



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DOTTORATO DI RICERCA IN FILOSOFIA DEL DIRITTO  
**XXVIII – CICLO**

TESI DI DOTTORATO

LE QUESTIONI ETICHE DEL “FINE-VITA” E IL TESTAMENTO BIOLOGICO:  
L’ARGOMENTAZIONE GIURIDICA NELLE PIEGHE DEL RAGIONAMENTO  
MORALE.

*Coordinatore:*

*Ch.mo Prof. Francesco Romeo*

*Relatore:*

*Ch.mo Prof. Pier Francesco Savona*

*Dottoranda:*

*Dott.ssa Chiara Pellino*

ANNO 2016

# **Le questioni etiche del ‘fine-vita’ e il testamento biologico: l’argomentazione giuridica nelle pieghe del ragionamento morale.**

## **Capitolo 1. Il testamento biologico: definizioni ed implicazioni etico-filosofiche.**

### 1. Approfondimenti preliminari.

1.1. Il testamento biologico: origini, struttura e problematiche all’indomani della nuova concezione etica-filosofica del rapporto medico-paziente.

1.1.2. Le cure palliative: portata innovativa etica e normativa e loro rischi.

1.1.3. L’eutanasia: sovranità dell’uomo sul suo corpo.

### 1.2. La cornice normativa.

1.2.1. La libertà di coscienza: approdo di un percorso giusliberale.

1.2.2. La libertà di autodeterminarsi all’interno della Carta Costituzionale.

1.3. L’attuale contesto normativo delle DAT.

## **Capitolo 2. Riflessioni sul diritto di morire nelle pieghe del ragionamento morale.**

2.1. Il diritto di morire: campo di indagine bioetica.

2.1.1. La questione bioetica e le forme dell'etica non secolarizzata.

2.1.2. Il diritto di morire nell'età della tecnica.

2.1.3 Jonas e la *responsabilità*.

2.2. Il diritto di morire nell'esperienza normativa dei diversi ordinamenti giuridici.

2.2.1. Diritto di morire: appigli normativi nell'esperienza italiana.

2.2.2. Diritto di morire e sua disciplina normativa: profili comparativistici.

2.3. La dignità della vita e la sua declinazione nelle contrapposte concezioni bioetiche del fine-vita.

2.3.1. La dignità umana.

2.3.2. Le diverse concezioni bioetiche del fine-vita.

## **Capitolo 3. L'argomentazione giuridica delle questioni di bioetica.**

3.1. Problemi metodologici: il paradigma dell'etica aristotelica.

3.1.2. Approcci argomentativi postaristotelici.

3.1.3. Riflessioni in tema di argomentazioni in bioetica.

3.2. I principi e la difficoltà del loro bilanciamento nelle questioni di bioetica.

3.3. Casi a confronto: diverso approccio argomentativo su questioni simili.

Qualche riflessione conclusiva.

Bibliografia.

## **Preambolo.**

La problematica che attiene alle istanze di fine vita da parte del paziente in condizione di sofferenza o del malato terminale rappresenta una questione particolarmente sentita nella società contemporanea. La peculiarità di tale problematica è che la stessa coinvolge molti e diversi aspetti per lo più controversi nei vari settori disciplinari dalla stessa evocati. Il *focus* del lavoro è incentrato, in via prioritaria, sull'aspetto giuridico e bioetico. Il tentativo del medesimo lavoro è quello di percorrere un percorso filosofico ancor primo che bioetico, attraverso il quale mostrare come i difficili (e molto spesso "tragici") casi relativi al fine-vita possano trovare una loro fondazione morale all'indomani della rivisitazione di *topoi* classici quali "sovranità", "responsabilità", "diritto di morire" e dunque, per tale via, fornire una risposta alla possibile argomentazione giuridica delle questione di bioetica ed in particolare, per l'appunto, alle questioni relative al fine-vita.

L'attenzione sulle questioni del fine-vita, anche mediatica, suscitata dalle tristemente note vicende nostrane dei casi Welby ed Englaro, non si è sopita negli ultimi anni. Anzi. Grazie all'intervento di alcuni partiti

politici ad oggi la questione è all'ordine del giorno dei lavori parlamentari dai quali si auspica una compiuta disciplina in materia.

Allo stato dell'arte, in assenza, dunque, di una legge precisa dedicata all'argomento, (come si metterà in evidenza) discutere di testamento biologico significa calarsi in un dibattito acceso che ha visto e vede contrapporsi posizioni favorevoli e contrarie.

Il lavoro vuole essere non tanto una mera esposizione delle diverse posizioni in materia, ma attraverso la ricostruzione dell'impianto giusfilosofico in materia e delle regole dell'argomentazione giuridica vuole tendere a fornire una risposta concreta al *quomodo* di tale argomentazione.

## **Chiarimenti preliminari.**

Prima di addentrarci nel vivo della disamina della problematica oggetto del presente lavoro, è opportuno fare chiarezza sui termini che costituiscono il nucleo ed i presupposti argomentativi dello stesso. È fondamentale tuttavia prendere consapevolezza che, essendo il campo di indagine estremamente “fluido”, in quanto attinente al campo della vita, che per sua natura trabocca in ogni dove in eccedenze di significato, ci si trova dinanzi a termini vaghi. È a dirsi che la vaghezza non è una forma di dipendenza contestuale, cioè non riguarda variazioni di contesto.

<<L'estensione di un termine vago può variare al variare del contesto, ma la sua vaghezza non può essere eliminata dalla fissazione di un contesto>><sup>1</sup>. In secondo luogo la vaghezza non è una questione di insufficienza di specificazione. Una parola può ritenersi ambigua quando non ha un significato univoco. Tuttavia la vaghezza riguarda indifferentemente sia le parole ambigue che le parole che hanno un

---

<sup>1</sup> A. Iacona, *Argomenti basati sulla vaghezza dei termini*, in *Bioetica* 2/2000 p. 286

significato univoco. Nella filosofia inglese questi argomenti vengono talvolta trattati sotto l'etichetta di "*slippery slope arguments*" ("*slippery slope*" = discesa scivolosa). Uno "*slippery slope*" è un argomento che mostra che se facciamo un primo passo in una certa direzione siamo costretti a compiere un passo successivo nella stessa direzione, questo passo successivo ci costringe a sua volta a compierne a sua volta un altro, e così via, in una successione inevitabile che ci fa "scivolare" verso una conclusione indesiderata. A volte il termine "*slippery slope*" è usato in modo tale da lasciare intendere che gli argomenti basati sulla vaghezza e gli "*slippery slope*" siano esattamente la stessa cosa.<sup>2</sup> Altre volte gli argomenti basati sulla vaghezza dei termini vengono classificati come un tipo di "*slippery slope*". In questo secondo caso il termine "*slippery slope*" viene usato in modo più generico per designare un argomento negativo basato su una catena di piccoli passi collegati da una qualche relazione, e i diversi tipi di "*slippery slope*" vengono distinti sulla base della natura di questa relazione.<sup>3</sup> La trattazione più approfondita e compiuta dello

---

2 J. Rudinow, *On the Slippery slope*, *Analysis*, 1974, vol.34 pp.173-176; Da. Jaquette, *The Hidden logic of Slippery slope Arguments*, in *Philosophy and Rhetoric*, 1989, pp. 59-70.

