possiamo soffermarci più oltre sul tema *de quo*. Il discorso appena cennato, infatti, ci occorre solamente per gettare uno sguardo sulla seconda delle questioni preliminari alla quale abbiamo fatto riferimento in principio, ovvero su quella concernente la natura (la causa, potremmo dire<sup>64</sup>) del rapporto paziente-medico. Anche in questo caso, peraltro, ci limiteremo a una scarna schematizzazione, giacché una compita disamina

64 Il Diritto civile, come è noto, studia la "causa del negozio: *cur contractum est?*" (A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005<sup>42</sup>, p. 133) e rileva che "un concetto di causa, come punto di riferimento della volontà e come base di una giustificazione sociale, si deve riscontrare in qualsiasi atto volontario che miri a un riconoscimento giuridico" (*ibidem*). La causa del negozio, infatti, va oggettivamente definita come "proprio scopo immanente, come la ragione e funzione economico-sociale di ciascun negozio [ed essa (nda)] non si deve confondere con lo scopo individuale [intimo-soggettivo (nda)], con l'impulso che induce il soggetto al negozio, cioè con il motivo" (*Ivi*, p. 134).

del tema *de quo* richiederebbe innanzitutto di considerare (anche con riferimento all'evoluzione che la Giurisprudenza ha avuta sul punto) la genesi e la funzionalità del rapporto contrattuale, sia nel caso della c.d. libera professione, sia nel caso della c.d. prestazione di ospedalità, sia, da ultimo, nel caso del c.d. lavoro di/in *équipe*; la qualcosa, evidentemente, risulta ultronea rispetto ai fini di questo breve contributo.

Ebbene in termini generalissimi potremmo ora rilevare che il rapporto paziente-medico manifesta una triplice possibilità di declinazione causale: esso, infatti, può essere concepito <sup>a)</sup> come rapporto terapeutico propriamente detto; <sup>b)</sup> come rapporto di mera consulenza; <sup>γ)</sup> come rapporto eminentemente tecnico o di *locatio operarum*. Rileviamo immediatamente, a scanso di equivoci, che dalla coorte di fattispecie testé vedute resta esclusa quella concernente il c.d. rapporto di assistenza e ciò inquantoché, come abbiamo *supra* rilevato, essa esula dal trattamento medico *stricto sensu* inteso, non essendo realizzata «sul corpo», ma «per il corpo», cioè non essendo una pratica di modificazione delle funzioni corporee, ma solo di mantenimento delle stesse.

Con il rapporto terapeutico propriamente detto, infatti, il medico al quale il paziente si affidi per essere curato, assume una generale obbligazione di cura: egli, cioè, assume l'obbligo di fare – in scienza e coscienza, ovvero sia nel libero esercizio dell'arte medica – tutto ciò che risulti obiettivamente necessario o utile ai fini del bene oggettivo della persona. In altri termini, il medico che assuma l'obbligazione propriamente terapeutica dovrà valutare quale sia il migliore approccio al caso concreto che egli è chiamato ad affrontare e dovrà procedere nel modo che egli reputi più opportuno con riferimento alle condizioni generali, anche psicologiche, del paziente concreto. Per esempio, il medico-terapeuta, ottenuto lo «incarico terapeutico»<sup>65</sup>, cioè l'incarico di curare

65 Le «fonti» dell'incarico possono essere molteplici, tra le quali, per esempio, potrebbe farsi riferimento anche al c.d. contatto sociale che "surroga la consensualità tipica dell'accordo negoziale, giustificando la nascita di vincoli contrattuali in tutto equivalenti a quelli generati da un contratto di prestazione d'opera" (M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice*

il paziente *sic et simpliciter*, dovrà innanzitutto valutare se e quali informazioni riferirgli<sup>66</sup>;

*medica*, Milano, 2009<sup>2</sup>, p. 109). Il «principio» *de quo* peraltro emerge anche dalla Giurisprudenza della Cassazione, la quale ha già chiaramente affermato che “l’obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul ‘contatto sociale’, ha natura contrattuale” (11 Gennaio 2008, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza № 577).

66 *Contra* l’impianto giurisprudenziale più consolidato, secondo il quale “il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, potrà conseguire alla allegazione del pregiudizio” (23 Marzo 2018, Suprema Corte di Cassazione, Sez. III Civile, Sentenza 7248). La Cassazione, infatti, dopo avere detto che “il consenso informato [...] pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute” (20 Agosto 2013, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza 19220), coerentemente afferma che “la finalità dell’informazione che il medico è tenuto a dare è [...] quella di assicurare il diritto all’autodeterminazione del paziente” (*Ibidem*) giacché “il diritto all’autodeterminazione [...] rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell’individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita [...] in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive” (9 Febbraio 2010, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 2874). Conseguentemente e coerentemente, allora, la medesima Corte arriva ad affermare che “anche in caso di sola violazione del diritto all’autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione, per essere stato l’intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può [...] sussistere uno spazio risarcitorio” (*Ibidem*). In senso conforme, *ex multis*, cfr 16 Maggio 2013, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza 11950; più recentemente, poi, è stato affermato che “la lesione del diritto ad esprimere il c.d. consenso informato da parte del medico si verifica per il sol fatto che egli tenga una condotta che lo porta al compimento sulla persona [*recte*, sul corpo (nda)] del paziente [...] di atti medici senza avere acquisito il suo consenso” (21 Giugno 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 12205) talché “il danno conseguenza [...] è [...] rappresentato

dovrà scegliere se e quale pratica terapeutica applicargli ed eventualmente in quali termini renderlo partecipe; dovrà valutare, nell’ipotesi di un intervento (anche chirurgico), quali siano le modalità procedurali più idonee e ciò, con il solo fine del bene oggettivo del paziente medesimo *et* indipendentemente dallo spettro informativo che egli ha potuto o ha (fondatamente) ritenuto opportuno di «condividere» con lui.

Nell’ambito, dunque, di un rapporto siffatto, l’intervento propriamente terapeutico, cioè quello finalizzato alla cura *in se* dell’ammalato, è sempre legittimo ed è sempre giustificato dal suo medesimo fine qualunque sia la pratica concretamente attuata; esso, infatti, con riguardo al medico è libero... nella libertà dell’arte che egli esercita: esso, cioè, è libero, non in quanto sia arbitrario, ma poiché è regolato ed è ordinato *ex se* dalle stesse *normae* dell’arte medica (*ergo* dalle regole che la natura stessa del corpo umano esprime *ex se*). È del tutto chiaro, allora, che nell’ambito di un siffatto rapporto, se il medico è – come abbiamo detto – libero di attuare gli interventi strettamente terapeutici che egli reputi necessari per il fine della cura del suo paziente e se egli è libero di farlo secondo le sue prudenti valutazioni, in applicazione dei principii proprii della medicina, egli stesso, però, non può ritenersi altrettanto libero per quanto riguarda gli interventi non propriamente terapeutici anche se finalizzati al bene della persona. Per questi ultimi, infatti, occorre qualificare un differente rapporto, nell’ambito del quale vengono a rilevare ulteriori e distinte specificità causali: altro, infatti, è il rapporto terapeutico del quale stiamo trattando e altro – si badi bene – è il rapporto che abbia per oggetto una consulenza e un’attività tecnica finalizzate a «contenere» gli effetti di una patologia non curabile. Ciò significa – è

dall’effetto pregiudizievole che la mancata acquisizione del consenso [...] ha potuto determinare sulla sfera della persona del paziente” (*Ibidem*). Ne consegue – attenzione – che il medico il quale abbia agito *lege artis* e abbia effettivamente curato il paziente, giovando alla salute di questo e ripristinando nel suo organismo l’ordine proprio della fisiologia, debba comunque risarcirlo del... danno da mancata acquisizione del consenso, avendogli provocate “sofferenza e [...] contrazione della libertà di disporre di sé stesso psichicamente e fisicamente” (*Ibidem*).

chiaro – che sotto il profilo pratico-operativo della questione, le declinazioni della complessa relazione paziente-medico presentino elementi di compartecipazione dinamica, anche se le specificità attinenti a ciascun rapporto rimangono sempre causalmente definite nel loro *proprium*. La complessità stessa della relazione *de qua*, infatti, è punto data in virtù di tali elementi ed essa si costruisce, realisticamente, sulla base delle effettive circostanze del caso concreto. Sicché, all'interno di un'ampia relazione paziente-medico possono darsi una pluralità di rapporti anche differenti tra loro, a seconda delle varie specificità che la relazione stessa assume *in casibus*; per esempio, un rapporto di *locatio operarum* avente a oggetto la realizzazione di un intervento di c.d. chirurgia estetica per finalità di mero comodo, potrebbe essere occasione per un diverso e circoscritto rapporto terapeutico e ciò, nell'ipotesi in cui una complicazione dell'intervento medesimo richiedesse certune cure indifferibili da parte del medico. In questo caso, infatti, la terapia non verrebbe somministrata o praticata eccedendo i limiti del rapporto meramente tecnico, ma verrebbe somministrata o praticata nell'ambito di un diverso rapporto, eventualmente costituitosi *per facta concludentia*, la cui causa è punto quella terapeutica. E lo stesso discorso, poi, *mutatis mutandis*, può essere fatto anche nell'ambito di differenti circostanze.

Un tanto precisato, allora, con riguardo al c.d. rapporto *in se* terapeutico, tosto rileva che l'eventuale opzione del paziente contraria a quella del medico, come anche un'eventuale diniego che egli manifesti rispetto a una pratica ordinata dal terapeuta stesso, non rappresentano un «momento fisiologico» del rapporto *de quo*, ma ne fanno venire meno gli stessi presupposti: il sovrapporsi della volontà del paziente ai principii dell'*ars medica* che il terapeuta applichi, infatti, pregiudica la stessa causa terapeutica del rapporto in parola e dunque l'essere in sé del rapporto stesso. Ciò non significa, evidentemente, che il medico-terapeuta non debba o non possa coinvolgere il paziente stesso nella c.d. pianificazione delle terapie, o che il paziente sia privato di ogni capacità/potere decisionale, ma solo significa che la natura medesima del

rapporto *de quo* pone il medico, per il solo bene del paziente – lo ribadiamo –, in una posizione di *potestas*, ovvero sia lo pone nella posizione propria dell'autorità di colui il quale eserciti l'arte medica, onde è prerogativa del medico stesso valutare se e quali opzioni terapeutiche rimettere alla decisione (informata) del paziente e quali, invece, prendere in autonomia.

È del tutto evidente, allora, che nel caso *de quo*, così come i poteri dell'arte medica sono esercitati per il bene di chi ne è soggetto, allo stesso modo e conseguentemente colui il quale li eserciti – nel nostro caso, il medico – ha su di sé la piena e totale responsabilità del proprio operato. Il medico, cioè, essendo *dominus curationis*, porta la responsabilità della cura, quindi egli porta la responsabilità dell'intervento terapeutico considerato nel suo complesso. Di conseguenza il medico-terapeuta risponde anche dell'approccio informativo-comunicativo che egli ha optato di porre in essere nel caso considerato: egli, cioè, risponde dell'adeguatezza di tale approccio, avendo la responsabilità di valutare quali informazioni dare al paziente, in quali tempi e con quali modalità e avendo la correlata responsabilità di decidere per quali interventi chiedere un esplicito consenso e per quali, invece, operare in regime di autonomia decisionale. Se però il paziente – come abbiamo veduto – ricusasse di ubbidire al proprio medico, o esplicitamente pretendesse di esercitare un pieno dominio sugli interventi che riguardino il di lui corpo, ciò, determinando il venire meno dello stesso rapporto terapeutico, farebbe anche decadere il medico dalla propria responsabilità, avendo egli perduta – diremo – la *potestas terapeutica*<sup>67</sup>. Che poi – come abbiamo veduto – a una siffatta opzione del «paziente» possa anche fare seguito un diverso rapporto con lo stesso medico, il quale rapporto abbia un differente compendio causale, questo è pur possibile proprio nell'ambito della già citata complessità della relazione in parola; ciò però non fa veni-

67 In termini penalistici, allora, potrebbe farsi riferimento, *mutatis mutandis*, alla c.d. posizione di garanzia *sub art. 40 co. II c.p.* e potrebbe dirsi che il medico-terapeuta la rivesta fintanto che il paziente *compos sui et suorum* non lo faccia decadere.



re meno le specificità dei differenti rapporti e delle loro *causae* oggettive.

In termini generali potremmo conclusivamente rilevare che quella strettamente terapeutica rappresenti la causa ordinaria e normale che qualifica i rapporti paziente-medico, soprattutto quelli che non abbiano una precedente pianificazione, ovvero che s'instaurino in condizioni di urgenza *lato sensu* intesa. Non a caso, infatti, la c.d. responsabilità medica è, in via ordinaria, una responsabilità di diligenza e non già di risultato.

*Viceversa*, quando il rapporto paziente-medico abbia una sua specifica qualificazione causale, diversa rispetto a quella propriamente terapeutica, in questo caso possono darsi – come cennato – due fattispecie: o quella del rapporto di consulenza, o quella del rapporto meramente tecnico, ovverosia di *locatio operarum*. E l'una e l'altra – lo rileviamo immediatamente – si caratterizzano per una sostanziale assenza, o per una fortissima attenuazione, della c.d. *potestas* terapeutica in capo al medico: in entrambe, infatti, ciò che rileva *ictu oculi* è rappresentato dalla preminente posizione dello «interessato», *dominus ab-solutus* della pratica che egli richiede (chiamarlo paziente sarebbe un errore), a fronte di un ruolo eminentemente tecnico-operativo-esecutivo del sanitario.

