

LORENZO CHIEFFI

LIBERTÀ DI CURA E DIVIETO DI ACCANIMENTO TERAPEUTICO¹

1. Premessa

Obiettivo del mio intervento sarà quello di approfondire, avvalendomi della “cassetta degli attrezzi” di cui dispone lo studioso di diritto costituzionale, il corredo assiologico posto a garanzia degli ambiti di autonomia del malato, la cui violazione indurrà l’interprete (sia esso il legislatore che il giudice) a configurare un comportamento pregiudizievole della libertà dell’individuo pure definibile, in assenza di comprovate evidenze scientifiche, di *accanimento terapeutico*, come tale vietato e, perciò stesso, suscettibile di determinare la responsabilità del medico procedente.

Del resto il giurista, non potendo di certo avvalersi di sofisticate conoscenze scientifiche, che rientrano nel bagaglio culturale dell’operatore sanitario, in grado di accertare (attraverso l’anamnesi) le speranze di vita dell’individuo, potrà al più delineare, alla luce del disposto costituzionale (art. 9 e 33), e della normativa legislativa vigente, la misura dei limiti posti a presidio del libero svolgimento della libertà di scienza (nelle sue dinamiche applicative), oltrepassati i quali si verrebbe a pregiudicare il diritto dell’ammalato di disporre liberamente e autonomamente del proprio corpo e della propria esistenza.

Sarà perciò compito di colui che detiene la conoscenza, tenuto ad avviare² cure di cui sia dimostrata l’appropriatezza alla luce delle “evidenze scientifiche e sperimentali”³, valutare, dopo essersi confrontato con il

1 Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Claudio Rossano.

2 In assenza di eccezionali e comprovate motivazioni cliniche, legate alla peculiarità della patologia trattata, che lo potrebbero condurre, ad esempio, a prescrivere un farmaco *of label*.

3 Corte Costituzionale sent. 26 giugno 2002, n. 282, in www.giurcost.com, con cui veniva dichiarata l’illegittimità costituzionale della l.r. Marche 26/2001 che aveva disposto la sospensione su tutto il territorio regionale della “pratica della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia”. Secondo il giudice delle leggi è compito dello Stato, e certamente non della Re-

paziente (o con i suoi familiari, in caso di uno stato di incoscienza dello stesso), l'utilità ed efficacia del rimedio sanitario, in assenza delle quali si configurerebbe una ingiustificata forma di costrizione terapeutica.

Tra le regole introdotte dal codice di deontologia medica, nella versione aggiornata nel 2006, rientra, infatti, il dovere per il medico, cui spetta di prendere attentamente in considerazione la volontà liberamente espressa dal paziente (art. 38), di astenersi "dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita" (art. 16).

È questo un impegno ricadente in capo a ciascun medico (da cui potranno derivare responsabilità disciplinari, per la violazione delle suddette regole deontologiche, oltretutto di tipo giuridico, per i danni arrecati e l'ingiustificata sofferenza provocata al paziente), che non viene neppure messo in discussione da quel filone culturale particolarmente attento al valore della vita umana, fino alla dichiarazione di morte cerebrale, al punto di dichiararne l'assoluta indisponibilità e irrinunciabilità.

Nel rivolgersi, nel corso del 1970 (con una lettera, che taluni vorrebbero ispirata dallo stesso Sommo Pontefice Paolo VI), alla Federazione internazionale delle associazioni dei medici cattolici (FIAMC) il Segretario di Stato Vaticano, Cardinale Jean-Marie Villot⁴, pur negando qualunque legittimità di ogni forma di eutanasia, escludeva infatti la presenza di un obbligo per il medico ad "utilizzare tutte le tecniche della sopravvivenza che gli offre una scienza infaticabilmente creatrice".

Per l'autorevole esponente della Chiesa cattolica "il dovere del medico è piuttosto nell'adoperarsi ad alleviare la sofferenza, invece di voler prolungare il più a lungo possibile, con qualsiasi mezzo e in qualsiasi condizione, una vita che non è più pienamente umana".

In analoga direzione il Catechismo della Chiesa Cattolica⁵ ha in seguito ribadito, proprio al fine di scongiurare qualunque forma di accanimento

gione, valutare, per tutto il territorio nazionale, l'efficacia del rimedio medico alla luce delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite. Tale questione, giungendo ad analoga conclusione, è stata ripresa dallo stesso giudice costituzionale con una successiva pronuncia di accoglimento (sent. 14 novembre 2003, n. 338, in www.giurcost.com) che dichiarava l'illegittimità costituzionale della l.r. Piemonte 14/2002.

4 La lettera è riportata in *L'Osservatore romano* del 12-13 ottobre 1970.

5 Catechismo della Chiesa cattolica, n. 2278, in http://www.vatican.va/archive/ITA0014/_P7Y.HTM. Nel documento dal titolo "Dichiarazione sull'eutanasia" del 5 maggio 1980, elaborato dalla Sacra Congregazione per la dottrina della fede (http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_

terapeutico, la legittimità della “interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi”. A giudizio di questo importante documento ecclesiastico “non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire”.