3 T. Govier, *What's Wrong with Slippery Slope Arguments?*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1982, vol 12, pp.303-316. L'assimilazione degli argomenti basati sulla vaghezza ad altri tipi di argo-



“*slippery slope*” inteso in questo senso è stata fornita da Douglas Walton, che ne distingue quattro tipi.<sup>4</sup> Nella classificazione di Walton il primo tipo di “*slippery slope*” è l’argomento basato sulla vaghezza, il secondo è l’argomento causale, che stabilisce una catena di conseguenze possibili di un corso d’azione, il terzo è l’argomento del precedente, che stabilisce una catena di eccezioni possibili a una regola, ognuna della quali conta come precedente per quella successiva, e il quarto è un argomento “misto” che riunisce le caratteristiche di tutti e tre.

<<L’argomento del quarto tipo può ricordare (ma non deve essere confuso con) un argomento basato sulla vaghezza di un termine. Un esempio utile - per il tema da trattarsi - è il seguente. Se diamo via libera all’eutanasia il termine “eutanasia” arriverà a un certo punto a coprire anche l’eutanasia attiva oltre che quella passiva, e una volta compiuto questo passo verranno classificati sotto il termine “eutanasia” anche interventi su bambini handicappati o malati terminali con il consenso del medico, e così via fino al punto in cui saranno compresi sotto l’etichetta “eutanasia” gli interventi su tutti coloro che

---

menti che ne condividono la struttura “a catena” risale almeno al Trattato dell’argomentazione di Premano e Olbrechts-Tyte ca, *Traite’ de l’argumentation*, *La nouvelle rhetorique*, Parigi, 1958.

4 D. Walton, *Slippery slope arguments*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

costituiscono un problema per la società. Questo argomento combina considerazioni sulla vaghezza del termine “eutanasia” con considerazioni pratiche su possibili comportamenti associati a una deriva del significato del termine stesso, e consiste in una serie di predizioni sul modo in cui certi usi del termine possono sviluppare un’inclinazione a farne certi altri usi, condizionando il comportamento delle persone e le loro opinioni>>.<sup>5</sup> La tesi centrale di Walton è che lo “*slippery slope*” non è una fallacia ma un argomento che ha di volta in volta gradi diversi di forza o debolezza, e può risultare molto convincente se usato in modo “ragionevole”. Coerentemente con il quadro teorico generale che sottende i suoi studi sull’argomentazione, Walton ritiene che gli “*slippery slope*” debbano essere analizzati e valutati in una prospettiva pragmatica e dialettica, cioè tenendo conto del modo in cui sono effettivamente usati all’interno di contesti dialogici determinati. <<L’argomento del “pendio scivoloso” è largamente presente nella discussione dei casi che vengono abitualmente considerati di pertinenza della bioetica, sia in senso stretto (nascita, cura e morte degli esseri umani) che in senso in senso largo

---

<sup>5</sup> A. Iacona, *op.cit.*, p. 288 nota 4 a pie’ pagina.

(anche etica dell'ambiente e dunque biotecnologie e questioni su trattamento degli animali)>><sup>6</sup> Nel caso della morte questo tipo di argomenti viene comunemente adottato per denunciare il rovinoso scivolamento che si realizzerebbe - come alcuni di coloro che fanno ricorso a questo argomento ritengono sia già accaduto in Olanda- riconoscendo la legittimità di qualche caso specifico di intervento eutanatistico. Da questo primo passo non si potrebbe che arrivare, prima o poi, a legittimare l'uccisione degli handicappati, dei malati mentali, degli anziani, eccetera. Restando sempre nel campo del biodiritto, per quanto riguarda, poi, le forme di sperimentazione sulle prime fasi di sviluppo in vitro dell'ovulo fecondato, e dunque di terapia genetica umana, si argomenta che <<se noi adottiamo una nuova pratica in qualche area specifica che può sembrarci all'inizio del tutto innocente, non potremmo evitare di finire con la creazione di mostruosi Frankenstein>><sup>7</sup>. L'inevitabilità dello scivolo fino a Frankenstein viene indicata come una naturale occorrenza dietro l'angolo se per caso si pensi di indulgere a una qualsiasi apertura nel campo bioetico. Si può

---

6 E. Lecaldano, *L'argomento del "pendio scivoloso" e l'insegnamento della bioetica*, in *Bioetica* 2/2000, p.295 ss.

7 N. Holtug, *Human Gene Therapy: down the slippery slope?*, *Bioethics* 1993, 7, pp. 402-409.

sostenere che, per cogliere la natura dell'argomentazione che si è analizzata e domandarsi se, e fino a che punto essa permetta effettivamente di raggiungere conclusioni valide, ci voglia in effetti un'ottica di tempi lunghi, un'ottica appropriata al tipo di formazione e di ricerca che dovrebbero essere al centro dell'istituzione educativa. Fatta questa doverosa premessa di ordine metodologico, è opportuno ora evidenziare ed analizzare le tematiche chiave dell'oggetto del presente lavoro.