Nell'ambito della prima fattispecie, infatti, ciò che rileva è la richiesta di un parere qualificato. Il «professionista», invero, viene incaricato dalla persona in questione, non di prendersi cura di lei, quanto piuttosto di fornirle una diagnosi, vale a dire di renderla compiutamente edotta in merito al proprio stato di salute, ovverosia in merito alla condizione nella quale si trovino uno o alcuni dei suoi organi. Il medico-consulente, allora, innanzitutto è tenuto a limitare la propria sfera di intervento diagnostico all'ambito indicatogli dal cliente e in secondo luogo egli è tenuto a relazionare al cliente stesso, in modo completo e dettagliato, ogni aspetto e ogni esito della valutazione fattane. Qualunque reticenza, dunque, qualsiasi filtro delle informazioni, sarebbe da considerarsi illegittimo, un inadempimento dell'obbligazione; così come ogni eccesso rispetto alle richieste ricevute od ogni indagine

ulteriore rispetto a quelle concordate, sarebbe *ex se* abusivo e incoerente con la stessa natura del rapporto *de quo*. Il medico, per esempio, il quale essendo espressamente richiesto di fornire solo una diagnosi circa lo stato di salute di una porzione dell'intestino, nell'ambito di un concordato esame endoscopico, avendo rilevata la presenza di un c.d. polipo, proceda alla sua asportazione senza essere a ciò espressamente autorizzato dal cliente (in ipotesi sottoposto a parziale sedazione), violerebbe i termini del rapporto medesimo, rendendosi *in parte qua* inadempiente (... per eccesso). Che poi sia del tutto discutibile la qualificazione dell'eccesso d'intervento come danno, essendo, invece, essa, da qualificarsi come vantaggio *a pro* della salute dell'interessato, è una diversa e più complessa questione, la quale in questa sede non può essere più oltre trattata, ma la quale, però, presuppone sia il discorso *supra* proposto in ordine alla natura del bene della salute e alla sua oggettività, sia la qualificazione in termini altrettanto oggettivi del concetto di terapia.

Per quanto concerne, invece, il c.d. rapporto meramente tecnico o di *locatio operarum*, giova distinguere due sotto-fattispecie: quella dell'intervento tecnico, comunque in sé terapeutico, da quella dell'intervento tecnico per mere finalità di comodo.

È ben vero, infatti, che al di fuori di un rapporto terapeutico propriamente detto l'assistito possa pur richiedere al professionista sanitario di sottoporlo a una determinata pratica medica la quale abbia comunque l'effetto della cura. In questo caso, però – ecco il punto – non è il medico a essere *dominus curatio-nis*, a gestire, cioè, il complesso sistema della terapia del paziente, ma è il paziente stesso che, mantenendo una piena signoria su di sé, richiede al medico-operatore una determinata pratica, slegata dal più complesso «affidamento alle cure». Quivi, allora, il fine terapeutico è un fine volontariamente eletto per sé dall'assistito, ma non essenzialmente proprio del rapporto che lo «lega» al professionista; anzi, potremmo dire che dal punto di vista del rapporto medesimo, il fine perseguito dal cliente risulti irrilevante per il medico, non abbia valore causale, restando, esso, nell'ambito dei

cc.dd. motivi. Al medico, infatti, non viene chiesto di curare in scienza e coscienza e dunque facendo riferimento alle regole oggettive della di lui *ars*, non viene chiesto di realizzare un intervento con fini di cura, ma viene chiesto invece di realizzare un dato risultato tecnico-operativo *sic et simpliciter*, sulla base delle di lui abilità pratiche; che l'effetto, poi, sia curativo risulta indifferente *quoad causam*. Altro, invece, è chiedere al medico di curare un paziente, per esempio affetto da gangrena a un arto, per il quale il medico stesso ne disponga autonomamente l'amputazione e altro è chiedere al medico, sempre per esempio, di amputare un arto in istato gangrenoso: nel primo caso ciò che rileva sotto il profilo causale è il fine della cura, onde il medico decide quali provvidenze adottare e risponde della stessa pratica da lui suggerita e poi realizzata; nel secondo caso, invece, ciò che rileva è l'esito tecnico dell'amputazione, onde il medico non risponde – almeno *in thesis* – della natura terapeutica o meno della stessa e nemmeno della sua opportunità dato il caso concreto, ma solo egli risponde del risultato ottenuto.

Lo stesso vale, poi, *mutatis mutandis*, per la fattispecie della *locatio operarum* finalizzata a un intervento di mero comodo: anche in questa circostanza, infatti, ciò che il cliente chiede al professionista è un dato risultato il quale egli stesso ha elaborato per sé e il quale egli stesso ha eletto a causa del rapporto medesimo. Nel caso della *locatio operarum* per fini di mero comodo, infatti, non muta, rispetto a quella con effetto terapeutico, la causa del rapporto medesimo, ma solo muta – diremo – il motivo esterno di questa, considerato dal punto di vista del committente. Nell'ipotesi, per esempio, di una c.d. mastoplastica additiva, ciò che il medico è chiamato a fare si riduce alla realizzazione di dato risultato estetico, indipendentemente da qualsiasi sua valutazione circa l'opportunità o meno dell'intervento *de quo*<sup>68</sup>.

68 Ebbene, la sotto-distinzione testé fatta tra intervento tecnico con effetto terapeutico, e intervento tecnico per mere finalità di comodo – si badi – anche se essa non rileva ai fini della qualificazione causale del rapporto paziente-medico, essa non è comunque di poco momento, anche perché grandemente rileva in ordine

Il medico, dunque, in questi casi, non opera in qualità di terapeuta, non opera, cioè, secondo i principii dell'arte medica, ma opera in qualità – potremmo dire – di tecnico, dunque egli opera mettendo sì in pratica le conoscenze della tecnica chirurgica e/o della tecnica clinica, ma senza applicare i principii e senza ubbidire ai fini della Medicina in quanto tale (e in quanto tale *ars*). Che poi dal punto di vista della professione medica non possa darsi per scontata la legittimità deontologica di una pratica la quale riduca il medico al rango di un mero strumento acritico nelle mani dell'assistito, è una diversa questione, pure rilevante, ma ultronea rispetto al discorso che quivi stiamo portando innanzi<sup>69</sup>.

---

al giudizio di legittimità dell'intervento praticato *in corpore*: infatti, l'intervento sul corpo dell'assistito non perde la sua natura di intervento finalizzato al bene oggettivo di lui, solo perché esso rientra in un rapporto casualmente diverso da quello terapeutico *stricto sensu* inteso; talché giova distinguersi la natura del rapporto paziente-medico dalla natura dell'intervento praticato, anche considerando la già citata complessità della relazione in parola e la «dinamicità» di questa.

69 L'art. 4 del Codice deontologia medica, per esempio, prevede che "l'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità [e che (nda)] il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale, senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura", compresi – possiamo rilevare – quelli che eventualmente provenissero dal «paziente». Il successivo art. 73, in materia di c.d. *doping* sportivo e il successivo art. 76 in tema di c.d. medicina potenziativa, peraltro, paino riprendere il principio di autonomia della professione testé enunciato in termini generali, punto prevedendo, rispettivamente che "il medico non consiglia, favorisce, prescrive o somministra trattamenti farmacologici o di altra natura non giustificati da esigenze terapeutiche, che siano finalizzati ad alterare le prestazioni proprie dell'attività sportiva o a modificare i risultati dei relativi controlli" (art. 74) e che "il medico, sia in attività di ricerca, sia quando gli siano richieste prestazioni non terapeutiche ma finalizzate al potenziamento delle fisiologiche capacità fisiche e cognitive dell'individuo, opera nel rispetto e a salvaguardia della dignità dello stesso in ogni suo riflesso individuale e sociale, dell'identità e dell'integrità della persona e delle sue peculiarità genetiche nonché dei principi di proporzionalità e di precauzione" (art. 76).

#### 4. RIFIUTO DELLE CURE ED EUTANASIA. ALCUNE BREVI PRECISAZIONI.

Due preliminari precisazioni occorrono, a nostro avviso, per porre alcune indispensabili premesse alla conclusione, pur schematica, sul tema concernente le cc.dd. disposizioni di trattamento. Una prima interessa la natura e la portata del c.d. rifiuto delle cure; una seconda, in parte connessa, riguarda le declinazioni possibili della c.d. fattispecie eutanasi.

Ebbene, di rifiuto delle cure – richiamiamo quanto già osservato precedentemente – può parlarsi solo in presenza del binomio patologia-terapia: non si dà, infatti, neppure la teorica possibilità operativa di rifiutare le cure, qualora l'oggetto del possibile rifiuto non possa essere, per sua stessa natura, quello proprio di un trattamento terapeutico, sia esso farmacologico o chirurgico. Per esempio, l'ipotetico rifiuto della pratica assistenziale funzionale all'alimentazione e all'idratazione non rientra nello spettro concettuale del rifiuto delle cure, poiché l'alimentazione e l'idratazione stesse – come abbiamo già veduto – non hanno natura terapeutica. Allo stesso modo, nemmeno l'ipotetico rifiuto di un ausilio funzionale a sopperire alla deficienza di un organo (come le lenti, per esempio, nel caso di carenza del *visus*; la protesi nel caso di amputazione di un arto *et coetera*) può essere considerato quale rifiuto terapeutico, inquantoché esso non si sostanzia in un rifiuto di una terapia propriamente detta, ma piuttosto si sostanzia in un rifiuto avente a oggetto una provvidenza tecnica finalizzata ad attenuare gli effetti di una data patologia.

Per potere parlare, allora, di rifiuto terapeutico, o di rifiuto delle cure in senso proprio, giova porre come necessaria premessa il binomio patologia-terapia e giova intenderlo secondo quanto abbiamo *supra* osservato in merito all'oggettività della patologia e alla natura della terapia in quanto tale.

Un tanto però non basta, dacché lo spettro concettuale della terapia è ancora troppo vasto – se così possiamo dire – per qualificare ogni rifiuto od omissione terapeutica come rifiuto od omissione delle cure *sic et simpliciter*: se è vero, infatti, che il rifiuto (o l'omis-

sione) terapeutico abbia sempre, necessariamente a oggetto una cura, cioè una terapia, è altrettanto vero che vi sono ipotesi nelle quali il rifiuto o l'omissione della terapia medesima producono immediatamente e direttamente conseguenze ultronee rispetto alla mera «assenza di cura», ovverosia rispetto al mero mantenimento in essere della patologia e del decorso fisio-patologico che essa comporta *ex se* per l'ammalato. Il rifiuto (o l'omissione) terapeutico propriamente detto, infatti, non può essere confuso con la pratica eutanasi, vale a dire che esso non può essere confuso con la pratica della c.d. eutanasi diretta omissiva, punto realizzabile anche<sup>70</sup> attraverso un'omissione di cure attualmente e contingentemente necessarie al fine di preservare la vita della persona in questione. Ne è diverso, evidentemente, sia il fine, sia l'effetto immediato! Altro, infatti, è omettere una cura, dalla quale omissione derivi il «mero» mantenimento della patologia e il suo «ordinario» decorso e altro, tutt'altro, è omettere una cura, dall'omissione della quale derivi in modo immediato e diretto la morte della persona interessata. Per esempio, altro è omettere di curare un'infezione, la quale poi comporti anche un aggravamento delle condizioni generali dell'ammalato, ma non direttamente la morte di lui e altro è omettere di intervenire con le opportune terapie nel caso, sempre per esempio, di un arresto cardiaco

70 *Contra*: Stefano Rodotà, secondo il quale il suicidio rappresenta “una situazione [...] giuridica completamente diversa dalla condizione estrema di chi richiede una morte dignitosa” (S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 255) da ottenersi mediante l'esercizio del «diritto» al rifiuto delle cure. Dello stesso avviso, peraltro, parrebbe essere anche Ferrando Mantovani il quale punto osserva che “trattandosi di un rifiuto della cura da parte del malato va abbandonata la impropria ed equivoca espressione di eutanasi passiva consensuale” (F. Mantovani, *Eutanasi*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1990<sup>4</sup>, IV, p. 423); nonché Silvia Tordini Cagli, dalla cui riflessione emerge che “non più di eutanasi passiva, ma di rispetto del diritto a rifiutare le cure è opportuno parlare, quando la morte sia conseguenza di una omissione o interruzione di terapia su richiesta del paziente” (S. Tordini Cagli, *Le forme dell'eutanasi*, in S. Canestrari – G. Ferrando – C. M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, II, p. 1826).



non-impedendo, così, la morte della persona medesima<sup>71</sup>.

Invero, nel novero delle cure *stricto sensu* intese occorre tosto discernere la «cura terapeutica», da quella che potremmo chiamare «cura di soccorso» o intervento terapeutico salva-vita. Entrambe – si badi – rientrano nello spettro concettuale della cura *in se*, poiché entrambe le declinazioni dell'atto terapeutico sono oggettivamente funzionali a eliminare una patologia e perseguono, altrettanto oggettivamente, lo scopo di ripristinare, nell'organismo trattato l'ordine proprio della fisiologia ma non può nel contempo non rilevarsi come curare un morbo per ristabilire la salute dell'organismo, nell'ipotesi in cui esso organismo, pur ammalato, non versi in istato di imminente pericolo per la propria sopravvivenza, dia luogo a una fattispecie teleologicamente diversa rispetto all'intervento che appresti invece le cure necessarie al fine di evitare che una data situazione patologica (anche, in ipotesi, di origine traumatica) cagioni in via immediata e diretta il decesso della persona. La natura della patologia, quindi, così come la natura dell'intervento terapeutico, richiedono una *summa divisio* la quale tenga ben separate le due *figurae*: è chiaro che la terapia salva-vita sia innanzitutto terapia e che essa dia luogo a un intervento di cura propriamente detto, ma è altrettanto chiaro che essa abbia una direzione teleologica preminente e ulteriore rispetto alla «mera cura», la quale è punto definita dalla preservazione di un bene superiore e diverso punto rappresentato dalla stessa esistenza-in-vita dell'interessato.