Peraltro, neppure la presenza di un consenso espresso dal paziente potrebbe sottrarre da responsabilità colui che avesse intrapreso, nell’esercizio della professione medica, cure di cui fosse stata accertata la non appropriatezza⁶.

Le conseguenze di tipo risarcitorio e, in caso di esito infausto, pure di natura penale, di questo ingiustificato intervento sanitario sarebbero, a maggior ragione, aggravate dall’eventuale assenza di una corretta informazione, precedentemente fornita all’ammalato, sulla tipologia delle cure intraprese, rivelatesi incapaci di perseguire lo scopo di migliorare la sua salute.

Nel tradire la doverosa alleanza terapeutica che dovrà inderogabilmente intercorrere tra i due protagonisti del rapporto di cura, tale abuso dell’esercizio della professione medica avrebbe pure l’effetto di pregiudicare gli ambiti stessi dell’autonomia individuale, di indiscutibile valenza costituzionale (cfr. artt. 2, 3, 13 e 32), per le conseguenze provocate all’esercizio

con_cfaith_doc_19800505_eutanasia_it.html), si giudica “lecito interrompere l’applicazione” di “mezzi messi a disposizione dalla medicina più avanzata (...) quando i risultati deludono le speranze riposte in essi”. Ed inoltre, che “nell’imminenza di una morte inevitabile nonostante i mezzi usati, è lecito in coscienza prendere la decisione di rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all’ammalato in simili casi. Perciò il medico non ha motivo di angustiarsi, quasi che non avesse prestato assistenza ad una persona in pericolo”.

- 6 Con una recente sentenza (IV Sez. pen., n. 13746 del 2011, in <http://www.personaedanno.it/CMS/Data/articoli/020841.aspx?abstract=true>) la Corte di Cassazione, nell’annullare “senza rinvio la sentenza impugnata per essere il reato estinto per prescrizione”, richiama, nello svolgimento del processo, le conclusioni cui era giunta la Corte di appello di Roma, con pronunce del 20 marzo 2008 e del 28 maggio del 2009, che aveva dichiarato la responsabilità di un chirurgo incorso in un comportamento qualificabile come *accanimento terapeutico*. Per il giudice romano, invero, “nel caso concreto, attese le condizioni indiscusse ed indiscutibili della paziente (affetta da neoplasia pancreatica con diffusione generalizzata, alla quale restavano pochi mesi di vita e come tale da ritenersi *inoperabile*) non era possibile fondatamente attendersi dall’intervento (pur eseguito in presenza di consenso informato della donna quarantaquattrenne, madre di due bambine e dunque disposta a tutto pur di ottenere un sia pur breve prolungamento della vita) un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. I chirurghi pertanto avevano agito in dispregio al codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico”.

del diritto di autodeterminazione del paziente, impedito proprio dall'assenza di un adeguato supporto informativo sui benefici e sulle controindicazioni della terapia intrapresa.

Le progressive trasformazioni dell'arte ippocratica, a seguito dell'inarrestabile tecnologizzazione applicativa e specializzazione delle competenze, in grado di approfondire la distanza tra medico e paziente, del quale si rischia di perdere la necessaria visione olistica, induce allora l'interprete a prestare attenzione, alla luce di questi inarrestabili cambiamenti, agli ambiti di autonomia che dovranno essere comunque assicurati, considerato che l'assenza di incoerenza o di futilità delle cure avviate per risanare il corpo umano, non potrebbe certamente esonerare colui che esercita una professione sanitaria dal rispetto della volontà del paziente di sottoporsi o di rinunciare alle stesse.

Si tratta di un'operazione ermeneutica che dovrà quindi indurre a rivolgere l'attenzione agli spazi di garanzia – assimilati, da una recente dottrina, alla rappresentazione geometrica del “compasso individuale”⁷ – in virtù dei quali ciascun soggetto, “che ne ha la comprensione e autorità”, potrà tracciare la “linea che comprende l'individualità”⁸, proprio avvalendosi degli ambiti di autonomia consentiti da un complesso multilivello di disposizioni adottate al riguardo, contenute in una pluralità di fonti tipologicamente distinte: dalle convenzioni internazionali, alle fonti sovranazionali, a quelle costituzionali, legislative, amministrative, deontologiche.

2. Autonomia dell'individuo ed esercizio della libertà di scienza

Come si diceva in premessa, l'esercizio della nobile arte medica, attraverso l'impiego delle conoscenze acquisite in questo settore della ricerca, pur esprimendo quel doveroso sentimento di solidarietà da parte della collettività (e dello stesso operatore sanitario) nei riguardi di quanti soffrono una condizione di fragilità provocata dalla malattia, incontrerà un insuperabile limite nel diritto di ciascuno di autodeterminarsi, decidendo liberamente le sorti naturali e casuali della propria esistenza⁹, e nel dovere

7 Secondo la perspicua definizione offerta da A. SANTOSUOSSO, *Scienza, diritto e nuove tecnologie*, Giuffré, Milano, 2011, 68, ritenuta preferibile alla tradizionale espressione “sfera individuale”, giudicata eccessivamente “statica”.