## **Capitolo 1.**

### **Il testamento biologico: definizioni ed implicazioni etico-filosofiche**

#### **1.1 Il testamento biologico: origini, struttura e problematiche all'indomani della nuova concezione etica-filosofica del rapporto medico-paziente.**

La definizione di testamento biologico evoca l'istituto del testamento con il quale il testatore dispone, per quando avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse (art. 587 c.c.). Com'è noto, il testamento in quanto negozio *mortis causa* non produce effetti fino all'apertura della successione, che coincide con la morte del testatore, ed ha la funzione di indirizzare la successione del testatore in favore dei soggetti dallo stesso prescelti. Dal momento che le pur diffuse definizioni di testamento biologico o di vita bypassano la circostanza per la quale le indicazioni provenienti dal soggetto interessato sarebbero destinate a produrre effetti prima della morte e, dunque, diversamente

da qualsiasi disposizione testamentaria, la definizione “testamento biologico” è stata materia di contestazione. Ulteriore aspetto problematico è dato dal rilievo che sebbene il negozio testamentario possa prevedere disposizioni anche di carattere non patrimoniale ( si pensi, alle disposizioni relative alla sepoltura del *de cuius*), tuttavia non potrebbe prevederne di natura essenzialmente biologica. Questa è la *ratio* per la quale si è ritenuto che il termine “testamento biologico” sarebbe stato da sostituirsi con il termine di DAT ovvero direttive anticipate di trattamento.<sup>8</sup>

Secondo la definizione proposta nel 2003 dal Comitato Nazionale per la Bioetica, le direttive anticipate di trattamento indicano quelle dichiarazioni con cui “una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, Roma 2003 in *Bioetica* 4, 2013;

<sup>9</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18.09.03, paragrafo 1. Per definizioni nella dottrina italiana più risalente, cfr. A. Bondolfi, v. *living will*, in *Dizionario di Bioetica* Leone – Privitera, EDB – CBS, pp. 553\556, L. Milone, *Il testamento biologico (living will)*, in “*Vita notarile*”, 1997, n.1, pp. 106\113. B-A, 1994,

In particolare, è a dirsi che il Comitato Nazionale di Bioetica decise di evitare sia l'espressione "testamento biologico" sia l'espressione utilizzata in un primo momento di "direttive anticipate" arrivando a coniare il termine di "dichiarazioni anticipate di trattamento". Per l'appunto, il termine testamento implicava le difficoltà sopra evidenziate, mentre l'espressione dichiarazione di trattamento mal rendeva la circostanza per la quale l'oggetto del documento potesse avere valenza relativa alla decisione sul fine vita, benché predisposto in un momento anteriore. Come evidenziato da Amato: "Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha tentato una via forse più difficile, certamente diversa dalle semplici di ossequio formale verso un atto, ha cercato di garantire l'incontro tra due sensibilità: la sensibilità di chi soffre e la sensibilità di chi cura. Se il ruolo dell'etica consiste nel costruire o ripristinare un rapporto intersoggettivo tutte le volte in cui appare difficile o addirittura impossibile, la prestazione sanitaria assume connotati etici quando diventa una struttura dinamica di relazioni, quando rimane un apparato statico di atti."<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> S. Amato, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, in Il Comitato nazionale per la bioetica : 1990-2015. Quindici anni di impegno* (Comitato Nazionale per la bioetica, Atti del Convegno di studio, Roma 30 novembre/3 dicembre 2005) , Roma 2005 cit., p. 451.

È estremamente interessante ricostruire la genesi di tali dichiarazioni anticipate di trattamento. In dottrina vi è chi ravvede il primo testamento biologico in un celebre passo dell’Odissea:

“ ...*voi diritto*

*Me della nave all’albero legate*

*Con fune sì, ch’io dar non possa un crollo ;*

*E dove di slegarmi io vi pregassi*

*Pur con le ciglia , o comandassi, voi,*

*Le ritorte doppiatemi , ed i lacci.”<sup>11</sup>*

Per l’appunto, in tale passo Omero racconta di come Ulisse, avvicinandosi all’incontro con le Sirene, esorti i suoi marinai a legarlo all’albero della nave, in modo che possa sentire il canto ammaliatore delle medesime senza mettere in pericolo sé stesso o i suoi compagni, resi sordi dai tappi di cera infilati nelle orecchie.

Proprio la richiesta di Ulisse ai compagni pare corrispondere al *genus* della decisione “ora per allora”, per mezzo della quale il sé cosciente

---

<sup>11</sup> Omero, *Odissea, canto XII*, v.157 ( la traduzione proposta è quella di M.G.Ciani in Omero, *Odissea*, Marsilio , Venezia, 1994, pag. 415).



detta delle indicazioni per (e su) il sé incosciente. Nel pieno delle sue capacità mentali, dunque, “l’uomo dal multiforme ingegno” indica e raccomanda ai suoi compagni di avventura ciò che dovranno fare sul suo corpo. Nella letteratura di *common law* si suole indicare con l’espressione “*Ulysses contracts*” una serie d’accordi c.d. *self-binding* e cioè autovincolanti, contenenti direttive sanitarie in vista di una futura e temporanea compromissione della capacità decisionale.

Tale espressione è usata, in particolare, con riguardo all’atto con cui i pazienti psichiatrici colpiti da malattie mentali a decorso ciclico o intermittente, in un momento di lucidità, chiedono ai loro medici di disattendere il rifiuto della terapia che essi dovessero manifestare nei periodi di obnubilamento.

Altresì tale locuzione è adoperata anche in relazione alle richieste cui i soggetti tossicodipendenti domandano ai medici di ignorare le loro eventuali richieste di interruzione di trattamenti di disintossicazione. Infine, con la medesima espressione si indica sovente l’accordo con il quale colui che si sottopone volontariamente a protocolli di sperimentazione medica chiede che, nei periodi in cui il trattamento

somministrato dovesse menomare la capacità decisionale, non vengano assecondate eventuali revoche del consenso alla sperimentazione.

Certamente tra gli *Ulysses contracts* e le DAT notevoli sono le differenze, tra le quali è da segnalare innanzitutto la circostanza per la quale i primi si riferiscono ad un accordo, vincolante persone determinate, stipulato in vista di una temporanea riduzione della capacità di intendere e di volere, peraltro ormai imminente, mentre nelle DAT, invece, ci si troverebbe dinanzi ad un atto unilaterale, rivolto a un numero indeterminate di persone nel futuro, in vista di una ipotetica, irreversibile e pressoché totale perdita della capacità di intendere e di volere. Ciononostante è a dirsi che a mente degli ordinamenti della *Western Legal Tradition*, la distinzione tra *Ulysses contracts* e DAT non risulta essere sia poi così netta<sup>12</sup>. Infatti, le DAT possono contenere sia direttive di istruzioni (indicazioni sui trattamenti), sia direttive di delega (la nomina del rappresentante o del fiduciario terapeutico), sia anche come entrambe le categorie di disposizioni; possono, inoltre, essere condizionate al sopraggiungere di

---

<sup>12</sup> C. Vezzoni, *Advance Treatment directives and autonomy for incompetent patients: an internationale comparative survey of law and practice, with special attention to the Netherlands*, Edwing Mellen Press, Lewiston NY, 2008; E. Stefanini, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, n. 2

una capacità tanto temporanea, quanto definitiva. Pare, dunque, che gli *Ulysses contracts* siano uno dei possibili contenuti delle DAT, una *species* di un unico *genus* che trova la sua ragion d'essere, nonché la sua precipua caratteristica, nel decidere "ora per allora".