Il bene della vita, infatti, rappresenta un valore diverso e superiore rispetto al bene della salute: esso è diverso poiché la vita – *ça va sans dire* – non è la salute ed esso è superiore poiché quest'ultima è in funzione della prima, giacché non è la vita medesima a servire alla

71 Ovviamente – lo rileviamo con le parole di Salvatore Amato – rappresenta “un grave errore [...] equiparare semplicemente e banalmente la volontà di morire con il rifiuto di quelle tecniche di differimento della morte che riservano un modello di esistenza innaturale e artificiale” (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 47), le quali, infatti, non hanno natura terapeutica in sé, quanto piuttosto di c.d. accanimento (anti-)terapeutico.

buona salute, non è il bene della vita, dunque, che vale in funzione del *quantum* di salute dell'organismo; ma è piuttosto la buona salute che serve a rendere buona la «condizione fisica» della vita<sup>72</sup>, è la salute, cioè, che consente

72 *Contra*, le note teoriche *lato sensu* utilitaristiche che fanno della c.d. qualità della vita il criterio per giudicare del valore della vita stessa. Per il c.d. utilitarismo (degli interessi/preferenze [cfr P. Singer, *Etica pratica*, Napoli, 1989; P. Singer, *Ripensare la vita. la vecchia morale non serve più*, Milano, 2000]) – a titolo di esempio – “ciò che conta [...], sul piano dell'agire, non è tanto l'attitudine a ragionare [...] quanto la capacità di provare piacere e dolore, o meglio, la capacità di preferire il piacere al dolore, ove tale preferenza o interesse include [...] i desideri del soggetto nel presente e nel futuro” (L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, p. 22 e s.) e dunque «persona» sarebbe – sulla base di questa premessa (indimostrata e indimostrabile) – solo l'ente capace in questo senso, abile in questo senso e non gli altri (e.g. i pazienti in c.d. stato vegetativo, o comunque in istato di coma). È ovvio che tale prospettiva utilitaristica sia portata a considerare anche il problema dell'eguaglianza sotto il profilo della mera «sensitività» e ciò, ovviamente, intendendo l'eguaglianza medesima in termini convenzionali e non ontologici, come “eguale considerazione di interessi” (L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pag. 258); sicché non sorprende che “la biogiuridica utilitaristica [...] è quella che si batte per la difesa della causa animale [...]: se il movente (l'unico) dell'atto morale [infatti (nda)], consiste nel ricercare e massimizzare il piacere [...] allora sono soggetti morale tutti gli individui senzienti [...]. Su tali basi si giustifica, sul piano ontologico, la negazione del salto qualitativo tra umani e animali non umani [...] e sul piano etico e giuridico, l'estensione del principio di eguaglianza agli animali” (*Ibidem*). Al riguardo – si badi – non può neppure essere accolta la tesi di Luigi Stefanini, secondo la quale è persona quello “ente che si esprime a sé stesso nell'atto in cui intende, vuole e ama” (L. Stefanini, *Persona*, in *Enciclopedia filosofica*, Firenze, 1967, IV, c. 1504), inquantoché siffatto aspetto non definisce la natura dell'*ens*-persona, quanto piuttosto si limita a descriverne una possibile (fisiologica) abilità: intendere, volere e amare, infatti, se da un lato sono certamente proprii della persona, dall'altro non rappresentano il *quid* che ne caratterizza ed esprime l'essenza. Sotto un primo profilo, invero, ci sono persone che sono incapaci di intendere, di volere e di amare: i bambini, per esempio, i mentecatti, i pazienti in istato di coma *et similia*; sotto un secondo, più pregnante profilo, poi, l'intendere, il volere e l'amare non sono – se così possiamo dire – idonei a giustificare sé stessi sul piano concettuale, imperocché essi presuppongono (*ex se*) la capacità razionale che del soggetto che intenda, voglia, ami e quest'ultima,

un modo normale (fisiologico) di essere della vita, pur non esaurendosi la vita stessa nell'assenza di malattia e pur potendo darsi – come l'esperienza mostra palesemente – un vita caratterizzata da una condizione patologica, acuta o cronica che sia<sup>73</sup>. Ed è evidente che intanto può parlarsi di salute e di malattia, in quanto si abbia il presupposto dell'esistenza-in-vita, ma non *viceversa*.

Ciò che distingue, allora, conclusivamente, il rifiuto o l'omissione terapeutica dalla pratica dell'eutanasia c.d. diretta-omissiva, risiede non nella natura o nella causa remota dell'interven-

---

a sua volta, presuppone quella che abbiamo definito (attitudine o) natura razionale. Ond'è questa e non altro a rappresentare il *proprium personae*.

73 Invero – è noto – l'intervento salva-vita può anche non compendiarsi in un intervento terapeutico, come fattualmente accade nell'ipotesi in cui una persona perfettamente sana versi, per accidente, in istato di pericolo di vita, per esempio nel caso di colui il quale stia annegando, o di colui il quale sia altrimenti minacciato dal fuoco, dalle armi, da un imminente crollo determinato movimenti sismici *et coetera*. In tutti questi casi, infatti, nei quali vi è un attuale pericolo per la vita, pur potendoci anche essere un pericolo per la salute, sicuramente non v'è, *coeteris paribus*, una condizione patologica che abbia rilievo, infatti l'intervento di salvamento è opportunamente affidato, in ipotesi, ai Pompieri, ai Militari o ad altri Corpi variamente specializzati (speleologi, alpinisti, palombari, Agenti di Polizia *et coetera*) ed esso non ha affatto una qualificazione medica. Facciamo un solo cenno a questo problema: che con riguardo all'intervento di salvamento dell'aspirante suicida, posto il diritto della persona all'esercizio dell'autodeterminazione assoluta sulla propria vita, esso dovrebbe essere considerato alla stregua di un delitto di violenza privata *sub art. 610 c.p.* e non invece un atto legittimo (eroico) di colui il quale, magari mettendo a repentaglio la propria incolumità, impedisca alla «vittima» il raggiungimento del proprio fine. È significativo, anche se problematico, infatti, che le Sezioni Unite abbiano affermato, sia pure in un *obiter dictum*, che “non sarebbe configurabile un diritto al suicidio, tutelabile contro chi cerchi di impedirlo: ché anzi, non è responsabile il soccorritore che produca lesioni cagionate ad una persona nel salvarla dal pericolo di morte (stimato, per definizione, male maggiore). Si aggiunga, per completezza argomentativa, che seppur non è punibile il tentato suicidio, costituisce, per contro, reato l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580 C.P.): a riprova ulteriore che la vita – e non la sua negazione – è sempre stata il bene supremo protetto dall'ordinamento” (22 Dicembre 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza № 25767).

to terapeutico rifiutato od omesso – vero è che quanto si rifiuta o si omette è sempre rappresentato da un provvedimento con finalità di cura – quanto piuttosto esso risiede nella sua causa prossima, ovverosia nell'effetto immediato e diretto che l'oggetto del rifiuto o dell'omissione *de quibus* provoca alla persona interessata. *L'ubi consistam* della distinzione, conseguentemente, riguarda il nesso eziologico tra omissione ed evento, sicché, dando penalisticamente per presupposta la posizione di garanzia in virtù della quale “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo” (art. 40 co. II c.p.), deve ritenersi che l'omissione di una terapia c.d. salva-vita, cui effettivamente consegua in modo immediato e diretto l'evento della morte dell'interessato, dia luogo *ex se* non a un semplice *vacuum* terapeutico, quanto piuttosto a una *figura* di omicidio, la quale può finalmente assumere anche la fisionomia del c.d. omicidio del consenziente (*sub art. 579 c.p.*), nell'ipotesi in cui l'omissione *de qua* sia stata richiesta, al medico o ad altri in posizione di garanzia, dalla «vittima» medesima<sup>74</sup>.

Questo significa, allora, che in merito a una siffatta circostanza di rifiuto o di omissione terapeutica eziologicamente idonea a provocare la morte della persona, non residui alcun margine di legittimità sostanziale, e nemmeno di legalità positiva, con riguardo alla valutazione dell'omissione medesima, rappresentando, essa omissione, infatti, come detto, la causa prossima, immediata e diretta, dell'evento omicidiario. Diversamente, invece,

---

74 La più autorevole manualistica (d'impostazione positivistica) rileva che “si è [...] ritenuto che [...] in alcuni casi (e quello dell'omicidio è in proposito emblematico), il non impedire, benché non esplicitamente menzionato dalla norma incriminatrice, sostanzialmente eguali, quanto a disvalore, la corrispondente ipotesi di commissione del reato mediante azione positiva. Ed è in questo senso che si spiega la stessa origine storica della etichetta «reato omissivo improprio» o dell'altra – equivalente – «reato commissivo mediante omissione» [...] invero (nda) i reati omissivi impropri violano [indicativo nostro (nda)] pur sempre il divieto di cagionare l'evento che dà vita alla fattispecie commissiva: l'unica particolarità consiste [indicativo nostro (nda)] nel fatto che questa volta il divieto si specifica nel divieto di cagionare, con la propria omissione, l'evento tipico” (G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007<sup>5</sup>, p. 582).

un margine di valutazione residua con riferimento al rifiuto o all'omissione di quelle che abbiamo prima chiamate «cure terapeutiche» (non salva-vita), giacché in questo caso occorre valutare la sussistenza di un eventuale diritto della persona al rifiuto delle terapie medesime e correlativamente lo spettro dell'altrui dovere di astenersi dal praticarle.

Ebbene, limitandoci a un cenno sulla liceità del rifiuto in parola, dobbiamo ora rilevare due dati: un primo dato concerne l'ambito concettuale del diritto alla salute; il secondo, invece, riguarda lo scarto pratico-operativo tra ciò che è giuridicamente-razionalmente dovuto e ciò che è legalmente-politicamente coercibile. In merito al diritto alla salute, allora, possiamo tostamente osservare come esso rappresenti un diritto in sé della persona, non in quanto esso stesso manifesti una declinazione *ab externo* della libertà negativa, quanto piuttosto poiché esso alligna nel dovere che la persona medesima ha di mantenersi nell'ordine oggettivamente proprio della di lei condizione normale e fisiologica<sup>75</sup>. La persona, cioè, avendo l'atto di essere (uomo-soggetto) e dovendo riconoscere la propria natura umana e la natura del proprio corpo, con l'ordine che esso medesimo espri-

75 Il diritto alla salute, infatti, è *in se* un diritto della persona; esso è quello che Danilo Castellano chiamerebbe diritto dell'uomo, distinguendolo dai cc.dd. diritti umani. Castellano opportunamente rileva infatti, che “i veri diritti dell'uomo sono, innanzitutto, esercizio dei suoi doveri [...] e (nda) sono strettamente legati alla sua natura, alla natura delle sue azioni, alla natura delle sue scelte. Hanno, pertanto, un riferimento ‘oggettivo’ [...] non un fondamento ‘soggettivo’, anche se quest’ultimo fosse la volontà dello Stato” (D. Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, 2004, p. 18). I cc.dd. diritti umani, *viceversa*, “non sono riconosciuti perché fondamentali, ma sono definiti [convenzionalmente (nda)] fondamentali perché riconosciuti. La loro esistenza [adunque (nda)] dipenderebbe da una generale «scelta condivisa»” (D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Napoli, 2011, p. 24). Infatti, “il nihilismo [...] sta alla base dell'assunzione della libertà negativa [...] la quale, a sua volta, sta alla base dei ‘diritti umani’ [...] che (nda) non sono [plurale nostro (nda)] mai logicamente e ontologicamente legati [plurale nostro (nda)] all'esercizio del dovere” (D. Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, cit., p. 20) rappresentando, essi, null'altro che l'affermazione di un potere “esercitato di fatto (nello stato di natura) o nel rispetto di norme, talvolta solo procedurali (nella società), ma sempre in assenza di fondazione razionale” (*Ibidem*).

me *ex se* in funzione del di lei bene oggettivo e del di lei mantenimento in vita (quale mantenimento nella condizione dell'essere), ha il dovere morale-razionale di rispettare sé stessa e il proprio organismo, giusta l'equilibrio psicofisico che a questo pertiene *ut natura*. La persona, cioè, dovendosi riconoscere razionalmente per quello che essa è *in se* e dovendo parimenti avere intelligenza della natura del proprio corpo, ha il dovere di mantenere un condotta, anche sopra sé stessa, la quale sia sempre e oggettivamente confacente all'essenza di lei sul piano ontologico. Per esempio, essendo la persona un soggetto-in-sé e non potendo ella disporre della propria soggettività (di diritto o capacità giuridica)<sup>76</sup>, ella medesima deve riconoscersi come tale e ha il conseguente dovere di non dar-si (nemmeno liberamente<sup>77</sup>) in ischiavitù<sup>78</sup>. Oppure – altro esempio – dovendosi la persona riconoscere nella propria natura razionale e dovendo ella prendere atto della propria indisponibile e irrefutabile capacità di ragione, ella stessa ha il dovere di mantenersi sempre e comunque *compos sui* e dunque ella ha il dovere di non perdere mai la padronanza di sé per fini di comodo o, comunque «ri-

76 Correttamente Castellano osserva, per esempio, che “la soggettività (ontica) [...] è indistruttibile poiché la sua sostanza spirituale [...] non dipende dagli elementi accidentali che concorrono alla sua «concretizzazione» e alla sua manifestazione” (D. Castellano, *Introduzione*, in D. Castellano (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 17). *In posito iure*, peraltro, può rilevarsi la natura indisponibile della capacità giuridica, riconosciuta alla persona umana *ex art. 1 c.c.*

77 *Contra* le teorie di Locke, secondo il quale “lo stato in cui tutti gli uomini si trovano naturalmente [...] è uno stato (nda) di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e di disporre dei propri beni e senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di un altro” (J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, Milano, 2013<sup>7</sup>, p. 65), onde il proprietario lockiano, di ciò che costituisce l'oggetto della sua *property* – vita libertà e averi – può disporre nel modo che preferisce: può distruggere i propri averi, può suicidarsi, darsi in ischiavitù, appaltare il proprio corpo *et similia*.

78 Invero “l'uomo ha diritto alla libertà perché [egli (nda)] ha il dovere di conservare la sua libertà [...]. Questi e altri doveri derivano dal suo essere, non dalla volontà dell'uomo [...]. Dall'essere, dunque, deriva il dover essere; dal dovere deriva il diritto, anche quello alla vita” (D. Castellano, *Introduzione*, in D. Castellano (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, cit., p. 23).



creativi», in ipotesi attraverso l'assunzione di sostanze psicotrope o attraverso l'abuso di sostanze eccitanti. Parimenti, allora, anche le varie forme di mutilazione corporea non terapeutica, sotto questo profilo, non possono giammai essere considerate quali atti di esercizio del diritto che la persona stessa ha... *in se ipsa*, quanto piuttosto deve rilevarsi che esse ne rappresentino un abuso, un'*iniuria*, vero è che l'auto-mutilazione c.d. di comodo invero in sé stessa una irrazionale violazione dell'ordine proprio del corpo umano e un attentato contro la normalità della sua fisiologia.