8 A. SANTOSUOSSO, *ibidem*.

9 Per A. VICINI, *Eutanasia oggi: prospettive etico-teologiche innovative* [p. 3 del paper elaborato in occasione della tavola rotonda organizzata dal C.I.R.B. di Napoli per la presentazione del volume di C. TRIPODINA (*Il diritto nell'età della tecnica*).

del sanitario curante di impiegare, in presenza del consenso rilasciato dal paziente, terapie scientificamente apprezzabili.

L'esercizio della libertà di scienza, insuscettibile di essere ostacolato nella fase della sua elaborazione logica, potrebbe al contrario essere impedito nel suo concreto dispiegarsi (allorché la teoria lascia il posto all'applicazione tecnica), al fine di assicurare il necessario ossequio ai beni personalistici di indubbio rilievo costituzionale come l'integrità psico/fisica (contro l'impiego di rimedi inutili e non appropriati), la riservatezza, la dignità, la libertà di cura.

La pretesa di assicurare il rispetto di questi beni appartenenti alla sfera dell'individuo assumerà una maggiore consistenza proprio in presenza di uno straordinario e veloce incedere delle conoscenze umane nel campo delle applicazioni tecnologiche, attraverso cui si esprime nelle concrete prassi il grado di conoscenza scientifica del ricercatore, suscettibili di interferire sulla stessa durata e accettabilità dell'esistenza umana.

Per la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma¹⁰, in occasione della richiesta di archiviazione del procedimento penale avviato nei confronti del medico intervenuto per distaccare il ventilatore automatico che teneva in vita Piergiorgio Welby, proprio la "crescente capacità terapeutica della medicina" di "protrarre la vita, pure in condizioni un tempo impossibili", seppure costituisca un "dato senz'altro positivo", avrebbe "tuttavia determinato l'esigenza di confronto con la problematica anche di natura etica, di non prolungare i trattamenti quando ormai non giovano più alla persona".

Tra i paradossi della medicina contemporanea, tipica della cultura occidentale avanzata, è che ad un perfezionamento dei rimedi in grado di mantenere in vita l'essere umano, faccia da contrappunto la preoccupazione di una eccessiva perdita dell'autonomia dello stesso proprio a cagione di una pericolosa dipendenza da queste tecnologie che potrebbero costringerlo ad

Il caso dell'eutanasia, Jovene, Napoli, 2004), svoltasi presso l'Istituto italiano di Scienze Umane di Napoli il 1° aprile 2008] sarà il malato a decidere "su ciò che è accanimento o meno alla luce delle informazioni che riceve dal medico, della valutazione della sua situazione di salute e della sua coscienza ed esperienza". Per questo Autore [A. VICINI, *Per una fine che sia inizio: discernere e decidere alla fine della vita umana*, in *Rassegna di Teologia* 51 (2010), 116], "nessuno è tenuto all'uso di tutte le tecnologie che sono a disposizione per prolungare il processo della propria morte. Il modo in cui Giovanni Paolo II ha concluso la vita terrena ha mostrato concretamente ciò a tutto il mondo".

10 Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, richiesta di archiviazione/art. 408/411 c.p.p., 125 e 126 D.lv. 271/89, procedimento penale n. 06/9499 F.N.C.R.

un'esistenza non ritenuta degna di essere proseguita e come tale, in assenza di comprovate evidenze scientifiche, in grado di configurare ingiustificate forme di accanimento terapeutico. Uno stato di "vita sospesa", tra la vita e la morte, splendidamente descritto da José Saramago in un suggestivo romanzo¹¹, ove il premio Nobel per la letteratura del 1998 immagina una condizione, determinatasi in un non meglio identificato Paese, nella quale non era dato più ad alcuno di condurre a conclusione la propria esistenza, "senza qualsivoglia possibilità di guarigione e di semplice miglioramento", costringendo i pazienti terminali a non morire e neppure a vivere.

Nel contravvenire le tradizionali "norme della vita", basate sulla naturalità e casualità dell'esistenza umana, gli individui permanevano, nella descrizione offerta dallo scrittore portoghese, "indefinitivamente in uno stato di perenne malattia", con grave pregiudizio per gli stessi sofferenti e per le casse dello Stato, spingendo i familiari di questi pazienti perpetui a sbarazzarsene clandestinamente nei territori di Paesi confinanti ove si continuava a morire "naturalmente".

Ad un'iniziale invidia per queste condizioni di "immortalità" dei propri vicini (che induceva a qualche "tentativo di spionaggio scientifico per scoprire" il segreto della "vita eterna") subentrò, in questi ultimi, il rifiuto ad accogliere questi malati eterni e, soprattutto, una soddisfazione per la diversa sorte toccata ai propri cittadini (destinati, al contrario, ad una morte naturale) proprio in considerazione dei gravi problemi che sarebbero derivati da una diffusione di questo stato di sospensione dei moribondi.

Il fantasioso saggio di Saramago induce, pertanto, a riflettere, utilizzando la metafora da lui impiegata, sui motivi che, in presenza di un mito della "salute perfetta" tendente "ad escludere la morte (..) vissuta a volte come sconfitta (..) dalle rappresentazioni collettive e quotidiane"¹², inducono sempre più una parte dell'opinione pubblica ad invocare il diritto di morire con dignità, di decidere, anche per la fase di incoscienza, la tipologia di cure che si è disposti ad assumere.