La metafora del canto delle Sirene nel passo omerico, quale primo documento in cui è dato rinvenire un progenitore delle DAT, viene così interpretata alla luce delle peculiarità strutturali di queste ultime, prescindendo dalla consapevolezza delle differenze proprie di entrambe le figure. In effetti il canto delle Sirene rappresenta la malattia ,che insidiando la vita, rischia di provocare la menomazione. Le terribili creature non sono esse stesse la morte, ma sono in grado di arrecarla, se assecondate sino in fondo.

Ulisse, l'uomo dal multiforme ingegno, definito "*l'eroe del dolore*", si fa così espressione di una scelta tragica ma personale, non attuale ma necessaria, non solitaria ma da condividere, quanto alla sua esecuzione, e dunque basata sulla fiducia nei confronti dei depositari della stessa. Ulisse racconta di sé, riporta parole altrui, riferisce le proprie parole, secondo una 'multiformità polifonica' che sembra rimandare alla

inafferrabilità di una descrizione che si pretenda univoca ed esaustiva.

Il viaggio non si compie che insieme, la nave raccoglie individui che, volenti o nolenti, si ritrovano ad essere compagni di avventura e dunque di vita. Ulisse, come qualsiasi soggetto autore delle proprie volontà “ora per allora” relative al suo fine-vita, realizza una scelta: all’approssimarsi dell’oblio, decide di affidarsi ad altri, perché, sebbene non possano esimerlo dalla radicalità di quella esperienza, lo aiutino ad oltre-passare.

Di fronte al dilemma tra la vita e la morte, la scelta dialetticamente deliberata di Ulisse è una scelta per la vita, per continuare a pensare, parlare, agire, oltrepassare le Sirene. L’eroe si avvede, però, che per affrontare il pericolo mortale non può che consegnarsi ai suoi fedeli compagni, a coloro che si sono trovati a condividere con lui la perigliosa avventura del vivere.

L’eroe omerico decide di scegliere la vita, “riconoscendo la necessità di affidarsi all’altro e all’oltre, tramite un affidamento che implica il rispetto della libertà altrui ed il riconoscimento della propria finitudine e della propria eccedenza rispetto al mondo dei fenomeni. Sulla base di

questa consapevolezza, cogliere l'occasione di accettare la tragicità dell'esistenza significa accedere alla libertà: “dove ciò non vuol dire che la vita debba necessariamente risultare distruttivamente dolorosa, ma che in essa non si rinviene mai, già dato e noto, il criterio certo cui uniformare ogni comportamento. Ma l'incertezza dischiude un messaggio sorprendente: ‘o uomo, il tuo patimento è la testimonianza che il tuo destino non si rinserra nello spazio dei fenomeni’”.<sup>13 14</sup>

Dunque, da quanto sin qui emerso, precipuamente nel confronto con la prima emersione storica di un documento nel quale decidere “ora per allora”, l'utilità di tale documento risiederebbe nella giusta configurazione del diritto del malato relativamente alla sua possibilità di scegliere se e come essere curato in riferimento ai momenti di vita incosciente.

Rinviando l'analisi del contesto normativo attuale in merito alle DAT ad altra sede del presente lavoro, è necessario indicare il suo profilo contenutistico.

---

13 F. Cavalla, *Libertà da, libertà per: ordine e mistero*, in AA.VV. *L'insopportabile peso dello Stato*, a c. della CIDAS, FACCO, Treviglio, 2000 cit. pag. 241.

14 L. Mingardo, *Incontro alle Sirene. Autodeterminazione e testamento biologico*, ESI, Napoli, 2015 pag. 125.

*In primis*, condizione per l'efficacia delle direttive anticipate di trattamento è lo stato sopravvenuto di incapacità del sottoscrittore. Infatti, in presenza di tale stato di incapacità viene ad assumere rilevanza la volontà già espressa e contenuta in un documento già predisposto dal medesimo paziente dopo aver ricevuto la giusta informazione dai soggetti competenti in merito alla natura e all'esito del trattamento che forma oggetto delle direttive.

Una delle problematiche maggiori relative ad un documento così predisposto è quella relativa alla sua mancanza di attualità. Del resto, come evidenziato, la volontà relativa al trattamento sorge prima e fuori dello stato patologico relativamente al quale viene in rilievo la necessità del trattamento medesimo che si desidera accettare o rifiutare.

Il lasso temporale tra la manifestazione della propria volontà circa i trattamenti sanitari da ricevere, e il momento in cui tale volontà deve essere presa in considerazione è tale da creare deficienze circa l'attualità del consenso informato.<sup>15</sup>

Un primo punto dolente delle DAT riguarda proprio la valutazione del

---

<sup>15</sup> C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, *Testamento biologico. Quale autodeterminazione?*, Società editrice fiorentina, Firenze, 2007

carattere personale e attuale delle volontà anticipate, che diventa indispensabile all'interno della prospettiva che valorizza le stesse come mezzi di espressione del consenso all'atto medico. Questi strumenti per la loro peculiarità dell' "ora per allora" si collocano proprio al limite del giuridico. Anzi, pare che le medesime siano banco di prova per testare la tenuta della giuridicità in situazioni esistenziali di confine tra la vita e la morte.

Circa la natura del consenso informato e, per quanto in questa sede più conta, la possibilità che lo stesso venga prestato da un soggetto divenuto incapace, è tutt'oggi rilevante, nel nostro ordinamento giuridico, quanto venne statuito dalla Relazione della Commissione Oleari e dalla celeberrima sentenza della Cassazione 21748/2007 sul Caso Englaro.