Che poi – e qui passiamo alla seconda delle questioni cennate – vi sia un inevitabile scarto tra ciò che è dovuto sul piano sostanzialmente giuridico-morale e ciò che invece può essere prescritto per norma, dato un determinato «contesto politico»<sup>79</sup> di riferimento, essa è una diversa questione la quale già emerge peraltro dall'analisi eminentemente teorica del compendio normativo vigente e la quale per nulla incide sulla fondatezza del discorso che noi

79 Facciamo riferimento al concetto classico di «politico». Secondo Aristotele, infatti, come è noto, “lo Stato è comunanza di famiglie e di stirpi nel vivere bene: il suo oggetto [vale a dire il suo scopo (nda)] è una esistenza pienamente realizzata [...]; fine dello Stato [allora, (nda)] è il vivere bene [dacché (nda)] lo Stato è comunanza di stirpi e di villaggi in una vita pienamente realizzata e indipendente: è questo, come diciamo, il vivere in modo felice e bello. E proprio [infatti (nda)] in grazia delle opere belle [...] si deve ammettere l'esistenza della comunità politica” (Aristotele, *Politica*, Roma, 2005, pp. 88 e s.). Platone insegna, a sua volta, che l'arte regia è esercitata per il bene di coloro i quali ne sono sottoposti, secondo l'ordine proprio della loro natura: essa, invero, non è esercizio di un potere fine a sé stesso, ma è esercizio di un potere qualificato moralmente (cfr. Platone, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a). Correttamente afferma, da ultimo, Danilo Castellano che “la comunità politica [...] non è opzionale, ma naturale. Ciò richiede [ed esige (nda)] la sua conservazione (*salus Rei publicae suprema lex esto*). Non nel senso, però, di mera conservazione della *persona civitatis* la cui esistenza, in quanto esistenza, diventa in ultima analisi suo fine, la comunità politica, che [...] non è soggetto ma oggetto, finché ci saranno esseri umani non può scomparire [...] il fine della *Res publica* non è quello di garantire la sopravvivenza fisica o la conservazione degli arbitri, ma quello di aiutare l'uomo a vivere bene, cioè razionalmente” (D. Castellano, *L'ordine della politica*, Napoli, 1997, pp. 38 e s.), *id est* giuridicamente, moralmente, liberamente, umanamente.

abbiamo fatto in ordine alla legittimità giuridico-morale degli atti dispositivi del proprio corpo. Posto, infatti, il dovere della persona di mantenersi in salute, la salute rappresentando la di lei condizione normale e dunque la regola che a lei stessa impone la sua medesima natura, deve coerentemente dedursi che la persona non possa vantare alcun diritto di ammalarsi, né di mettere a repentaglio la propria salute e a *fortiori* la propria vita, né di disporre *ad libitum* dei proprii organi nuocendo a sé stessa. Questo è vero! Cionondimeno, spostando il discorso sul piano della c.d. politica del diritto occorre prudentemente chiedersi se, con quali limiti e in quale modo un siffatto principio possa e debba trovare affermazione positivo-coercitiva in una precipua prescrizione di legge. In altri termini occorre chiedersi fino a che punto la Comunità politica possa e debba prendersi cura della salute delle persone, financo impedendone, per norma e sotto minaccia di pena, le condotte che la mettessero a repentaglio o che la ledessero *sic et simpliciter*. Non entriamo oltre nel merito dell'amplia questione in parola, solo rileviamo, però, che è irrefutabile ufficio del prudente Legislatore quello di risolvere il problema *de quo* e di apprestare una coorte di disposizioni le quali perseguano sì il fine di preservare il bene della salute, ma tenendo conto del contesto socio-storico-culturale di riferimento. Non che – si badi – il Legislatore possa creare i diritti e i doveri a seconda del contesto nel quale egli opera, o che egli possa o debba abdicare ai principii oggettivi del *bonum* e dello *iustum* per assecondare le mode e le tendenze di un dato «ambiente sociale» – questo mai! – ma rientra nella di lui funzione istituzionale proprio quella di tradurre – diremo in termini aristotelici<sup>80</sup> – il giusto naturale in giusto legale e di valutare in quale modo e con quali provvidenze i principii del giusto naturale possano trovare contingente applicazione e tutela *in posito iure*.

80 Invero “del giusto in senso politico [...] ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito” (Aristotele, *Etica nicomachea*, Milano, 2007<sup>5</sup>, V, 7, p. 209).

Il discorso – sia chiaro – non è affatto lontano dall’esperienza: se solo si consideri, infatti, l’Ordinamento giuridico italiano, esso, pur nelle sue contraddizioni e aporie interne, comunque fa emergere una pluralità di disposizioni dalle quale proprio si evince la valutazione che il Legislatore ha operata *in casibus*, con riferimento all’opportunità della tutela indisponibile del bene della salute. Per esempio il Legislatore italiano, pur non imponendo ai suoi soggetti, esplicitamente e generalmente, di preservare la loro salute e pur non facendo divieto di molte attività palesemente lesive del bene della salute<sup>81</sup>, ma anzi consentendole<sup>82</sup>, comunque egli impone, per esempio, l’uso dell’elmetto protettivo (*ex art. 171 c.d.s.*) e delle cinture di sicurezza (*ex art. 172 c.d.s.*) per coloro i quali viaggino su veicoli a due ruote o in automobile; parimenti egli impone – facendo un altro esempio – l’uso dei cc.dd. dispositivi di protezione individuale (*ex art. 20 co. I D.Lgs 81/2008*) per coloro i quali svolgano determinate attività lavorative; ancora, continuando con gli esempi, l’Ordinamento positivo fa divieto di compiere atti dispositivi del proprio corpo i quali “cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica” (art. 5 c.c.); priva di valore scriminante il c.d. consenso dell’offeso (art. 50 c.p.) qualora egli non avesse potuto “validamente disporre” del diritto leso o esposto a pericolo; impedisce il c.d. appalto del proprio corpo per finalità di sperimentazione clinica e farmacologica (art. 1 co. V D.P.R. 211/2003); non consente di destinare all’uso dell’abitazione stanze, locali ed edifici per i quali non sia stato rilasciato il c.d. certificato di abitabilità (*ex artt. 24 [L] e ss. DPR 380/2001 Testo Unico in materia Edilizia*); non consente il c.d. affitto dell’utero (*ex art. 12, co. VI, L. 40/2004*) *et coetera*. Insomma, il complesso

81 Per esempio il Legislatore – lockianamente – non punisce l’ubriachezza in quanto tale, ma solamente quella «palese e pubblica» a mente dell’art. 688 c.p. il quale, infatti, persegue, pur con una mera sanzione amministrativa, “chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza”.

82 Abbiamo già citata la disciplina in materia di donazione degli organi, la quale invero consente al soggetto di recare nocumento a sé stesso e al proprio corpo, punto privandosi di un organo.

delle *normae positae*, pur nella loro disorganicità (e spesso contraddittorietà) strutturale – lo ribadiamo – dimostra come il Legislatore, anche in un contesto ideologico, quale è quello del nostro tempo, nel quale risulta imperante il dogma dell’assoluta autodeterminazione del *velle in se ipso*<sup>83</sup>, comunque appresta indisponibili guarentigie per la tutela del bene della salute<sup>84</sup>, impedendo per norma, agli individui,

83 La Corte costituzionale della Repubblica italiana, per esempio, già nel 1993 riconobbe, sulla base di una lettura sistematica della Costituzione e in particolare sulla base del c.d. principio di uguaglianza *sub art. 3 cost.*, che “il primario imperativo costituzionale [... dovesse essere quello (nda)] di perseguire l’obbiettivo finale della «piena» autodeterminazione della persona” (2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre). Gli stessi Giudici, peraltro, hanno successivamente ribadito, in continuità con siffatta impostazione, che la “libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare” (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza 162, Presidente: Silvestri, Redattore: Tesaurò) della persona e che “l’art. 2 della Costituzione [tutela (nda)] l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata” (12 Luglio 2000, Corte Costituzionale, Sentenza N° 332, Presidente: Mirabelli, Redattore: Contri). Palesemente critica rispetto alla consolidata Giurisprudenza della Corte romana in materia di «ermeneutica del diritto» all’assoluta autodeterminazione, è la tesi di Mauro Ronco. L’Autore, infatti, sostiene che “il richiamo [...] a svariati articoli della Costituzione [...] costituisce il frutto di un’arrogante positivismo giuridico, che adatta i testi di legge in modo arbitrario alle più diverse situazioni, senza alcuna connessione reale con il tema oggetto di considerazione. [...] Nessuna di queste disposizioni costituzionali [artt. 2; 3; 31; 29; 32 citati nel testo dell’Autore (nda)] statuisce il diritto all’autodeterminazione assoluta, come sostiene apoditticamente la Corte. Anzi la Costituzione inserisce i diritti fondamentali all’interno di un ordinamento naturale, visto come previo e fondante lo stesso ordinamento giuridico [...]. Ricavare da questi articoli della Costituzione il diritto assoluto all’autodeterminazione significa arrogarsi un potere interpretativo che travalica sia il testo che l’intentio dei padri fondatori della Repubblica italiana, inseguendo in modo pedissequo il sociologismo creativo di coloro che intendono trasformare in senso individualistico il vigente ordinamento giuridico secondo la deriva del più assoluto relativismo morale” (M. Ronco, *Scritti patavini*, cit., p. 1894).

84 Non abbiamo fatto riferimento alle norme che impongono le cc.dd. campagna vaccinali, poiché in

nei casi e nei modi contemplati dalle leggi in parola, di disporre o di mettere a repentaglio la propria integrità psico-fisica.

Prima di volgere – riprendendo il discorso – un veloce sguardo alla disciplina delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento e di concludere questa breve riflessione, giova dare schematicamente conto della fisionomia che può assumere la c.d. fattispecie eutanasi e di alcuni, almeno, dei problemi che essa reca seco.

Ebbene, *in primis* è mestieri di premettere che da una prospettiva di assoluta obiettività fattuale l'eutanasi altro non è, *in se*, se non una *forma* dell'omicidio *sic et simpliciter*, ovvero una *forma* del c.d. omicidio del consenziente qualora essa venga realizzata su richiesta della «vittima»: l'atto eutanasi, infatti, in altro non consiste, se non nel provocare o nel non-impedire la morte di una persona, onde la sussunzione anche meramente positivista di questa condotta, entro gli estremi della fattispecie omicidiaria, risulta viepiù scontata. Non può parlarsi, dunque, per esempio, di eutanasi terapeutica, inquantoché altro sono il fine e l'effetto terapeutico e altro sono il fine e l'effetto eutanasi.

*In secundis*, poi – e questo rappresenta il vero *punctum dolens* della questione – è da rilevarsi che all'ipotetico (e indimostrabile sul piano razionale) motivo di una non meglio qualificata «pietà», il quale pur potrebbe astrattamente muovere l'agente storico alla realizzazione di un dato «omicidio eutanasi», non può essere attribuita *sic et simpliciter* una «qualificazione attenuante» rispetto al delitto commesso. La questione è problematica assai: è da valutarsi attentamente, infatti, se la pietà che muove l'omicida sia fondata in un valore umanitario, magari male interpretato e male perseguito per un vizio del ragionamento dovuto all'eccesso di partecipazione empatica da parte dell'agente, ovvero se essa derivi, al contrario, dall'applicazione lucida di schemi o protocolli, i quali surrogano, invece, il valore del bene questo caso la tutela della salute si accompagna a un più generale fine di preservazione della sanità, ma anche queste disposizioni, in realtà, non possono che tendere in modo immediato alla tutela della salute di coloro i quali sono sottoposti ai vaccini e solo in modo mediato alla scopo profilattico-generale.

con una peculiare percezione del benessere e dunque i quali attribuiscono alla vita umana un valore proporzionale alla di lei capacità di esprimere o di compartecipare siffatto paradigma volontaristico (*id est*, quello proprio della citata figura di «benessere-modello»).

È del tutto evidente, allora, che lo stesso movente c.d. pietistico si presti a un possibile contenuto il quale impone di qualificarlo, anziché immediatamente come attenuante, *sub specie* di aggravante dell'omicidio medesimo e ciò, per esempio, è quanto accade nell'ipotesi in cui la *figura* di «pietà» che caratterizza uno specifico impulso psicologico debba essere intesa in termini *lato sensu* utilitaristici<sup>85</sup>. Infatti, la «pietà utilitaristica», propria della condotta di colui il quale uccide taluno per realizzare il fine (utilitaristico, appunto) che egli stesso ritiene essere superiore rispetto a quello della mera esistenza-in-vita della vittima – è il caso, per esempio, dell'eutanasi c.d. eugenica o dell'eutanasi c.d. analgesica –, appalesa un peculiare disvalore della condotta *de qua* e in certa parte un elemento aggravante a carico del suo autore. La remota ragione dell'omicidio in parola, infatti, alberga non già in una irrazionale ed errata percezione e applicazione di un valore in sé, quanto piuttosto in una valutazione lucidissima (financo premeditata) di indegnità avente a oggetto la vita umana soppressa e avente per parametro (ideologico) un dato, particolare modo di essere e di vivere, il quale viene ideologicamente ritenuto non solo migliore di altri, ma addirittura fondativo dello stesso diritto alla vita.

<sup>85</sup> Si ricorderà la posizione espressa da Bentham, secondo il quale: “la natura ha posto il genere umano sotto il dominio di due supremi padroni: il dolore e il piacere. Spetta ad essi soltanto indicare quel che dovremmo fare, come anche determinare quel che faremo. Da un lato il criterio di ciò che è giusto o ingiusto, da un altro la catena delle cause e degli effetti sono legati al loro trono [...] a parole si può anche proclamare di rinnegare il loro dominio [vale a dire il dominio del piacere e del dolore, come criterii operativi sui quali necessariamente si basa l'attività umana (nda)] ma in realtà se ne resta del tutto soggiogati. Il principio di utilità riconosce tale soggezione e la assume a fondamento di quel sistema il cui obiettivo è innalzare l'edificio della felicità per mezzo della ragione e della legge” (G. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, 1998, pp. 89 e s.).