L'angoscia e le preoccupazioni di rimanere in una condizione di vita sospesa, comunque ritenuta indegna di essere vissuta, a causa delle potenzialità offerte da una medicina altamente tecnologizzata e de-soggettivata, inducono – come nell'immaginifico racconto dello scrittore citato – ad invocare la naturalità e casualità delle vicende umane, a pretendere di eserci-

11 J. SARAMAGO, *Le intermittenze della morte*, tr. it., Einaudi, Torino, 2005.

12 L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in Fondazione U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, ed. Il Sole 24 ore, Borgaro Torinese (To), 2006, 47.

tare il diritto di autodeterminazione (come diritto di disporre di sé stessi), di decidere il momento a cominciare dal quale porre fine alla propria vita.

Una condizione di “vita artificiale”, di “*stati esistenziali* di confine non concepibili in natura” che ha condotto una recente dottrina¹³ a teorizzare un vero e proprio diritto dell’individuo a “respingere un’esistenza solo *cl clinicamente* assicurata” a seguito dell’“esaurimento delle *potenzialità* naturali di sviluppo vitale”, pur non configurando necessariamente un vero e proprio stato definibile come accanimento terapeutico.

3. *Gli ambiti del diritto di autodeterminazione*

A garanzia dell’autonomia individuale, nessuna applicazione medica potrà allora essere imposta senza la raccolta del preventivo consenso informato del paziente, che costituisce un “presupposto di liceità del trattamento”¹⁴, cui è riconosciuto la piena libertà di disporre del proprio corpo, anche attraverso la rinuncia a ricevere qualunque cura.

Per il giudice delle leggi¹⁵ la “circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello di autodeterminazione e quello alla salute, in quanto se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché le eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Cost.”.

In presenza di una esaustiva informazione assicurata dal medico curante sulle opportunità terapeutiche, rientrerà nei diritti del paziente (pure se in fase terminale) di decidere in piena autonomia di sottoporsi ai trattamenti, di interromperli ovvero di rifiutarne sin dall’inizio l’erogazione (cd. diritto di non curarsi).

13 G.F. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, 34 e 35.

14 Corte Cass., IV Sez. pen., sent. 24 giugno 2008, n. 37077, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=43636>.

15 Corte Cost. sent. 23 dicembre 2008, n. 438, in www.giurcost.org. Cfr. pure Corte Cost. sent. 14 novembre 2003, n. 338 e sent. 8 maggio 2009, n. 151, *ivi*.

Il medico dopo aver cercato, in ossequio ad una doverosa “strategia della persuasione” e in adempimento della “massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”, di fornire tutte le notizie necessarie per esprimere il consenso, dovrà rigorosamente attenersi alle determinazioni del paziente, non potendo “la salute dell’individuo (..) essere oggetto di imposizione autoritativo/coattiva”¹⁶, persistendo il divieto per il medico di imporre un trattamento “contro la volontà della persona” (art. 35, 3° comma cod. deont. med.).

Nonostante la doverosità di assistere il malato, in presenza di indiscutibili evidenze scientifiche a conforto dei trattamenti impiegati, il medico sarebbe costretto a desistere di fronte ad un chiaro rifiuto volontario e consapevole della persona, salvo dimostrare di aver agito, qualora fosse subentrato uno stato di incoscienza della stessa, “per motivi di particolare valore morale o sociale” (art. 62, n. 1 c.p.) o “in stato di necessità” (art. 54 c.p.).

Nella stessa direzione, la rinuncia manifestata dal paziente di nutrirsi dovrebbe condurre il medico, a seguito di una corretta informazione sulle conseguenze di un “digiuno protratto sulle sue condizioni di salute”, ad astenersi ad “assumere iniziative costrittive” e neppure a “collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti del medesimo, pur continuando ad assisterlo” (art. 53 cod. deon. med.).

Da questo ampio riconoscimento dell’autonomia individuale ne deriva, per la Suprema Corte¹⁷, l’assenza di un “generale diritto di curare “ in capo all’operatore sanitario, “a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell’ammalato che si troverebbe in una posizione di *soggezione* su cui il medico potrebbe *ad libitum* intervenire, con il solo limite della propria coscienza”. Di contro, sempre a giudizio di questo giudice, “appare, invece, aderente ai principi dell’ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall’abilitazione all’esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi”.

Il rifiuto (“informato, autentico e attuale”) a ricevere ulteriori cure manifestato dal paziente, nell’esercizio del “diritto alla autodeterminazione terapeutica”, non potrebbe allora incontrare alcun limite “in tutte le fasi

16 Corte Cass., I Sez. civ., sent. 4 ottobre 2007, n. 21748, (sul cd. caso “Englaro”), in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 1, 2008, 271 ss.

17 Corte Cass., IV Sez. pen., 11 luglio 2001, n. 1572, in *Cass. pen.*, 2002, 2043.

della vita, anche in quella terminale”¹⁸, neppure in presenza del “sacrificio del bene della vita”¹⁹.