Si pervenne all'istituzione di detta Commissione (così chiamata dal nome di colui che la presiedette) fortemente voluta dall'allora ministro della Sanità, Umberto Veronesi, al fine di accertare la natura terapeutica della nutrizione e idratazione artificiale. Tuttavia la Relazione della Commissione Oleari si caratterizza soprattutto per una circostanza: essa rappresenta il primo documento ministeriale emanato

a seguito dell'autorizzazione alla ratifica della Convenzione di Oviedo da parte del Parlamento italiano. Adottata dal Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997 a Oviedo, la "Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina", nota come "Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina" contiene fondamentali regole che sanciscono la libertà e i diritti del paziente nell'ambito delle cure mediche e della sperimentazione clinica. Per l'appunto, essa specifica la natura del consenso informato e il valore ineliminabile della volontà del paziente per l'attuazione di interventi sanitari sul suo corpo e soprattutto afferma all'articolo 9 il dovere di tener conto delle volontà espresse dal paziente prima di cadere in stato di incoscienza: "I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione."<sup>16</sup> La relazione della Commissione Oleari, in effetti, tenendo in considerazione anche il contenuto della Convenzione di Oviedo, si concludeva con l'affermazione della liceità dell'interruzione della

---

<sup>16</sup> Convenzione di Oviedo, Consiglio di Europa 1997, in *portale di bioetica.it*



nutrizione e idratazione artificiale per i pazienti in stato vegetativo permanente già allo stato attuale della legislazione italiana. La stessa ritenne a tal fine necessari anzitutto l'accertamento dello stato vegetativo permanente da parte di una commissione *ad hoc* - condizione questa da sancire a seguito di un'osservazione prolungata del paziente, a seguito degli standard internazionali – e, soprattutto, evidenziò la necessità di rispettare la procedura di nomina di un rappresentante legale, il tutore, il quale potesse ricostruire la volontà del malato divenuto incapace.<sup>17</sup> In ogni caso, nonostante la commissione indetta dal ministero della Sanità avesse proferito parere ufficialmente, il testo di approdo e cioè la Relazione della Commissione Oleari, non fu considerata documento da osservare anzitutto dal Tribunale di Lecco, cui ricorse B. Englaro nel giugno 2002, che escluse a priori la possibilità per il tutore di farsi carico di una decisione la cui conseguenza implicasse la morte dell'incapace. E dunque, sino alla pronuncia della Cassazione del 2007, il problema dell'autodeterminazione da parte del soggetto incapace, o meglio, il problema del consenso informato dello stesso, restava giuridicamente

---

<sup>17</sup> M. Azzalini, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, fasc. 10

irrisolto, nonostante la legiferazione pregressa, e dunque nonostante la portata normativa di non poco conto della Relazione succitata. Quanto sinora detto fa comprendere che a ben vedere non si era dinanzi ad una lacuna normativa e cioè di fronte ad una fattispecie concreta per la quale nessuna norma dell'ordinamento preveda una qualsiasi conseguenza giuridica<sup>18</sup>. Ed è la stessa sentenza 21748/07 della Cassazione a fare un'attenta disamina della legislazione in materia allo stato dell'arte. Al punto 7.2 della sentenza 21748 del 16 ottobre 2007 della Sezione Prima Civile della Corte Suprema di Cassazione, sono riportate alcune significative disposizioni normative circa la rappresentanza legale degli incapaci in ordine alle cure e ai trattamenti sanitari. Tra queste spicca l'articolo 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (L. 22 maggio 1978, n.194), il quale dispone: “Se la donna è interdetta per infermità di mente, la richiesta [...] può essere presentata, oltre che da lei personalmente, anche dal tutore [...]. Nel caso di richiesta presentata dall'interdetta o dal marito, deve essere sentito il parere del tutore. La richiesta presentata dal tutore e dal marito deve essere confermata dalla

---

18 R. Guastini “*L'interpretazione dei documenti normativi*”, Giuffrè, Milano 2004.

donna”.<sup>19</sup> Di certo la Suprema Corte fa riferimento a tale disposizione per utilizzarla come argomentazione forte a sostegno del consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona incapace, da parte del tutore. In tal caso, infatti, i doveri di cura del tutore nei confronti dell’incapace, avendo come obiettivo sempre e comunque il *best interest* del rappresentato, si spingono sino alla richiesta di interruzione volontaria della maternità. Ed è vero che se ne desume che la volontà del tutore dovrà integrare e non sostituire quella della donna incapace, ma la volontà della stessa benché attuale avrà di sicuro una valenza, in termini di razionalità, minore rispetto ad una volontà pregressa data in pieno possesso delle proprie facoltà psichiche. E non sembrano neppure tanto differenti gli interessi in gioco nel caso dell’interruzione volontaria della maternità e in quello, in esame, dell’interruzione della nutrizione e dell’idratazione artificiale. Nel primo, infatti, c’è da decidere non solo del *best interest* della donna interdetta ma anche della vita e della morte del nascituro che in quanto uomo “in potenza”, secondo la concezione cristiana, non ha meno di dignità di un uomo “in atto”. Quindi il problema appare non tanto

---

<sup>19</sup> Sentenza 21748/2007 in *italgiure.it*

essere il riconoscimento della legittimità del consenso informato da parte del tutore quanto il valore della volontà pregressa e non più attuale del soggetto interdetto, da doversi necessariamente presumersi non essendoci alcun testamento circa il fine vita. Del resto legittimano il consenso informato del tutore al trattamento medico dell'incapace le altre disposizioni normative cui si fa riferimento nella sentenza in esame al punto 7.2. “Secondo il D.Lgs. 24 giugno 2003,n.211, art.4 [...], la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante [...] che deve rappresentare la presunta volontà del soggetto”.<sup>20</sup>Ed ancora la sentenza della Cassazione richiama l'articolo 6 della Convenzione di Oviedo, dedicato proprio alla protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso. Lo stesso articolo 6 al punto 3 recita : “Allorquando secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza

---

<sup>20</sup> Ibidem.

l'autorizzazione del suo rappresentate, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge".<sup>21</sup> E viene sottolineato dalla sentenza, che il citato articolo 6 si riferisce a tutte quelle situazioni in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli, situazione tra le quali rientrerebbe a pieno titolo la fattispecie in esame. La sentenza della Cassazione, prevenendo un attacco per il richiamo alla Convenzione di Oviedo, accordo valido sul piano internazionale ma ancora non ratificato dallo Stato italiano (sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 145 del 2001), chiarifica che la Convenzione non è certo priva di effetto svolgendo essa una importante funzione ausiliaria sul piano interpretativo. Dunque "assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di stabilire i limiti dell'intervento del rappresentante legale."<sup>22</sup> Ma la situazione si complica laddove, come indicato da Iapichino, "nessun processo patologico è in atto a danno dal soggetto e manca del tutto una diagnosi che ne renda prevedibile l'insorgere dalla quella in cui, al contrario, già è in essere una malattia