Pur dovendosi rilevare, allora, che può essere considerata pietosa in senso proprio solamente la condotta di colui il quale curi e si prenda cura della persona dell'ammalato<sup>86</sup> (non abbandonandola alle sue sofferenze e aiutandola a vivere nell'accettazione del proprio inevitabile dolore), e dunque pur dovendosi rilevare che la vera pietà non può mai determinare la soppressione della vita umana, essa rappresentando il bene presupposto a tutti i beni dell'uomo; comunque possiamo ora ammettere che in relazione all'omicidio di una persona variamente sofferente, possa pur parlarsi, in determinati casi, anche di «motivo eccentricamente pietoso», eppertanto di attenuante *pietatis causa*. Ma – questo è il punto – noi riteniamo che possa fondatamente parlarsi in siffatti termini solo limitatamente alla circostanza (e anche in questo caso essa è tutta da dimostrare!) nella quale vi sia una oggettiva e inequivoca ragione per ritenere che l'autore dell'azione o dell'omissione *de quibus* si sia trovato, al *tempus commissi delicti*, in una condizione psicologica tale da essere stato portato a considerare la propria impotenza di fronte alla patologia e all'attuale dolore della vittima in guisa di con-causa della stessa sofferenza di questa, così da avere intesa (assurdamente) la soppressione della di lei vita alla stregua dell'unico mezzo (*extrema ratio*) per eliminarne la sofferenza e dunque per porre rimedio alla propria incapacità di prestarle altrimenti aiuto. Talché egli ha preferito, per atto di paradossale e irrazionale altruismo, sopportare il rimorso dell'omicidio consapevolmente compiuto, piuttosto che far rimanere la vittima nella sua condizione di tormento e di dolore.

L'attenuante della pietà, allora – la quale non fa certo scemare né il dolo, né l'imputabilità, ovviamente – non è affatto intrinseca al trionfo malattia-sofferenza-pratica eutanassica, essa, cioè, non ha ragione di essere invocata

86 Pur sostenendo una tesi a favore dell'eutanassia – si dice, infatti, che “coloro che scelgono di morire devono avere il diritto [...] di decidere autonomamente quale peso comparativo attribuire alla continuazione della propria sofferenza” (S. Bok, *Eutanassia*, in G. Dworkin – R.G. Frey – S. Bok, *Eutanassia e suicidio assistito*, Torino, 2001, p. 142) è stato comunque rilevato che “l'eutanassia non rappresenta sempre l'atto più pietoso per i pazienti” (*Ibidem*).

per il mero fatto in virtù del quale l'omicidio sopprime una persona *lato sensu* sofferente et «inguaribile»; anzi... la soppressione di coloro i quali vivono in una condizione di malattia, anche c.d. terminale, darebbe luogo, al contrario, a una aggravante determinata da un motivo abietto, suppostamente «eugenico» (*lato sensu* migliorativo della specie) o comunque utilitaristico, e nondimeno determinata dalla minorata difesa della vittima; ma ha ragione di essere invocata, *coeteris paribus*, solamente qualora essa compendi in sé stessa – diremo – una «diminuzione psicologica» dell'agente, il quale, per il vincolo affettivo (potremmo dire empatico) che lo lega alla vittima stessa, avverta (assurdamente, ma comprensibilmente) come colpevole la propria impossibilità di alleviarne le sofferenze e avverta, nel contempo, come unico (assurdo anche questo, ma anche questo psicologicamente comprensibile) mezzo per rimediare alla propria impotenza, e dunque per eliminare gli attuali patimenti dell'ammalato, quello paradossale di provocarne la morte, assumendo su di sé il rimorso per l'atto compiuto. Si badi: l'assurdità e l'irrazionalità di questo «ragionamento» sono evidenti<sup>87</sup> – uccidere (o uccidersi) per non far soffrire (o per non soffrire) è un assurdo<sup>88</sup> – tant'è che esse impediscono di scriminare la condotta eutanassica, ma il «ragionamento» medesimo comunque non può non avere, per ragioni di equità, un rilievo nella valutazione giuridi-

87 *Contra* le note tesi engelhardtiane, a mente delle quali, invece, “il prolungamento della vita non è sempre nei migliori interessi del malto” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit. p. 377).

88 Peraltro, anche il mondo classico, se pur approvò certe forme di suicidio, in particolare quand'esso avesse rappresentato una *species* di dovere morale della persona, certamente non lo considerò mai alla stregua di un “atto di autoannichilimento [...] né, a fortiori lo considerò (nda) un diritto, tanto meno un diritto di autodeterminazione” (D. Castellano, *Introduzione*, in D. Castellano (a cura di), *Eutanassia: un diritto?*, cit., pp. 11 e s.). *Contra* le opinioni sostenute da Umberto Veronesi, secondo le quali vi sarebbe “un diritto dell'individuo a difendere la qualità della propria vita anche in prossimità della morte. E quindi [...] un (nda) diritto di chiedere l'eutanassia se la sofferenza sta riducendo la qualità della vita a limiti [soggettivamente (nda)] inaccettabili” (U. Veronesi, *Il primo giorno senza cancro*, Milano, 2012, p. 44).

co-morale dell'agente storico e dunque nella quantificazione della sua pena: esso «ragionamento», infatti, sempreché sia plausibile date le circostanze del caso (*res facti*), rappresenta – possiamo dire – una reazione psicologica sbagliata, ma *in parte qua* comprensibile.

L'eutanasia, dunque – concludiamo questo breve *excursus* – integra sempre e necessariamente una fattispecie di omicidio e in quanto tale essa non può mai essere né approvata, né autorizzata, né – tantomeno – ritenuta idonea a integrare il binomio dovere-diritto; il giudizio sul fatto in sé, pertanto, non può che essere sempre e necessariamente di censura e di condanna sul piano morale e sul piano giuridico, preminente su tutti essendo e dovendo essere, infatti, il valore in sé del bene della vita.

Se mai, allora, ciò che deve essere oggetto di attento sindacato e ciò che può eventualmente portare l'interprete, dato un caso concreto, al riconoscimento di una possibile attenuante rispetto alla condotta eutanasi, è solo l'atteggiamento psicologico del di lei autore e l'incolpevole *vulnus* che lo ha caratterizzato al tempo del fatto compiuto. Vero è, che se sotto il profilo oggettivo non vi può essere alcun margine di discussione intorno alla piena responsabilità gius-morale di colui il quale abbia ucciso un innocente – lo stato emotivo non ne può far scemare la capacità razionale, infatti – comunque l'agente stesso dev'essere giudicato e punito tenendo conto – se ciò sia plausibile – della circostanza in virtù della quale egli stesso potrebbe avere agito (magari per solitudine, per ragioni legate all'età, per debolezza di spirito *et coetera*) per il «rifiuto psicologico» che ha avuto nei confronti dell'altrui condizione di dolore. In questo senso, allora, l'eutanasia realizzata dai medici e/o dal personale di strutture *lato sensu* ospedaliere, magari a seguito di un complesso *iter* formale-amministrativo e su istanza di (quindi in concorso con) un familiare, mai può essere considerata veramente pietosa e ciò, proprio in ragione della peculiare «preparazione», anche psicologica, che essi debbono avere e dei «filtri procedurali» che si frappongono alla realizzazione della condotta medesima; allo stesso modo, peraltro, risulta assai difficile sostenere il movente della pietà

(vera) anche nell'ipotesi in cui la persona ammalata, vittima dell'omicidio c.d. eutanasi, pur versando in una condizione, per esempio, di incoscienza, non manifesti una particolare e attuale sofferenza e dunque non possa ingenerare nell'agente quel senso di colpevole impotenza cui testé abbiamo fatto riferimento. Nessuna pietà, poi, può emergere nemmeno nel caso in cui si sospendano l'alimentazione e l'idratazione – quindi neppure provvidenze terapeutiche – per cagionare la morte di colui il quale, pur senza soffrire, versi, sempre per esempio, in c.d. stato vegetativo e ciò... tantomeno se l'agente rivendichi l'omicidio medesimo come esercizio di un suo diritto o come «esercizio mediato» di un diritto della vittima<sup>89</sup>. Non vi è in questi casi, infatti, un *vulnus*

89 In materia di c.d. diritto al suicidio, anche nella forma assistita, pur permanendo formalmente in vigore gli artt. 580 e 579 c.p., i quali puniscono l'istigazione e l'aiuto al suicidio, nonché il c.d. omicidio del consenziente, la Suprema Corte di Cassazione – nel noto caso Englaro (cfr 16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748) – ha ritenuto perfettamente legittima (*recte*, legale) l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione di una persona in istato di totale incapacità di provvedere a sé stessa, sul presupposto che ciò rappresenti – pur in forma del tutto presuntiva – la volontà del soggetto *de quo* di auto-determinarsi in questo senso e cioè di porre in essere pratiche teleologicamente orientate al proprio suicidio. I Giudici, infatti, hanno rilevato che “il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace [il quale viene quivi letto in termini grettamente soggettivistici, come interesse della volontà negativa e non come interesse al bene in sé della persona (nda)]; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non 'al posto' dell'incapace né 'per' l'incapace, ma 'con' l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche” (16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748).

psicologico che attenui il disvalore della condotta omicidiaria, né un senso di colpa per l'omicidio commesso, ma al contrario vi è una ferma e lucida convinzione dell'agente, il quale delibera con premeditazione l'omicidio *de quo* e con perizia ne apparecchia i mezzi necessari, avvia le procedure formali che gli servono per «scansare» o per attenuare gli effetti della propria responsabilità sul piano giuridico (per esempio quelli legati all'applicazione della giusta pena), cerca il modo più efficace per dimostrare il c.d. consenso dell'offeso *et coetera*.

La pietà che può avere un rilievo attenuante, insomma e che dunque può giustificare sul piano razionale-giuridico-morale una certa diminuzione di pena per colui il quale abbia commesso un omicidio, non può essere quella sociologica, ovverosia quella legata a una certa considerazione del dolore fisico e della malattia, ma può solamente essere quella che abbiamo definita psicologica, cioè quella che può nascere a fronte di un attuale stato di sofferenza non altrimenti placabile, in capo a colui il quale, avvertendo una colpevole impotenza, segnatamente acuita da un legame sentimentale con l'ammalato, pone fine alla vita di lui, preferendo – ecco il punto – sopportare su di sé, per atto di irrazionale e paradossale altruismo, il peso morale dell'omicidio commesso, piuttosto che lasciare l'altro nello strazio. È dunque il senso di colpa per l'omicidio commesso, che sostanzia e che dà credito al motivo autenticamente pietoso di colui il quale ha posto in essere la condotta eutanascica, onde ne può essere e ne deve essere attenuata la pena: fuori dal senso di colpa (*ex post*) e fuori dall'incapacità psicologica di accettare l'altrui attuale e contingente stato di sofferenza (*ex ante*), dunque, non vi può essere alcuna attenuante per ragioni di «umana pietà». Altri moventi eutanascici, infatti, altre forme di supposta pietà, nulla esprimono, se non il radicale egoismo di colui il quale li invochi per giustificare il proprio delitto... aggravato.

Un tanto premesso possiamo tosto rilevare – senza soffermarci ulteriormente sul punto – che la condotta eutanascica, qualunque possa esserne il movente, sia suscettibile di manifestarsi in due fogge: quella diretta e quella indi-

retta. All'interno di ciascuna di queste, poi, vi può essere una ulteriore diversificazione tra condotta omissiva e condotta commissiva. Può aversi, infatti: <sup>a)</sup> eutanasia diretta commissiva; <sup>b)</sup> eutanasia diretta omissiva, <sup>c)</sup> eutanasia indiretta commissiva ed <sup>d)</sup> eutanasia indiretta omissiva, anche se in relazione a quest'ultima *figura* risulta più difficile la configurazione concettuale del nesso eziologico.

Ebbene, l'eutanasia diretta si caratterizza per la presenza di un nesso causale immediato e diretto, appunto, tra azione od omissione ed evento della morte: nella forma commissiva, per esempio, essa può integrarsi con la somministrazione alla «vittima» di una sostanza letale; mentre nella forma omissiva essa può integrarsi con il mancato apprestamento delle cc.dd. cure di soccorso, immediatamente necessarie a evitare la morte dell'interessato. In ipotesi potrebbe rilevare in questo senso la mancata sutura di un'emorragia massiva, il mancato supporto di base in caso di arresto cardiaco, la mancata somministrazione del farmaco adrenalinico in costanza di un c.d. *choc* anafilattico *et similia*.

L'eutanasia indiretta, invece, si ha allorché la condotta realizzata non sia immediatamente compiuta per ottenere l'effetto della morte (della persona), ma essa lo causa comunque in forma mediata, vale a dire che essa lo causa... come «secondo effetto». L'eutanasia indiretta, cioè, si caratterizza per una «diluizione» e per una «sfumatura concettuale» del nesso eziologico, nonché per un suo più complesso meccanismo di qualificazione e di individuazione sostanziale. Il nesso eziologico – si badi – non può mancare: se esso mancasse, infatti, nulla legherebbe causalmente la condotta all'evento e dunque di omicidio (eutanascico) non si potrebbe proprio parlare, ma nella forma indiretta della fattispecie in parola l'analisi che il nesso di causa richiede, esige una necessaria compartecipazione con l'elemento psicologico del dolo eventuale. Vediamo di entrare *in medias res* per comprendere, pur brevemente, i termini del problema. Ebbene, l'eutanasia indiretta commissiva si ha allorché sussistono tre condizioni: <sup>a)</sup> che l'evento morte non sia supportato dal dolo



specifico dell'agente, in relazione al suo *modus operandi*;<sup>90</sup> che l'evento morte non rappresenti il principale effetto della condotta medesima, ma una conseguenza secondaria di questa, un ulteriore effetto di essa, ma non il principale e<sup>91</sup> che in relazione al secondo effetto possa individuarsi in capo all'agente lo stato soggettivo del dolo eventuale. Per esempio, rientra nella fattispecie *de qua*, la somministrazione di farmaci cc.dd. leniterapici<sup>90</sup>, con un fine analgesico, i quali però, oltre a realizzare l'effetto loro proprio, provochino anche un deperimento dell'organismo e un danno ai suoi organi, tali da essere causa della di lui morte, qualora – ovviamente – tale secondo effetto sia stato previsto e accettato dall'agente come “possibilità positiva e concreta del verificarsi di esso”<sup>91</sup>. In questo caso abbiamo altrove parlato di «eutanasia eventuale»<sup>92</sup>, proprio facendo riferimento alla particolare figura di dolo che caratterizza, *coeteris paribus*, la condotta dell'agente il quale abbia appunto proceduto alla somministrazione *lato sensu* analgesica, accogliendo però il rischio che essa provochi, sia pure come effetto secondario, il decesso della persona interessata<sup>93</sup>.