La costruzione personalista del nostro ordito costituzionale, che non ammette degradazione dell’individuo a mero oggetto dell’azione medica, consente a ciascuno di decidere liberamente e autonomamente di accettare, sospendere o rifiutare le cure, pure se vantaggiose alla propria salute, non potendo quest’ultima “essere oggetto di imposizione autoritativo/coattiva”²⁰, ad eccezione dei casi, espressamente previsti dalla legge (*ex art. 32, 2° co. Cost.*), per i quali il trattamento sanitario (per assicurare la necessaria copertura epidemiologica, per isolare i portatori di patologie contagiose) sia ritenuto indispensabile per salvaguardare la salute o la sicurezza della comunità di appartenenza. Nei confronti di individui affetti da malattie psichiatriche (legge n. 180 del 1978), come tali pericolosi per la collettività, ovvero per consentire i necessari prelievi del DNA, utili ad individuare i colpevoli di un grave reato (art. 349, co. 2 *bis* c.p.p.²¹), la legge consente infatti alle autorità preposte di ricorrere a misure restrittive, anche attraverso una loro imposizione coattiva.

In assenza di una esplicita prescrizione in una legge di un TSO (che non potrebbe neppure sottrarsi, nella sua esecuzione, al doveroso rispetto della persona umana), prevarrà, inesorabilmente, l’autonomia dell’individuo che, per nessun motivo, potrebbe essere obbligato a sottoporsi ad un trattamento sanitario.

Al di fuori di questi casi di stretta interpretazione, il diritto alla salute tutelato dall’art. 32 Cost., nel combinato disposto con gli artt. 2 e 13, dovrà contemplare la garanzia per ciascuno di disporre liberamente e autonomamente del proprio corpo (il diritto di essere ammalato), consentendo alla malattia di fare il “suo corso naturale”²² secondo l’incedere casuale dell’esistenza umana, certamente non assimilabile a un “diritto positivo al suicidio”²³ ovvero a quelle forme di eutanasia (passiva) che presuppongono, invece, uno stato di abbandono del paziente da parte del medico nella inconsapevolezza (o nel dissenso) dell’interessato.

18 Corte Cass., IV Sez. pen., sent. 24 giugno 2008, n. 37077, cit.

19 Corte Cass., I Sez. civ., sent. 4 ottobre 2007, n. 21748, cit.

20 Corte Cass., I Sez. civ., sent. 4 ottobre 2007, n. 21748, cit.

21 L’art. 349, co. 2 *bis* c.p.p. è stato aggiunto dall’art. 10, co. 1 della legge n. 155 del 2005. Cfr. anche art. 224-bis c.p.p., introdotto dall’art. 24 della legge n. 85 del 2009.

22 Corte Cass., I Sez. civ., sent. 4 ottobre 2007, n. 21748, cit.

23 Corte Assise di Firenze 18 ottobre 1990 (relativa al cd. caso “Massimo”), in *Rivista italiana di medicina legale*, 1991, 1333 ss.

Quanto precede a conferma che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall'arbitrio altrui, dovendo fondarsi "esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che (...) riguarda la qualità della vita e che, pertanto, lui e lui solo può legittimamente fare"²⁴.

Per la Corte d'Appello di Milano²⁵ esiste infatti un "diritto, di matrice costituzionale – ma che prima ancora incarna la necessità di assecondare un inevitabile destino biologico – a lasciare che la vita segua il suo corso *naturale* fino alla morte senza interventi *artificiali esterni*" – come potrebbero essere l'idratazione e l'alimentazione artificiali – "quando essi siano più dannosi che utili per il malato, o non proporzionati, né da lui tollerabili; senza potersi confondere tale diritto, dunque, con quello, certamente fino ad oggi non riconosciuto dal nostro ordinamento, di eutanasia".

Coerentemente a questo ampio conferimento di ambiti di autonomia individuale²⁶, assicurati da una Costituzione che si ispira ai valori personali, andranno allora interpretate le disposizioni codicistiche (a cominciare dall'art. 5 c.c., che vieta un uso del proprio corpo che cagioni una diminuzione permanente dell'integrità fisica ovvero che sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume) immesse nel nostro ordinamento giuridico in presenza di un diverso orientamento politico e culturale, precedente alla nascita dello Stato repubblicano, in cui risultava invece prevalente un'impostazione informata alla doverosità di mantenersi in buona salute, in applicazione di una male intesa interpretazione del principio di beneficalità²⁷.

Di contro a questo modello illiberale, espressione di uno Stato autoritario e paternalista (che, nell'intento di assicurare "cura assidua (...), alla formazione e alla sanità della razza"²⁸, guardava con disfavore al celibato, all'omosessualità, oltre a punire l'aborto, ricompreso dal codice penale dell'epoca tra i "delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe"), alla

24 Corte Assise Firenze 18/10/1990, cit.

25 Corte d'Appello di Milano, Sez. I. civ., decr. 9 luglio 2008.

26 Che, per S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 84, dovrebbero essere sottratti "all'arbitrio delle maggioranze parlamentari", rappresentando un'area "indecidibile" che "nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può" invadere prendendo "il posto di quella dell'interessato".