---

21 Convenzione di Oviedo, Consiglio di Europa 1997, ibidem.

22 Sent.21748/07 punto 7.3.

degenerativa a un certo stadio o addirittura vi sia stato un intervento chirurgico, cui sia seguito, come conseguenza programmata, lo stato di incoscienza”<sup>23</sup> La situazione quindi si complica quando non sussiste alcun pericolo reale per la salute del soggetto. In questo caso, infatti, la persona non ha alcuna precisa cognizione di ciò che sarà la sua situazione futura e anche laddove, per pura casualità, si troverà a compiere un “giudizio di tipo probabilistico – comparativo”<sup>24</sup> e cioè in situazioni patologiche similari a quelle in cui verrà successivamente a trovarsi, tale giudizio in quanto dato ora per allora, non solo sarà privo di consapevolezza clinica ma difetterà anche di attualità. Quindi la volontà così manifestata, per quanto personale, manca sia di consapevolezza sia di specificità, provenendo nei fatti da un soggetto non ancora malato né tanto meno all’inizio della sua malattia. Del resto la stessa natura della scienza medica, disciplina in continua evoluzione, sempre pronta a mettere in discussione le sue certezze, rende difficoltosa una volontà del paziente pienamente consapevole. E questa considerazione non è certo un cavillo se solo si pensi alla nozione di

---

23 L.Iapichino, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Ipsoa, 2000, pag.68.

24 P.Stanzione G. Salito, *L’(in)disponibilità del bene vita*, Edizioni San Paolo, Milano, 2010, pag.52.

morte clinica, che oggi coincide con la cosiddetta morte cerebrale<sup>25</sup>, cioè con l'irreversibile cessazione di ogni attività del sistema nervoso centrale, ma che fino a pochi anni fa si credeva avvenisse al momento della cessazione del battito cardiaco. È il naturale passaggio dalla filosofia positivista a quella post-positivista, dalla concezione di una scienza completa e infallibile a quella concezione, ben stigmatizzata dal pensiero falsificazionista di Popper, per la quale “La scienza è fallibile perché la scienza è umana: nella prospettiva logica, nessuna legge universale è certa, giacché, per quante conferme abbia ottenuto, i casi non ancora osservati sono infiniti e può accadere che il caso n+1 metta in ginocchio anche una teoria venerabile.”<sup>26</sup> Ed allora, se la stesse informazioni scientifiche sulle quali dovrebbe vertere il consenso del soggetto, sono caratterizzate dalla provvisorietà, è necessario contestualizzare anche il valore da attribuire alla volontà. L'irriducibile dilemma che si pone in queste situazioni, oscilla tra il rispettare una scelta sebbene remota nel tempo, non pienamente consapevole e da desumersi da dichiarazioni rilasciate a terzi e dallo stile di vita del soggetto divenuto incapace, e il porla nel nulla, anche se rispondente al

---

25 U.G.Nannini, *Valore della persona e definizione legale di morte*, CEDAM, Padova, 1996.

26 K.Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970, pag.22.

suo presunto credo filosofico, religioso ed esistenziale. La Cassazione con la sentenza in esame opta per la prima soluzione. Al punto 8 della sentenza 21748/07, infatti, tra le due condizioni necessarie affinché il giudice possa autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, si legge proprio "Sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondenti al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona."<sup>27</sup> Dunque, le esigenze di eguaglianza, solidarietà e rispetto della dignità umana, valori cardine della nostra Carta costituzionale, impongono di restituire alla persona, anche se in stato di incoscienza, il ruolo di co-decisore dei trattamenti sanitari<sup>28</sup> attraverso l'intervento necessario del suo legale rappresentante. Quest'ultimo sarà tenuto a decidere non al posto dell'incapace, né per lui, ma con lui, e quindi ricostruendone le scelte. Proprio in base al già ricordato carattere personalissimo del diritto alla salute, non compete,

---

<sup>27</sup> Sent.21748/07, punto 8.

<sup>28</sup> G.Ferrando, *Diritto di rifiutare e cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam.e Diritto*, 2008.



infatti, al tutore, investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. La sua rappresentanza sarà, quindi, sottoposta ad un duplice ordine di vincoli: dovrà innanzitutto, agire nell'interesse esclusivo dell'incapace, valutando il suo *best interest*, e non potrà mai trascurare l'idea di dignità della persona umana, manifestata dal rappresentato, prima di cadere in stato di incapacità, in reazione ai problemi della vita e della morte. C'è poi da capire perché al malato competente sia riconosciuto il diritto di rifiutare i trattamenti, anche se da tale rifiuto possa derivare un danno o la morte stessa, e il medesimo diritto non possa essere riconosciuto al malato divenuto incompetente, la cui volontà pregressa sia stata quella di rifiutare i trattamenti medesimi. Si porrebbe in essere, in tal modo, una discriminazione tra il malato incompetente e il malato competente, discriminazione che significherebbe approfittare del particolare stato di impotenza dell'individuo, per imporgli i trattamenti sanitari (indesiderati) che non possono essere imposti all'individuo competente; una discriminazione che, in definitiva, riguarderebbe il diritto di lasciarsi morire, garantito costituzionalmente al primo, rifiutato al secondo. La rilevanza giuridica

del consenso informato consiste proprio nella capacità di coinvolgere il medico nella condizione di sofferenza del paziente e il paziente nell'apparato tecnico del medico. Il desiderabile e il possibile si dovrebbero saldare nella medesima scelta di vita.

È proprio la mancanza del requisito dell'attualità nel consenso informato che ha fatto propendere per la sua non vincolatività: «Muovendo, come è doveroso fare, dal rispetto del “bene integrale della persona umana” e dall'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che ne è il naturale corollario, si può infatti argomentare che quando una persona redige e sottoscrive dichiarazioni anticipate, manifesta chiaramente la volontà che i suoi desideri vengano onorati, ma, al tempo stesso, indicando le situazioni di riferimento, manifesta altrettanto chiaramente la volontà di non assegnare ai suoi desideri un valore assolutamente (e cioè deterministicamente e meccanicamente) vincolante»<sup>29</sup>.