90 Infatti, “la c.d. «eutanasia attiva indiretta» [...] prevede l'impiego di farmaci idonei ad alleviare le sofferenze del paziente, i quali possono, a loro volta, sortire l'effetto ulteriore di portare alla morte del paziente” (M. M. Rocca, *I diritti del malato in genere*, in P. Cendon, *Informazioni erranee, soggetti deboli, illeciti informatici, danni ambientali*, Padova, 2011, p. 259).

91 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 312.

92 Pur partendo da presupposti concettuali diversi dai nostri, in merito a questo punto si può condividere in *parte qua* l'analisi di Frey. L'Autore, infatti, come noi rileva l'errore di coloro i quali sostengono una differenza morale radicale tra la somministrazione analgesica con fine leniterapico e con secondo effetto (previsto e accettato) eutanasico, rispetto a quella che persegue come unico scopo l'uccisione della persona, ovvero si rileva l'errore di coloro i quali sostengono una differenza morale radicale “tra morte voluta e morte prevista”. Frey scrive, infatti, che “il dottore ha scelto di agire in un modo che ha determinato la morte del suo paziente; iniettando una certa dose di morfina, [egli (nda)] è stato un attivo agente causale rispetto tale morte” (R.G. Frey, *Distinzioni tra tipi di morte*, in G. DWORKIN – R.G. Frey – S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, cit., 2001, p. 17).

93 Per esempio Tettamanzi sostiene che “non ci sarebbero

Più complessa, invece, è l'ipotesi della citata eutanasia indiretta omissiva; anche in questo caso, ovviamente, occorre la sussistenza delle tre condizioni sopra vedute e cioè: <sup>α)</sup> che l'evento morte non sia supportato dal dolo (specifico) dell'agente, in relazione alla di lui omissione; <sup>β)</sup> che l'evento morte non rappresenti il principale effetto della omissione medesima, ma una conseguenza secondaria di questa e <sup>γ)</sup> che in relazione al secondo effetto possa individuarsi in capo all'agente lo stato soggettivo del dolo eventuale. Quivi, infatti, l'effetto secondario della morte, accettato dall'agente come eventualità della propria omissione, non è causalmente connesso a un *facere* di lui, quanto piuttosto esso è connesso al suo *abstine*, di talché massimamente importa di considerare la possibilità del dolo eventuale nel caso della condotta omissiva. Ebbene, non è questa la sede per approfondire una questione così complessa e specialistica, nondimeno possiamo rilevare che operando all'interno dello spettro concettuale offerto dalla c.d. posizione di garanzia, pur potrebbero darsi ipotesi nelle quali l'omissione di una cura, cui consegue indirettamente la morte del soggetto per il quale sussiste la citata posizione di garanzia, abbia a essere imputata al responsabile a titolo di omicidio con dolo eventuale o, se si preferisce, a titolo di «eutanasia eventuale». Evidentemente non può essere questo il caso dell'omissione di provvidenze salva-vita e/o quello dell'omissione dell'assistenza necessaria al mantenimento in essere delle cc.dd. funzioni vitali, giacché le omissioni *de quibus* non causano la morte come secondo effetto e dunque indirettamente, ma la causano direttamente e come effetto principale punto perseguito dal *reus* a titolo di dolo diretto, infatti abbiamo parlato *supra*, in merito alle fattispecie *de quibus*, [condizionale nostro (nda)] dubbi circa la liceità morale, e in alcuni casi circa lo stesso dovere morale, di alleviare le sofferenze del malato grave e del morente con la somministrazione di analgesici e narcotici, anche se comportano il pericolo di abbreviarne la vita” (D. Tettamanzi, *Bioetica. Nuove sfide per l'uomo*, Casale Monferrato, 1987, p. 236). Il problema, però, non può essere «liquidato» in una così breve battuta: ciò che rileva, infatti, non è il pericolo di abbreviare la vita del soggetto sottoposto leniterapia, quanto piuttosto quello concernente il nesso eziologico tra omissione ed evento, letto in combinato disposto con lo stato soggettivo dell'agente, vale a dire letto alla luce della sussistenza o meno del dolo eventuale.

di eutanasia diretta omissiva. Tuttavia può sussistere – sempre considerando l’obbligazione di cura che sta in capo al garante (*id est*, al soggetto in posizione di garanzia), in termini civilistici si potrebbe invocare la figura del tutore<sup>94</sup> – anche la possibilità di una omissione indirettamente causativa della morte, in relazione alla quale il garante stesso ne abbia accettata l’eventualità. Per esempio questo potrebbe darsi nell’ipotesi in cui il tutore, negando senza una fondata ragione il consenso a un dato intervento chirurgico-terapeutico, ovvero alla pratica di una data terapia farmacologica, provochi, come secondo effetto del mancato intervento o della mancata cura, la morte della persona a lui affidata avendone già accettata la possibilità. La morte, in questo caso, non sarebbe, infatti, la conseguenza diretta del mancato intervento, ma il secondo effetto di quest’omissione, la quale, per esempio, potrebbe avere causato un prevedibile deterioramento delle generali condizioni di salute della persona, ovvero una prevedibile riacutizzazione della malattia, dalle quali poi sia derivato l’evento della morte. Si pensi, per fare un esempio, al rifiuto che il tutore opponga a un trattamento radioterapico o chemioterapico c.d. adiuvante, successivo all’intervento chirurgico di asportazione di una massa neoplastica (o di un organo affetto da tumore; il caso potrebbe essere quello del carcinoma prostatico), pur ordinato dai medici per evitare che eventuali cellule tumorali proliferino all’interno dell’organismo dell’incapace, provocandone metastasi. Ebbene nell’ipotesi in cui il

94 A mente del combinato disposto tra gli artt. 424 et 357 c.c. rileva che il criterio in relazione al quale il tutore deve agire in nome e per conto dell’interdetto è rappresentato dal bene di quest’ultimo, il quale bene, nella sua oggettività, è razionalmente coglibile e valutabile, né può o potrebbe essere rappresentato dal presunto volere dell’incapace, proprio in quanto la volontà, per sua natura, è soggettiva ed è impossibile da individuarsi prima della sua manifestazione o al posto di colui il quale debba manifestarla. *Contra* la già citata pronunzia sul c.d. caso Englaro (cfr. 16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748). Né infine, il criterio *de quo* potrebbe essere rappresentato dal perseguimento di un presunto benessere dell’interdetto, inquantoché, anche il benessere rimane nell’alveo della dimensione intimo-soggettiva della persona. *Contra*, in questo secondo, caso, la nota sentenza sulla vicenda di Alfie Evans sulla quale già altrove ci siamo soffermati.

tumore poi si riformi e da questo suo riformarsi derivi la morte della persona sottoposta a tutela, ben potrebbe darsi l’integrazione degli estremi della fattispecie in parola, in quanto l’effetto eutanasi risulta essere indirettamente causato da una omissione del soggetto in posizione di garanzia, per le conseguenze della quale egli ebbe coscientemente accettato il rischio. La morte del soggetto, infatti, non deriva *sic et simpliciter* dalla omissione terapeutica, ma essa deriva da un secondo effetto di questa, punto preveduto e accettato dal *reus* come possibile conseguenza della di lui condotta omissiva. Né – si badi – può trattarsi in questo caso di una omissione terapeutica rientrante nel mero incoercibile rifiuto delle cure, inquantoché la posizione di garanzia propria del tutore – per restare all’esempio – lo pone in una situazione giuridica diversa rispetto a quella dell’interessato che agisca per sé: l’interessato (*compos sui*) che agisce su di sé e per sé, infatti, anche se ha l’obbligo morale-razionale di prendersi cura della propria persona, egli non ha un identico e generale obbligo giuridico-normativo, cioè preveduto e impostogli dall’Ordinamento, per le già studiate ragioni di politica del diritto. *Viceversa* il tutore, e comunque il soggetto in posizione di garanzia, è necessariamente vincolato ad agire solo per il bene oggettivo e solo secondo l’ordine altrettanto oggettivo del bene di colui il quale è soggetto alla sua *potestas*. Egli non può, invero, decidere e operare secondo parametri arbitrari e diversi, variamente afferenti a un suo possibile modo di intendere il benessere soggettivo<sup>95</sup>: ciò, infatti, renderebbe anarchica la posizione del tutore e rimetterebbe l’incapace non più alle cure del tutore medesimo, quanto piuttosto al di lui capriccio e alle di lui personali opzioni. Il tutore,

95 *Contra* – per esempio – la posizione di Engelhardt, secondo il quale, premessa la qualificazione di non-persona posta in capo agli esseri umani incapaci di autocoscienza, overosia incapaci di “possedere una razionalità morale” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 156), “sono altri che devono decidere per loro e stabilire quali siano i loro migliori interessi. [...] Per loro devono scegliere le persone. Poiché tali scelte dipendono dal senso morale di chi le compie e poiché non esiste un senso morale univoco capace di stabilire in termini laici generali un’unica gerarchia autorevole di costi e benefici, la sorte degli individui che non sono persone risentirà delle scelte particolari di particolari persone o comunità di persone” (*Ivi*, p. 162).

dunque, non ha alcun diritto di rifiutare le cure che all'incapace servano per il bene della propria salute; egli, se mai, può (e deve) decidere di optare per la cura che sia più opportuna; può decidere di non sottoporre l'incapace medesimo a una terapia o a un intervento, se abbia ragione di ritenere che essi possano nuocergli o porlo altrimenti in pericolo di vita, ma non può preferire per l'incapace affidatogli una sua personale e soggettiva opinione di benessere, rispetto all'oggettività del bene; non può sottrarlo alle cure, dunque, poiché sottraendolo alle cure egli verrebbe meno alle obbligazioni proprie del suo *status* ed eserciterebbe il proprio potere per fini contarii rispetto quelli per i quali esso gli è stato conferito.

5. CONCLUSIONE. CONSIDERAZIONI  
«A MARGINE» DELLA LEGGE 219/2017  
(NORME IN MATERIA DI CONSENSO  
INFORMATO E DI DISPOSIZIONI  
ANTICIPATE DI TRATTAMENTO).

Come si evince già dalla lettura dei Lavori preparatorii alla citata Legge 219/2017, in materia di cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento, l'asse concettuale attorno al quale essa gravita è quello dell'assoluta autodeterminazione küngiana<sup>96</sup> (del *velle*) della persona; essa, cioè, avrebbe dovuto, almeno nell'intenzione del Legislatore, consentire ai «suoi» soggetti l'esercizio della libertà negativa in ambito *lato sensu* medico-terapeutico. Significativamente si legge negli Atti parlamentari, infatti, che la sua stessa approvazione si basa sull'assunto in virtù del quale "l'autodeterminazione è il nucleo, il senso stesso della persona umana [e che (nda)] questa è, appunto, una legge di libertà"<sup>97</sup>... negativamente intesa. È vero: indubbiamente la legge in parola fa perlopiù propria la *Weltanschauung* volontaristica già accolta dalla Giu-

96 È noto che per Küng "autodeterminazione in questo senso significa stabilire un criterio di demarcazione rispetto agli altri uomini: come a nessuno è lecito spingere, costringere o forzare un altro a morire, così nessuno può costringere un altro a continuare a vivere" (H. KÜNG, *La dignità della morte. Tesi sull'eutanasia*, Roma, 2007, pp. 63 e s.)

97 14 Dicembre 2017, Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, p. 13, dichiarazioni del Senatore Mazzoni.

risprudenza costituzionale<sup>98</sup>, già entrata nelle pronunzie della Corte di Cassazione<sup>99</sup>, già affermatasi nell'ambito delle decisioni adottate dalla Corte di Strasburgo<sup>100</sup> e sostanzialmente coe-

98 La Corte costituzionale, infatti, ha rilevato "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute [...] proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale [...] Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute" (15 Dicembre 2008, Corte Costituzionale, Sentenza № 438, Presidente: Flick, Redattore: Saulle) e ha aggiunto che "la libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché [essa libertà (nda)] concerne la sfera privata e familiare [dell'individuo-soggetto (nda)]. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango" (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza № 162, Presidente: Silvestri, Redattore).

99 La Cassazione bene interpreta l'impostazione della Corte Costituzionale, quando afferma, per esempio, che non si può porre un problema di "prevalenza del bene 'vita' o del bene 'salute' rispetto ad altri possibili interessi, giacché una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell'ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un 'conflitto' regolabile *ab externo* è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare" (12 Gennaio 2010, Suprema Corte di Cassazione, Sez. III, Civile, Sentenza № 2847).