27 Che, all'interno del rapporto terapeutico, riconosce maggior peso a ciò che sia giudicato dal medico vantaggioso per la salute del paziente, sulla base delle conoscenze scientifiche possedute dal primo.

28 Partito Nazionale Fascista, *Testo per i corsi di preparazione politica, La politica sociale del fascismo, La libertà dello Stato*, Anno XIV E.F., p. e., in http://www.almanacco.altervista.org/archivio/Politica_sociale_del_Fascismo.pdf.

Costituente ebbe la meglio un'interpretazione personalista che valorizzava l'autonomia dell'individuo.

A conferma di questa nuova prospettiva, introdotta dalla Carta costituzionale, favorevole all'affermazione di una maggiore capacità della persona (la cui presenza non rappresenti danno per la salute e la sicurezza altrui) di autodeterminarsi, si inoltrano quelle leggi che, nel sancire il carattere, di norma, volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari erogabili previa raccolta del consenso informato del paziente²⁹, impongono il rispetto della dignità e della libertà di quest'ultimo (tra le più significative, le leggi nn. 180, 194 e 833, tutte del 1978).

Si propongono, altresì, di valorizzare l'autonomia dell'interessato anche quelle previsioni legislative che, nel "consentire l'affermazione" della personalità dei richiedenti in modo da aiutarli "a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza"³⁰, autorizzano la rettificazione di attribuzione di sesso (legge 164/1982) ovvero che, con l'intento di promuovere una tensione solidaristica di ciascuno verso gli altri consociati, consentono all'individuo di privarsi addirittura di organi e parti del corpo riproducibili e doppi, come potrebbero essere il rene, il cordone ombelicale, parte del fegato, il sangue, il midollo osseo.

4. Il diritto del singolo di "pianificare anticipatamente" le cure per scongiurare illegittime forme di accanimento terapeutico

A fronte di una chiara individuazione, all'interno del nostro ordinamento giuridico³¹, di una sfera di autonomia del paziente cosciente e responsabile, la cui violazione da parte del medico curante configurerebbe una forma di intromissione certamente perseguibile giudizialmente, continua a sussistere un inopportuno vuoto normativo intorno al diritto del singolo di "pianificare anticipatamente"³² le cure cui intenderà sottoporsi nella fase

29 Corte Cost. sent. 23 dicembre 2008, n. 438, cit.; Corte Cass., IV Sez. pen., sent. 24 giugno 2008, n. 37077, cit.

30 Corte Cost. sent. 23 maggio 1985, n. 161, in www.giurcost.org.

31 Interpretato alla luce delle suggestioni valoriali provenienti da atti normativi sovranazionali, come la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, recentemente immessa nel Trattato di Lisbona del 2009.

32 G.F. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., 95 ss.

della perdita della coscienza, in modo da evitare la prosecuzione di un'assistenza ritenuta, secondo le proprie aspettative di vita, assolutamente ingiustificata e, come tale, configurante una vera e propria forma di accanimento terapeutico. Tale regolamentazione avrebbe peraltro l'effetto di rafforzare, attraverso una conveniente copertura legislativa, gli effetti precettivi di una disposizione contenuta nel Codice di deontologia medica che, nell'imporre al medico curante di "proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile evitando ogni forma di accanimento terapeutico" (art. 39), lo invita, tuttavia, a tenere in debita considerazione proprio la volontà "precedentemente manifestata" dal paziente "in modo certo e documentato" (art. 38).

La conformazione di questa auspicabile normativa alla forte istanza autonomistica contenuta in Costituzione (artt. 2, 13 e 32) non verrebbe affatto a collidere, come da taluni sostenuto³³, con l'insopprimibile vocazione alla solidarietà (art. 2 Cost.), verso i soggetti più fragili (come sarebbe certamente il morente in stato di incoscienza), che dovrà essere necessariamente manifestata nei loro confronti dalla comunità di appartenenza e dallo stesso medico curante, nell'esercizio della sua professione.

La ricerca di questo punto di equilibrio tra distinti valori (quali sono l'autonomia e la solidarietà), lungi dal cagionare lo svuotamento dell'impianto personalista della Costituzione, dovrebbe opportunamente e concretamente condurre, nel pieno rispetto (appunto) della volontà del paziente (attuale o differita nel tempo, mediante le dichiarazioni anticipate di trattamento), alla erogazione di un'adequata assistenza a favore di quest'ultimo, attraverso la predisposizione di luoghi (ad esempio gli *hospice*), di personale competente, la somministrazione di cure palliative, in modo da consentire all'interessato di realizzare, con maggiore serenità, una scelta consapevole sulla propria esistenza, sull'opportunità di proseguire o interrompere le terapie.