Come già evidenziato, la definizione che dà il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 2003 e cioè quella secondo la quale le

---

<sup>29</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, Roma 2003 in Bioetica 4, 2013;

dichiarazioni anticipate di trattamento consistono in quel “Documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe essere sottoposto nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato”<sup>30</sup>, sembra evocare una solitudine tutta propria del soggetto deliberante, solo dinanzi al suo dramma esistenziale. Il medesimo parere tuttavia, proprio in quanto consapevole che in un’ottica di DAT lo stesso deve necessariamente “affidarsi” ad un soggetto terzo dalla sua sfera corporea, aggiunge poi a questa definizione un'altra definizione dalla carica decisamente più suggestiva : “Un ponte umano gettato tra due solitudini: la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere”.<sup>31</sup> Proprio questa metafora del ponte, con la sua carica naturalistica, suggerisce un'interpretazione che tende a collocare le DAT nella prospettiva della relazione.

Tale relazione presenta notevoli implicazioni di carattere etico e filosofico. In materia, Moro, rifacendosi alle tesi aristoteliche espresse

---

30 Ibidem pag. 18.

31 Ibidem pag 18.

nell'Etica Nicomachea, afferma che “si deve rintracciare un criterio di mediazione che consente di unire ciò che è originariamente il bene su un piano oggettivo (come la custodia della vita), a ciò che si mostra nell'esperienza come un bene sul piano soggettivo (come la cessazione della sofferenza) tenendo conto che questo fine dell'azione è costitutivamente indisponibile per la volontà”<sup>32</sup>

È interessante evidenziare come la filosofia moderna della medicina, improntata al liberalismo, abbia nel corso dei secoli subito una profonda metamorfosi ed è una questione “che ha travolto la rappresentazione monolitica del potere autoritativo del medico, è una microstoria interessante da ricostruire. Innanzitutto perché, come ha mostrato per l'appunto Foucault, questa storia si offre nei termini di esercizio e dislocazione orizzontale del governo della vita. Ma anche perché, proprio per questo, essa ritrova una sua articolazione decisiva in un processo di rideterminazione dei ruoli che ha investito l'autocomprensione dei soggetti incisi dalla relazione terapeutica, la cui esemplarità è stata in più di una occasione colta dal pensiero della sociologia moderna. In questa prospettiva, la lenta e inesorabile

---

32 P.Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso, *Il fio delle Parche, Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pag. 150.

trasformazione che conduce nella modernità dal modello del *medicus graciosus* proprio della tradizione del *Corpus hippocraticum*, all'ideale del percivaliano *medicus politicus*, va intesa non solo quale un percorso fondamentale di filosofia della medicina, ma anche in connessione con il processo di burocratizzazione che incide sulla professione medica dentro il più ampio itinerario evolutivo delle professioni liberali. È alla congiunzione tra queste due esigenze, insieme alla emersione di istanze proprie di un modello liberale che si afferma progressivamente nella professione medica, che si deve l'avvio della discussione sul consenso, quale principio etico cui affidare prospettive che hanno di mira il rinnovamento della relazione tra medico e paziente.”<sup>33</sup>

Il tipo di relazione bidirezionale tra medico e paziente, informata, per l'appunto, sul nuovo modello medico, garantirebbe il dialogo tra i medesimi, garantendo al contempo tanto l'autonomia del paziente – dato il carattere non meramente orientativo dei suoi desideri – tanto lo spazio di autonoma valutazione del medico.

Il collettore tra medico e paziente è stato rinvenuto, per l'appunto, proprio nel consenso informato, “strumento chiave per ridisegnare il

---

<sup>33</sup> V. Marzocco, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*. Editoriale Scientifica Napoli, *Collana Logon Didonai*, Napoli, 2012 cit. pag. 8

rapporto medico-paziente<sup>34</sup>.

Tale strumento, tuttavia, presenta molteplici profili di problematicità sia dal punto di vista teorico che dottrinale e giurisprudenziale.<sup>35</sup> Ed infatti, sotto un profilo etico-morale, sostenere che il consenso informato è il fondamento dell'atto medico, significa conferire una assoluta priorità al paziente e, dunque, al suo *ius* di autonomia: *voluntas aegroti suprema lex*. Riconoscere come preminente il principio dell'autonomia, rischia di svilire la portata di altri principi della bioetica quale quello di beneficiabilità, che individua nella salute del paziente il fine della cura, e quello di giustizia, che è volto al rispetto del dovere di uguaglianza e solidarietà tra i soggetti dell'ordinamento. In questa chiave di lettura improntata ad un serrato relativismo, Mori, portando alle estreme conseguenze il primato del principio dell'autonomia, arriva ad identificare il bene del paziente nel rispetto assoluto della sua volontà, facendo coincidere il principio di beneficiabilità con quello, appunto, di autonomia.

---

34 P. Borsellino, *Consenso informato: riconoscimento di principi e strategie di svuotamento*, in "Bioetica. Rivista interdisciplinare", n. 3, 1995, pag. 24.

35 P. Borsellino, *Consenso informato*, cit.; V. Marzocco, *Dominium sui*, op.cit.; V. Marzocco, *Il consenso informato alla conservazione e all'utilizzo di materiale biologico umano. Persona e corpo tra realzione interrotta e nuovi scenari*, in C. Casonato, in C. Piciocchi, in P. Veronesi, a cura di, *Le biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, CEDAM, Padova, 2012

“Il consenso informato diventa, così atto sovrano insindacabile, in grado di determinare, nel senso forte di “costruire esauendolo” , il bene del paziente”.<sup>36</sup> Dunque, se da un lato il rischio in cui si incorre è quello del paternalismo medico, proprio di una filosofia medica premoderna, dall’altro, portando alle estreme conseguenze la centralità dell’autonomia del paziente si esaurisce del tutto il ruolo del medico volto alla cura del malato secondo il canone, appunto, della beneficiabilità. Ancora una volta è nei classici del pensiero filosofico la risposta e l’archetipo ad un modello di relazione medico-paziente equilibrata, nel senso di giusto equilibrio tra i principi di autonomia e beneficiabilità. Nelle Leggi Platone ricostruisce il dia-logos<sup>37 38</sup> e dunque la relazione medico-paziente nei termini di un confronto aperto e disponibile, secondo il canone del vero dia-logos che impone il rispetto delle differenze reciproche nel riconoscimento di ciò che accomuna.