100 In termini paradigmatici può farsi riferimento alla nota pronunzia 29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso № 2346/2002, ove i Giudici di Strasburgo, allocando il c.d. diritto all'autodeterminazione nell'ambito concettuale dell'art. 8 C.E.D.U., affermarono che "*comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de 'vie privée' est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire*



rente con l'esperienza giurisprudenziale nord-americana<sup>101</sup>, anche se – occorre segnalarlo – in palese contrasto con le *rationes* che stanno alla base dei vigenti Codici civile e penale. Secondo questa *Weltanschauung*<sup>102</sup>, infatti, le radici della quale allignano – come ben rileva Danilo Ca-

---

*antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle [recte, dovrebbe dirsi d'autodétermination, giacché l'autodeterminazione come determinazione del volere è altro rispetto all'autonomia quale capacità di riconoscere la «propria» regola e di seguirla razionalmente (nda)] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article”.*

101 Invero “*anglo-american law starts with the premise of thorough-going self determination. It follows that each man is considered to be master of his own body*” (9 Aprile 1960, Corte Suprema del Kansas, Sentenza *Natanson versus Kline*, 186 Kan. 393). Si vedano, a titolo d'esempio, le pronunzie 22 Marzo 1972, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Sentenza *Eisenstadt versus Baird*, 405-438 et 7 Giugno 1965, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Sentenza *Griswold versus Connecticut*, 381-479. Marta Cartabia ha opportunamente rilevato, peraltro, che “i Giudici della Corte suprema ritengono che il diritto alla privacy si ritrovi ‘nella penombra’ di molti diritti costituzionalmente protetti [...] che indicano che la Costituzione americana si basa sulla libertà [negativa (nda)] di ogni individuo di effettuare le sue scelte personali, nella vita privata, senza interferenze del potere pubblico” (M. Cartabia, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in B. Perrone (a cura di), *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*, Milano, 2009, p. 16). Basti poi considerare che secondo i Giudici della Suprema Corte Americana “*no State shall ‘deprive any person of life, liberty, or property [...] e (nda)]’ the fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights. [...] In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs*” (26 Giugno 2015, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Sentenza *Obergeffell versus Hodges*, 14-556). In merito si veda – *si vis* – R. Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, cit., *passim*, in particolare, cap. IV.

102 Luca Antonini, a questo proposito, ha opportunamente rilevato che “il processo di sviluppo dei nuovi diritti si fonda [...] su una prassi di uso/abuso di procedure comparative, che può essere definita come uno scambio transnazionale di diritti umani” (L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Pavia, 5-7 Dicembre 2009*, Milano, 2012, p. 13).

stellano<sup>103</sup> – nella gnosi propria del luteranesimo, la persona avrebbe il diritto di disporre in termini assoluti di sé stessa, della propria salute e del proprio corpo; onde la Legge altro non vorrebbe fare, se non punto consentire alla persona medesima, pur attraverso una certa disciplina della manifestazione del di lei consenso, di esercitare siffatto diritto, o per meglio dire di esercitare i poteri proprii di siffatta anarchia.

Cionondimeno, prima di passare in veloce rassegna le disposizioni che attuano una tale prospettiva e le altre che variamente pongono problemi, giova mettere in luce quegli aspetti della normativa in parola, i quali, contraddittoriamente (e sono felici contraddizioni!<sup>104</sup>), paiono smentire le sue stesse premesse. Ci limitiamo a tre cenni. Un primo cenno concerne il disposto dell'art. 2 co. II, il quale fa obbligo al medico di “astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati”, quando il paziente versi in una situazione di “prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte”. La disposizione, si badi, è in sé giusta e ragionevole per due ragioni: per quanto essa prescrive e per l'inderogabilità del suo stesso dispositivo. Abbiamo già detto, infatti, che l'accanimento terapeutico non ha mai una natura terapeutica e anzi esso si qualifica in guisa di *iniuria* rispetto alla persona «contro» la quale viene praticato, in quanto esso stesso rappresenta una forma di strumentalizzazione del di lei corpo per fini *lato sensu* egoistici. Dunque risulta più che opportuno il divieto sancito dal Legislatore, come risulta più che opportuna la circostanza in virtù della quale il Legislatore medesimo non dia rilievo (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) all'eventuale richiesta del «paziente» di essere sottoposto, o per meglio dire di sottoporre il proprio corpo malato, a siffatte pratiche. Il problema nasce, però, considerando che l'inderogabilità della norma in parola

---

103 Cfr D. Castellano, *Martin Lutero. Il canto del gallo della Modernità*, Napoli, 2016.

104 Claudio Saratea, proprio parlando della citata Legge, acutamente osserva che “ove si congiungono autodeterminazione e *privacy* [...], ci si trova poi immersi in aporie e paradossi” (C. Saratea, *Autodeterminazione e privacy*, in *L'arco di Giano*, cit., p. 17).

rappresenta *ex se* una violazione del c.d. diritto all'assoluta autodeterminazione terapeutica della persona, espressamente richiamato e sancito all'art. 1 della medesima Legge. La previsione di siffatta norma inderogabile, peraltro, rappresenta anche una patente sproporzione tra la trasformazione della pretesa in «diritto», quando la pretesa medesima abbia a oggetto una richiesta eutanasi e la negazione di tale trasformazione nell'identica, anche se opposta circostanza ove l'oggetto della stessa pretesa consista nello strumentale mantenimento in essere delle funzioni vitali dell'organismo moriente... Da un lato, infatti, si nega la possibilità per il soggetto di ottenere il c.d. accanimento terapeutico, dall'altro, però, gli si consente l'accesso alle pratiche *lato sensu* eutanasiche, anche se limitatamente alle forme indirette delle stesse. Quale autodeterminazione, allora?<sup>105</sup>

La medesima «felice contraddizione», poi – secondo cenno – si riscontra all'art. 4 co. V, allorché la Legge, dopo avere stabilito che la persona “può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari” (art. 4 co. I) e che “il medico è tenuto al rispetto delle DAT” (art. 4 co. V) medesime, afferma che esse “possono essere disattese in tutto o in parte” nell'ipotesi in cui si verificano due situazioni alternative: o <sup>a)</sup> che esse “appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente”, o <sup>b)</sup> che “sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di

105 L'impostazione – si badi – è sistematicamente sbagliata e non dipende da un errore procedurale; essa, infatti, alligna nelle tesi engelhardtiane, a mente delle quali “ogni giudizio in materia [di disposizioni di trattamento, eutanasi, interruzione della cura degli incapaci *et coetera* (nda)] dipende da una particolare visione morale sostanziale, e questa non può trovarsi in contesti laici generali. [...] In termini laici generali si possono creare solo *standard* pubblici arbitrari suscettibili di una facile articolazione in termini di costi e di probabilità di successo. In ogni caso [- conclude l'Autore - (nda)] il diritto di rifiutare il trattamento, non implica il diritto di esigerlo. Le comunità possono senza incoerenza affermare il diritto di rifiutare il trattamento e, nello stesso tempo, limitare il [*quantum* di (nda)] trattamento che si può richiedere a carico della comunità” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 377).

vita”. Anche in questo caso – si badi – la norma, pur nelle sue assurde premesse, è condivisibile nel dispositivo ed essa è coerente con i principi che noi abbiamo diffusamente sostenuti, ma proprio per questo essa stessa si pone in contrasto rispetto al dogma dell'assoluta autodeterminazione<sup>106</sup> e introduce elementi di «relativa oggettività», i quali contraddicono la stessa disciplina del consenso informato<sup>107</sup>. Infatti, occorre rilevare che possibilità di disattendere le cc.dd. disposizioni di trattamento, già sottrarre queste ultime alla piena e assoluta disponibilità dell'interessato e ciò – si badi – non solo perché il Legislatore ha introdotta questa possibilità di sindacato da parte del medico, ma particolarmente in ragione della circostanza in virtù della quale la norma in parola neppure consente al disponente di vincolare il medico medesimo al contenuto delle proprie disposizioni, facendo espressamente riferimento all'ipotesi che esse siano o appaiano oggettivamente incongrue o che sussistano terapie nuove. La previsione del Legislatore che consente il «superamento» delle D.A.T., infatti, non ha natura cautelativa rispetto alla volontà del disponente, non persegue, cioè, lo scopo di evitare che una di lui manifestazione di volontà lo vincoli... *ultra vires*, ovve-

106 Per esempio, commentando il Documento del Comitato Nazionale di Bioetica del 2003 sulle direttive anticipate di trattamento, Salvatore Amato osserva che il Comitato medesimo “ha ritenuto che fosse possibile realizzare questo difficile incontro di sensibilità [quella del medico con quella del paziente (nda)], prevedendo che le richieste contenute nel *living will* siano vincolanti per il medico [...], ma non determinano un dovere assoluto e deterministico di esecuzione, perché è possibile assumere decisioni non strettamente conformi o addirittura diverse, purché sia fornita un'adeguata motivazione. Si cerca così di creare un equilibrio tra una bioetica dei desideri [...] e una bioetica dei valori” (S. Amato, *Eutanasi. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 166).

107 Helgelhardt, per esempio, più coerentemente osserva che “una volta che sulla questione di come si deve vivere e morire sia venuta meno la guida di una visione morale canonica [o anche semplicemente naturale-classica (nda)], l'autorità morale può discendere solo dal consenso, dal permesso delle persone coinvolte. E allora, nelle decisioni che riguardano la cessazione del trattamento o l'uccisione diretta degli individui, il consenso diventa la questione centrale della morale laica” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit. p. 385).

rosia oltre lo spettro delle sue stesse previsioni, ma proprio persegue lo scopo opposto di limitarne la signoria del volere e di caricare il medico della responsabilità di operare le valutazioni del caso su una base *lato sensu* obiettiva.

Ebbene, queste due contraddizioni, unitamente a quella che può farsi in merito all'art. 1 co. VI, dov'è contemplata la legale impossibilità per il paziente di "esigere trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali" – terzo cenno – potrebbe aprire le porte, o quantomeno la finestra, a un giudizio meno *tranchant* sulla Legge in parola. Si potrebbe sostenere, cioè, che essa in un certo modo contemperi il «diritto» del paziente di autodeterminarsi liberamente in merito alle decisioni che concernono il proprio corpo, con la tutela e la salvaguardia «realistiche» – direbbe Danilo Castellano<sup>108</sup> – dei beni oggettivi rappresentati *in se* dalla vita e dalla salute. Allo stesso modo si potrebbe ritenere «eccessiva» la deduzione secondo la quale il medico, alla luce della normativa in parola, assuma un ruolo preminentemente tecnico-esecutivo, nell'ambito di un rapporto con il paziente ridottosi a una *locatio operarum*, in luogo della funzione propriamente terapeutica che invece lo caratterizza nell'ambito di un rapporto di cura propriamente detto. In merito a quest'ultimo aspetto, peraltro, la previsione normativa in virtù della quale "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura" (art. 1 co. VIII), deporrebbe a favore della tesi «più conciliante». A nostro avviso, però, una siffatta interpretazione rap-

108 Danilo Castellano, per esempio, scrive che "il Codice civile italiano [...] nonostante gli orientamenti contrari dettati dalle dottrine condivise dal legislatore dell'epoca, è pervaso dal realismo il quale è particolarmente evidenziato da [...] diverse (nda) disposizioni [...] e anche se (nda) il codice civile del 1942, stabilisce [...] che la legge [...] è la prima fonte del diritto [...], questa norma esce sostanzialmente indebolita, anzi «svuotata», [...] dall'articolato codicistico (nda)]. La norma [...], infatti, è il prodotto dell'attività del legislatore il quale, per dare veramente la legge, non può invocare qualcosa di «altro» rispetto al diritto [...]. Il legislatore, infatti, non ha il potere di trasformare in giuridico un qualsiasi comando [...]. Il Codice [...] rappresenta, pertanto, la sconfessione del positivismo giuridico assoluto che il legislatore dell'epoca dichiarò di volere instaurare" (D. Castellano, *Quale diritto?*, Napoli, 2015, pp. 113 e ss).

presenterebbe un tradimento della stessa *ratio legis* e un pericoloso errore di sottovalutazione, oltretutto un'errata qualificazione della stessa facoltà legale riconosciuta al medico di operare un certo sindacato sopra le decisioni del «paziente». Non approfondiamo i vasti termini del problema, ma ci limitiamo a rilevare che tutto l'impianto della normativa in disamina risulta per così dire viziato da una concatenazione di «errori genetici», i quali, di fatto, pongono in una posizione di preminente rilievo concettuale e di primaria tutela normativa la volontà del benessere, rispetto all'oggettività del bene e ciò, financo introducendo surrettiziamente, ma coerentemente, una certa *forma* di «diritto» all'eutanasia indiretta nel caso di "prognosi infausta a breve termine [...] e (nda)] sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari" (art. 2 co. II).