L'esigenza di rinvenire una norma da applicare, in presenza di uno stato di incoscienza permanente, che consenta al medico di valorizzare la volontà in precedenza manifestata dal paziente, coerentemente all'impianto solidaristico della nostra Costituzione, ha quindi spinto il giudice della legittimità³⁴, sollecitato a pronunciarsi al riguardo, ad enucleare in via esegetica

33 P. BINETTI, *La vita è uguale per tutti. La legge italiana e la dignità della persona*, Mondadori, Milano, 2009 e A. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e "pietas" costituzionale*, relazione all'incontro di studio "G. Mor" sul tema "Sanità e salute alla prova del regionalismo", Milano 3-4 dicembre 2009, in www.forumquadernicostituzionali.it.

34 Corte Cass., I Sez. civ., sent. 4 ottobre 2007, n. 21748, cit.

il fondamento normativo del diritto di interrompere le cure vitali in grado di protrarre artificialmente – attraverso l'impiego di mezzi straordinari – l'esistenza umana. Tale decisione veniva peraltro confortata e rafforzata, nell'itinerario argomentativo sviluppato dal giudice adito, dalla presenza di un definitivo ed irreversibile arresto del sistema nervoso centrale e dalla, contestuale, assenza di trattamenti da cui si potesse fondatamente attendere un beneficio per il paziente, in grado di assicurare il miglioramento della qualità della sua esistenza.

Le opportunità interpretative offerte dal sistema normativo multilivello (sovranzionale, costituzionale, legislativo e deontologico), che hanno condotto il giudice a rinvenire la norma da applicare al caso di specie³⁵, non fanno affatto venire meno l'esigenza che sia, al più presto, introdotta una apposita disciplina legislativa che avrebbe l'effetto di chiarire più compiutamente la relazione tra medico (tenuto ad agire secondo scienza e coscienza e con spirito di solidarietà) e paziente, oggi lasciata ad un imperfetto equilibrio tra doveri professionali e il diritto di autodeterminazione del malato. Il ricorso ad una più incisiva, e certamente non pervasiva, regolamentazione da parte delle Assemblee legislative avrebbe l'effetto di assicurare certezza del diritto, e quindi parità di trattamento, a tutti i casi che si dovessero determinare nelle concrete prassi, in un settore per ora lasciato, in caso di conflitto insanabile, all'intervento del giudice che, per i poteri riconosciuti, è al più nelle condizioni di dirimere, attraverso la ricerca di una soluzione (pure apprezzabile), soltanto le questioni di specie a lui sottoposte, non essendo certamente vincolato a rispettare la cd. regola del precedente.

5. Conclusioni. L'impiego di una legislazione duttile che valorizzi la relazione tra medico e paziente

L'inarrestabile evoluzione delle tecnologie in grado di tenere in vita il paziente (indipendentemente dal suo stato di coscienza o di protratta incoscienza) impedirebbe ad una legge di regolamentare in modo definitivo e proiettato nel futuro gli spazi di libertà dell'individuo e di responsabilità

35 ...e una parte della dottrina (come S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 146) a ritenere preferibile l'assenza di una legge sulle cd. dichiarazioni anticipate di trattamento per le preoccupazioni di una scelta politica restrittiva delle possibilità che oggi sono invece offerte dal quadro normativo di riferimento, rimettendo conseguentemente al rapporto medico/paziente il compito di ritrovare una specifica soluzione.

del medico, attraverso una specifica e puntuale descrizione delle terapie ritenute più o meno rinunciabili, come peraltro tentato nel discusso disegno di legge governativo (di cui è stato relatore il Sen. Raffaele Calabrò) che vorrebbe introdurre l'obbligatorietà (e quindi la non rinunciabilità), per i malati in stato vegetativo permanente, della alimentazione e della idratazione artificiali considerate di sostegno vitale e, pertanto, non sospensibili.

Analogamente a quanto già disposto in altri settori della ricerca biomedica, come la fecondazione assistita (disciplinata dalla legge n. 40 del 2004, sottoposta più volte al vaglio della Corte Costituzionale che ne ha già annullato alcune parti), anche per le questioni di fine vita si assiste, secondo Stefano Rodotà, a una deriva autoritaria e paternalistica del prodotto legislativo (per ora approvato con modifiche da un solo ramo del Parlamento, in seconda lettura³⁶) che denota una profonda "distanza" creatasi "tra cultura costituzionale e cultura politica"³⁷. È questo un modo di procedere dell'organo della rappresentanza popolare che rischierebbe di introdurre – a giudizio di questo Autore – "interpretazioni di norme costituzionali contrastanti con la stessa lettera o comunque incompatibili con il sistema complessivo di cui fanno parte", nonostante il loro sforzo di riferirsi a "valori, rispettabilissimi, ma che non trovano alcun riscontro nel testo costituzionale, o addirittura contrastano con esso".

A parte i fondati dubbi sulla legittimità di disposizioni, declinate in modo ritenuto da taluni "sgrammaticato" sotto il profilo giuridico, in grado, per ciò stesso, di produrre conseguenze "decostituzionalizzanti"³⁸, non meno rilevanti sarebbero gli effetti prodotti dalle nuove conoscenze scientifiche che rischierebbero di rendere inapplicabili prescrizioni legislative così pervasive.