Se ci soffermiamo un momento, infatti, a riflettere sui limiti che la Legge pone all'autodeterminazione del *velle in se ipso* e sui criteri che essa stessa consente al medico di utilizzare per operare un «sindacato di legalità» sopra le richieste dell'interessato, tosto vediamo che essi non allignano nella natura dell'arte medica e nei principii proprii della cura oggettivamente intesa, né, conseguentemente, allignano nel riconoscimento del valore della vita quale bene *in se* indisponibile, quanto piuttosto trovano la loro *causa essendi* in una opzione fatta propria dal Legislatore per motivi di contingente ragion di Stato, i cui termini (assai labili) risultano tutti interni all'economia (*rectius*, al  $\mu\kappa\theta\acute{o}\varsigma$ -sistema) della medesima Legge e vieppiù sbilanciati verso l'accoglimento del paradigma volontaristico-liberale di stampo kantiano-lockiano. Abbiamo detto, invero, che il medico non è tenuto a compiere "trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1 co. VI) e che egli può disattendere le disposizioni anticipate di trattamento "qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero [qualora (nda)] sussistano terapie non prevedibili" (art. 4 co. V); abbiamo anche detto che, a mente della Legge in parola, "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura" (art. 1 co. VIII). Interrogandoci, però – questo è *l'ubi consistam* del problema –



sul significato da dare sia alla prerogativa che la Legge attribuisce al medico, consentendogli, nei casi veduti, di non eseguire le richieste del «paziente», sia sui criteri che egli deve utilizzare per vagliare le richieste medesime e dunque su che cosa debba intendersi per “buone pratiche clinico-assistenziali”, per incongruità o non corrispondenza delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento e per cura – rimanendo agli esempi fatti – tosto dovremmo rilevare due dati di non poco momento. *In primis* dovremmo rilevare che la Legge *de qua* non impone al medico di disattendere le richieste “palesamente incongrue” o quelle aventi a oggetto “trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali”, ma solo gli consente di non assecondare, in questi casi, il *desideratum* del «paziente». Onde le “buone pratiche” e le «regole» (anche deontologiche) della medicina – ecco il punto – non vengono qui considerate dal Legislatore in guisa di norme inderogabili e cogenti nemmeno per il medico, quanto piuttosto esse vengono considerate alla stregua di opzioni operative, il cui accoglimento *in casibus* è rimesso alla libera e personale scelta dell'operatore. E ciò – si badi bene – quasi attribuendo al medico stesso la facoltà di opporre una obiezione «di» coscienza – come direbbe Danilo Castellano<sup>109</sup> – per ragioni di intima coerenza ai

109 Il diritto all'obiezione «di» coscienza, infatti, è da intendersi in guisa di «diritto» alla mera coerenza con le proprie opzioni, qualunque ne sia il contenuto e/o la causa propulsiva, ma anche... entro i limiti temporali e concettuali in cui esse vengano esercitate e fatte valere. Danilo Castellano parlerebbe, in questo caso, di “diritto [...] all'anarchia” (D. Castellano, *Obiezione di coscienza e pensiero cattolico*, in *Ethos e cultura*, Padova, 1991, pag. 925). Invero l'Autore ha correttamente osservato che “è contraddittorio chiedere il riconoscimento giuridico della disobbedienza poiché equivarrebbe a chiedere il diritto appunto all'anarchia[...] un'obiezione di coscienza [infatti (nda)] che possa far valere qualsiasi istanza o opinione non è più appunto obiezione bensì facoltà. Ove, però, l'individuo potesse far valere qualsiasi sua decisione come facoltà sarebbe insostenibile qualsiasi ordinamento giuridico (*Ibidem*) e ha chiaramente fatto osservare che “la coscienza morale moderna [...] quella che sta alla base dell'obiezione di coscienza e del diritto all'assoluta autodeterminazione del *velle* (nda)] non si limita a manifestare l'obbligo, ma pretende di generarlo. In tal modo, in realtà, lo vanifica, poiché, ove il soggetto fosse legislatore di sé medesimo, esso non sarebbe subordinato ad alcuna <legge>, non avrebbe

proprii convincimenti *lato sensu* professionali, quando l'istanza del «paziente» gli chiederebbe di violarli<sup>110</sup>. Si potrebbe quasi dire, allora, che il Legislatore abbia voluto qui trovare un punto di equilibrio tra l'autodeterminazione del volere del medico e l'autodeterminazione del volere del paziente, ma senza andare oltre agli schemi della volontà, né, tantomeno, perseguendo

alcun obbligo. [...] Il soggetto, in altre parole, sarebbe sovrano della legge morale” (D. Castellano, *La razionalità della politica*, Napoli, 1993, p. 37). Si osservi che anche Sergio Cotta pose il problema *de quo*; egli, come è noto, scrisse che “Antigone, Socrate, i martiri cristiani disobbediscono bensì per decisione propria [...], ma in nome delle ‘leggi non scritte’, del daimon, di Dio – non mai in proprio nome. Invece chi oggi disobbedisce [...] lo fa non solo per decisione propria ma anche in nome proprio, appellandosi alla sovranità della propria coscienza individuale” (S. Cotta, *Resistenza: in nome di che cosa?*, in AA.VV. *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, p. 284). La «vera» obiezione – sia ben chiaro – non è né quella «di» coscienza, né quella «legale», ma è quella «della» coscienza ed è quella che si manifesta, proprio per ubbidire a un principio obiettivo e razionale disatteso dall'Ordinamento vigente, in un contengo illegale, *id est* in una condotta morale e razionale, di scontro e di opposizione al Sistema, motivata dalla necessità di tenere fede, non a un'opzione purchessia, ma alla verità e al valore di essa. Esempio archetipico, in questo senso, è l'opposizione di Antigone a Creonte.

110 *Contra* la tesi di Salvatore Amato, il quale, commentando un Documento del Comitato Nazionale di Bioetica del 2003 sulle cc.dd. *living will*, ha rilevato che “questo diritto-dovere del medico di assumere, con adeguata motivazione, una decisione diversa da quanto auspicato dal paziente è molto diversa dall'obiezione di coscienza [...]. L'obiezione di coscienza serve a risolvere un conflitto di valori. Abbiamo l'incompatibilità tra due etiche [...]. Nel nostro caso, invece, si tratterebbe di quella che potremmo chiamare un'obiezione di conoscenza: non vi è nessun conflitto di valori, ma il medico si rende conto che la richiesta formulata tradisce un'erronea visione del problema e può serenamente prevedere che, se adeguatamente informato, il paziente avrebbe assunto una decisione diversa” (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., 2011, p. 2). Il *punctum dolens*, però, a nostro avviso, riguarda sia il modo e prima ancora la possibilità astratta di un «giudizio sostitutivo-prospettico» relativamente a un mero atto di volontà, quale è quello del c.d. consenso informato al trattamento medico – la volontà, infatti, non è né prevedibile né esercitabile *in vece* di altri –; sia il giudizio sulla “erronea visione del problema”, giacché la correttezza e l'erroneità della “visione” postulano un criterio oggettivo che alberga al di fuori dello spettro concettuale definito dall'assoluta autodeterminazione del volere.

il fine di riconoscere magari in minima parte l'indisponibilità del diritto alla vita e alla salute.

*In secundis*, poi, rileva che la nozione di cura o trattamento sanitario fatta (assurdamente) propria dal Legislatore, va ben oltre i limiti oggettivi che informano il concetto di cura *in se* e li stravolge: a mente della norma in parola, infatti, non solo rientrano nel novero dei "trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale" (art. 1 co. V), i quali invece integrano gli estremi della mera assistenza alle normali funzioni dell'organismo (l'artificialità non essendo propria né dell'alimentare, né dell'idratare, se mai nella procedura utilizzata) – come abbiamo *supra* veduto – ma anche la dimensione *lato sensu* terapeutica dell'aspetto comunicativo-informativo, propria dell'autentico rapporto di cura che lega il paziente al medico, viene del tutto snaturata, giacché nell'adempiere l'obbligazione informativa *de qua*, il medico, a mente del disposto legislativo, non è libero di agire in scienza e coscienza nel rispetto dei principii proprii dell'arte medica, valutando, per il bene oggettivo del paziente, se e quali informazioni trasmettergli, in quale modo e con quali tempi, ma al contrario egli deve informarlo "in modo completo, aggiornato e [...] comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti [...] e dei trattamenti [...] indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto" (art. 1 co. III). Sicché, da un lato il medico è qualificato *ex lege* quale mero consulente dell'interessato, non potendo egli operare alcuna valutazione in ordine all'opportunità terapeutica delle informazioni da trasmettergli e dall'altro il significato stesso della cura (essendo considerato, lo ribadiamo, tempo di cura quello dedicato al momento informativo-comunicativo) viene ulteriormente svuotato del suo *proprium*, punto rappresentato dal fine di perseguire il bene della persona, e viene riempito di un significato tecnico-operativo, il quale di fatto trasforma il rapporto terapeutico in rapporto misto di consulenza e *locatio operis*. Lo stesso discorso, peraltro, rileva anche in merito alla valutazione di palese incongruità circa le disposizioni di trattamento che il medico potrebbe disattendere a mente dell'art. 4 co. V della Legge in parola e ciò, poiché, anche

in questo caso, l'incongruità medesima non può essere vagliata rispetto ai principii oggettivi rappresentati dal valore del bene della vita e della salute che informano *ex se* le *leges artis* proprie della medicina e dell'assistenza agli infermi<sup>111</sup>, ma dev'essere coerentemente vagliata rispetto a due criteri, uno normativo-positivo e un soggettivo, interni alle stesse *rationes* della Legge in disamina. Il criterio normativo-positivo, infatti, è dato dallo stesso testo della legge: per esempio esso è dato dall'impossibilità di negare la natura terapeutica dell'alimentazione e dell'idratazione e dalla conseguente impossibilità di ritenere sproporzionato il rifiuto delle stesse (causativo della morte), rispetto a una mera difficoltà di assunzione degli alimenti e delle bevande per la via normale. Il criterio soggettivo, invece, è rappresentato dalle opzioni personali del medico (che siano comunque non-in-contrasto con la norma) e dalla eventuale rivendicazione del «diritto» alla coerenza con queste che egli invochi *in casibus*. Premesso, infatti, che per mezzo delle citate disposizioni di trattamento (cc.dd. D.A.T.), "ogni persona [...] in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche [...] può [...] esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche" (art. 4 co. I), risulta assai difficile ipotizzare che il giudizio di incongruità sulle stesse disposizioni possa basarsi sull'oggettiva preminenza valoriale del bene della vita e del bene della salute, rispetto a una scelta operata dal «paziente», la quale gli sia di pregiudizio compromettendoli. È ben vero, infatti, che le disposizioni di trattamento *pro futuro*, come anche la dommatica del consenso informato attuale, altro non fanno, se non proprio compen-

<sup>111</sup> Le tesi di Dworkin, per esempio, gravitano attorno a una sostanziale anomia dell'arte medica; egli respinge, infatti, "la tesi che considerazioni derivanti dalla natura della medicina [vale a dire dalla *lex artis* (nda)], o norme professionali [vale a dire principii deontologici (nda)], possano precludere la partecipazione dei medici a forme di morte assistita. [...] Se è emotivamente difficile [infatti (nda)] aiutare un paziente a morire [*id est*, agevolarlo nella realizzazione del di lui proponimento suicidiario (nda)], il medico non deve poter evitare di confrontarsi con tale difficoltà" (G. Dworkin, *La natura della medicina*, in G. Dworkin – R.G. Frey – S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, cit., p. 17).

diare in sé stesse il contenuto di una volontà che la persona esprime in merito agli interventi sul proprio corpo, con l'obiettivo di vincolare in tale senso l'operato dei sanitari indipendentemente dagli effetti che l'operato medesimo possa sortire<sup>112</sup>. Diversamente il consenso e le disposizioni potrebbero solo avere a oggetto il *quomodo* della cura, soprattutto di quella c.d. salva-vita, ma non anche il suo *an*. Dunque, la lettura del combinato disposto tra la norma in materia di consenso informato, la quale lascia libero il medico di rifiutare i "trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1 co. VI) eventualmente richiesti dal «paziente», e la norma in materia di disposizioni anticipate di trattamento, nella parte in ove essa dà al medico stesso la facoltà di disattendere le richieste del medesimo «paziente» le quali "appaiano palesemente incongrue" (art. 4 co. V), impone di rilevare che la facoltà del medico di non eseguire le «istruzioni» ricevute, proprio perché si tratta di una facoltà, di una possibilità e non di un dovere, può solo trovare, quale ambito concettuale di applicazione, il contrasto dell'opinione del medico con il contenuto delle istruzioni medesime e dunque la di lui rivendicazione di un «diritto» alla coerenza con i propri convincimenti.

La Legge sulla quale ci siamo brevemente soffermati, dunque, e dalla quale, pur con incoerenze e contraddizioni, in un certo senso emerge la *Weltanschauung* propria dell'ideologia politico-giuridica del nostro tempo, ci impone di prendere coscienza di un problema morale e giuridico di primaria importanza: esso è rappresentato dalla costante deriva dell'Ordinamento verso una forma di radicale nihilismo rispetto ai «rapporti» della persona con il proprio corpo, con la propria vita e con la propria salute. Ciò si traduce in un abbandono dell'individuo alla fallacia della propria volontà e in una strumentalizzazione sostanziale degli operatori sanitari, cui consegue necessariamente un profondo e inesorabile declino dell'arte medica. Quest'ultima, infatti, orbata della sua

112 Non a caso l'art. 1 co. VI della legge in parola coerentemente manda "esente da responsabilità civile e penale" il medico che abbia rispettata "la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo", qualora dall'omissione del medico stesso sia derivato in pregiudizio (oggettivo) al «paziente».

propria natura di *ars* e del suo proprio oggettivo fine (ippocratico) rappresentato dalla cura delle persone e dalla protezione (sanitaria) della vita umana, si trasforma in tecnica manipolatoria del corpo e dei suoi organi (geni, tessuti, cellule *et coetera*), alla mercé dei vari committenti... onde il problema della responsabilità medica si riduce a un problema di valutazione tecnico-peritale avente a oggetto la modalità dell'adempimento di una prestazione generalmente di risultato e solo occasionalmente di diligenza<sup>113</sup>.

Rudi Di Marco, Allievo del Prof. Danilo Castellano. Dottore Magistrale in Giurisprudenza nell'Università di Udine; Dottore di Ricerca dell'Università di Padova. Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato dalla Corte d'Appello di Venezia. Autore di saggi apparsi su Riviste italiane (Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto; L'Ircocervo) e straniere (Catholica di Parigi; Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada di Madrid; Ethos e Prudentia Iuris di Buenos Aires; Derecho Público Iberoamericano di Santiago del Cile) e di una monografia (R. Di Marco, Autodeterminazione e diritto, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 430) apparsa nella Collana De re publica. Relatore in Convegni nazionali e internazionali. Assegnista presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Udine.  
rudi.dimarco@libero.it.

113 È stato opportunamente rilevato, infatti, che "la cultura contemporanea ha spesso denunciato i limiti del paternalismo medico in nome dell'autonomia del paziente. Rispondere ai possibili abusi del paternalismo medico ricorrendo soltanto al principio di autonomia non serve a riequilibrare la relazione medico-paziente, ma anzi sembra condannarla alla conflittualità, nella quale si confrontano due autonomie [più propriamente dovremmo dire due *figurae* di autodeterminazione assoluta del *velle* (nda)] e due prospettive sulla malattia" (E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica*, Milano, 2007<sup>4</sup>, I, p. 279). È stato anche detto, con riferimento al tema del *living will*, pur da un Autore più «aperto» di noi alla possibilità di una loro disciplina normativa, che la sua "intrinseca immoralità [...] consiste nell'accentuare le condizioni di solitudine, rinchiudendo il malato nel suo atto e il medico nella sua tecnica: l'uno impone, l'altro esegue" (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 166).