Proprio la progressiva dipendenza del malato dalle potenzialità rianimatorie e di sostegno vitale consentite dalle più moderne tecnologie, in grado di interferire con il naturale e casuale incedere dell'esistenza umana, dovrebbe piuttosto indurre il legislatore a privilegiare e favorire un maggiore

36 In data 12 luglio 2011 la Camera dei Deputati ha approvato in seconda lettura, introducendo però delle modifiche al testo in precedenza licenziato dal Senato, il disegno di legge n. 10 (recante "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento"). Lo scioglimento anticipato delle Assemblee elettive, sopraggiunto nel mese di dicembre 2012, ha tuttavia impedito la prosecuzione dell'iter di approvazione.

37 S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 125.

38 In considerazione del ridimensionamento che ne deriverebbe per S. Rodotà, *Perché laico*, cit., p. 125, degli ambiti di autonomia individuale che, coerentemente alla una lettura oggi consentita del disposto costituzionale, si ritenevano ormai consolidati.

dialogo tra medico e paziente, in modo da consentire scelte più coerenti alla specificità di ciascun corpo umano evitando di ricorrere a previsioni normative eccessivamente dettagliate e soprattutto destinate a regolare in *astratto* e in *generale* situazioni non sempre comparabili tra di loro.

In tale direzione, seppure relativamente ad altro settore della biomedicina (quale è la fecondazione assistita), si è recentemente inoltrata la stessa Corte Costituzionale³⁹ che, nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale, sollevata nei confronti di alcune disposizioni della legge n. 40 del 2004, ha inteso rimettere proprio alla "autonomia" e alla "responsabilità del medico", a seguito di raccolta del consenso del paziente, il compito di effettuare le "necessarie scelte professionali" che non potrebbero affatto prescindere dalle specifiche "condizioni soggettive della donna", con l'effetto di porre rimedio alla "irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse" ovvero di "situazioni dissimili".

Tale pronuncia, peraltro, si iscrive in un indirizzo giurisprudenziale che, già in passato, aveva indotto lo stesso giudice delle leggi a rilevare come proprio le peculiarità dell'arte medica, che "si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali (..) in continua evoluzione", inducano a valorizzare, come "regola di fondo di questa materia", la "autonomia" e la "responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione"⁴⁰.

Analogamente ad altre questioni al centro del dibattito bioetico (riguardanti l'inizio o anche la fine della vita umana) è proprio l'introduzione di tecnologie altamente sofisticate, non sempre capaci di discernere la specificità e soggettività dell'organismo umano, senza il necessario intervento dell'operatore sanitario e delle sue conoscenze, a sollecitare perciò l'opportunità di scelte legislative più "miti"⁴¹, elastiche, duttili e a maglie larghe⁴² che, nel fissare i principi di fondo della materia (attuativi ed esplicativi dei valori costituzionali), rimettano piuttosto al rapporto medico/paziente la decisione finale.

La perdurante assenza di una esplicita disciplina legislativa, che avrebbe il merito di chiarire la portata delle dichiarazioni anticipate di trattamento (in modo da rasserenare l'articolato rapporto tra medico/paziente/familiari, riducendo le occasioni di un impiego *futile e difensivo* di inutili terapie),

39 Corte Cost. sent. 8 maggio 2009, n. 151, cit.

40 Corte Cost., sent. 26 giugno 2002, n. 202, cit.

41 Per riprendere il titolo di un notissimo saggio di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

42 S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 58.

non ha per ora impedito ad una accorta ed illuminata giurisprudenza ordinaria di procedere alla necessaria ricostruzione (permanendo nel nostro ordinamento il divieto di *non liquet*) del fondamento normativo di legittimazione della volontà precedentemente manifestata dal malato in stato di incoscienza, in modo da offrire adeguata risposta alle attese provenienti dal corpo sociale.

Pur non potendo certamente essere sottovalutata l'importante azione esegetica svolta da questa giurisprudenza (sia essa costituzionale che di legittimità), per enucleare dall'ordinamento giuridico il fondamento normativo del diritto di ciascuno di disporre liberamente del proprio corpo, è indubbia tuttavia l'esigenza di una contestuale elaborazione di uno stabile tessuto legislativo che, in ossequio al principio di legalità, si impegni ad una reale valorizzazione di tutti i beni costituzionali coinvolti (come l'autonomia del malato, la solidarietà e la responsabilità professionale del medico) nella loro effettiva e attuale dimensione ermeneutica, rimettendo, di volta in volta, all'autorità amministrativa (attraverso il ricorso al *soft law*, come potrebbero essere ad esempio le *Linee guida*) o allo stesso giudice, in presenza di un'insanabile controversia, il compito di individuare il giusto punto di equilibrio tra gli stessi.

Tale approfondimento per via legislativa degli ambiti di autonomia/autodeterminazione da riconoscere al malato cosciente ovvero in stato vegetativo permanente e dei doveri di assistenza imposti al medico, coerentemente agli spazi esegetici consentiti dal nostro disposto costituzionale, consentirebbe di definire meglio i comportamenti ritenuti illegittimi, e come tali perseguibili giudizialmente, soprattutto se configuranti forme ingiustificate di accanimento terapeutico.