In questa prospettiva, “il buon terapeuta, conscio dell’unità tra *psyche* e soma, attento alla storia del paziente, cerca di trasmettergli parte della sua conoscenza, per renderlo protagonista della battaglia contro il male,

---

36 L.Mingardo, *Incontro alle Sirene*, cit. pag 67.

37 M.Gentile, *Intervento*, in AA.VV., *Il problema del dialogo nella società contemporanea*, Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1969

38 Platone, *Le leggi*. BUR, Milano, 2005

che a lui primariamente compete. Attraverso la relazione dialogica, gradualmente si compone la frattura inizialmente presente tra i due, dettata da fattori di ordine epistemologico (il possesso della scienza da parte del solo medico) e psicologico (il turbamento del paziente)<sup>39</sup>.

Dunque, il Comitato ha ritenuto che in una ottica di cooperazione tra i due poli dialettici coinvolti nella tematica delle DAT, le medesime non possano avere un grado di assolutezza e vincolatività giuridica estremo.

La *ratio* di tale ragionamento risiederebbe nella «socializzazione dei momenti più drammatici dell'esistenza, [onde] evitare che l'eventuale incapacità del malato possa indurre i medici a considerarlo, magari inconsapevolmente e contro le loro migliori intenzioni, non più come una persona (...) ma soltanto come un corpo, da sottoporre ad anonimo trattamento»<sup>40</sup>.

Per il Comitato ciò che deve essere posto nella giusta considerazione è proprio «l'incontro umano» tra il medico e il paziente, facendo sì che ad entrare in rapporto non fossero una volontà e una competenza professionale, quanto piuttosto le loro «sensibilità», realizzando così «un dialogo nel quale il malato è coinvolto (...) nella preparazione

---

39 L.Mingardi, *op. cit.*, pag. 80.

40 Comitato Nazionale di Bioetica, *op. cit.* pag 22.



teorica e nell'esperienza pratica del medico, che, a sua volta, si lascia coinvolgere nello stato d'animo, nelle aspirazioni, nelle paure e preferenze della persona assistita»<sup>41</sup>.

Il pericolo che si corre in situazioni dalle quali nasce l'esigenza di una predisposizione a monte di un documento siffatto è che si possa rimanere ostaggio di trattamenti intensivi medici ad oltranza che violino il senso della propria dignità. Sia da un punto di vista medico-legale che da un punto di vista affettivo, si pensa che a "fare" in senso fattuale non si sbaglia mai. È una sorta di "lavoro" utile a calmare, sotto ogni punto di vista, i propri sensi di colpa. E nella battaglia del non fare rispetto al fare ciò che davvero ne esce sconfitto è il paziente, lui e i suoi desideri. Le DAT, dunque, servono proprio quali strumenti in grado di garantire che i propri desideri relativi al tempo del compimento della propria vita, vengano presi sul serio ed è in questa prospettiva che il ruolo del medico deve assumere un ruolo centrale.

Più precisamente, per il Comitato Nazionale di Bioetica «l'intrinseca eticità del *living will*» deve mirare a «garantire l'alleanza terapeutica tra

---

41 *Ibidem*

medico e paziente proprio quando è preclusa ogni prospettiva di dialogo», ovvero fare leva su uno strumento «che consenta alla solitudine dell'incapace, che non può decidere, di incontrare ugualmente la solitudine del medico che non sa decidere, non sa come rispettare i desideri del paziente»<sup>42</sup>.

L'alleanza che si viene in questo modo a creare tra medico e paziente poggia le sue basi sul consenso informato, come sopra analizzato nelle sue caratteristiche peculiari. Come affermato anche dalla Corte di Cassazione, solo la regola del consenso informato può fare da base e da elemento essenziale per dell'alleanza terapeutica tra paziente e medico e non viceversa<sup>43</sup>. Infatti, questo tipo di alleanza fondata sul reciproco riconoscimento di uno spazio di libertà limitato in primo luogo dalle scelte del paziente è il frutto di un vero e proprio un contratto con il medico, basato su di un reciproco riconoscimento di spazi di libertà, chiaramente in senso unidirezionale e cioè dal paziente al medico, che non si interrompe neanche nel caso in cui il paziente dovesse decidere di rifiutare le terapie necessarie al suo mantenimento in vita. Come

---

42 S. Amato, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, op. cit., p. 451

43 Sentenza Cass. civ., sez. I, n. 10014, 25/11/94 in *italgiure.it*

evidenziato da Rodotà, con il consenso informato nasce un «nuovo soggetto morale e sociale» che ha il pieno governo sul suo corpo<sup>44</sup>; di conseguenza, nell'ampio raggio di possibili manifestazioni del principio di autodeterminazione del paziente rientra anche il suo diritto di non essere informato circa il suo stato di salute o la sua possibile evoluzione, nonché quello di delegare ad altri il potere di decidere per lui.

Fuori da un'ottica paternalistica, il ruolo del medico diventa una esplicazione di quel principio solidaristico su cui è improntata la nostra Costituzione.

Rose evidenzia icasticamente questo rapporto sostenendo che «questo pastoralismo non prevede un pastore-prete che conosca e signoreggi l'anima delle singole pecore afflitte» – come avveniva nella vecchia pratica clinica – bensì, facendo leva su una modalità relazionale e su un coinvolgimento reciproco, «agisce attraverso il rapporto tra l'affettività e l'etica delle guide (...) e l'affettività e l'etica degli individui guidati»<sup>45</sup>.

---

44 S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 85

45 N. Rose, *La politica della vita*, Einaudi, Torino, 2008 cit., p. 42.

### **1.1.2. Le cure palliative : portata innovativa etica e normativa e loro rischi .**

In un famoso passo, scritto nel 1605, nel quale trova per la prima volta espressione la concezione della medicina che individua nel *sedare dolorem*, nel sollevare dalla sofferenza, un dovere primario che il medico è tenuto ad assolvere, Francesco Bacone affermava: “Io penso che l’ufficio del medico non è soltanto quello di ristabilire la salute, ma anche quello di mitigare i dolori e le sofferenze causate dalla malattia; e non solo quando ciò, come eliminazione di un sintomo pericoloso, può giovare a condurre alla guarigione, ma anche quando, perdutasi ogni speranza di guarigione, tale mitigazione serve soltanto per rendere la morte facile e serena”<sup>46</sup>. Il medesimo Bacone riteneva che “ai nostri tempi i medici si fanno una sorta di religione nel non far nulla quando hanno dato il paziente per spacciato; mentre, a mio giudizio, se non vogliono mancare al loro ufficio, e quindi all’umanità, dovrebbero acquisire l’abilità di aiutare i morenti a congedarsi dal mondo in modo più dolce e questo e praticarla con diligenza”<sup>47</sup>

---

46 F. Bacone, *Della dignità e del progresso delle scienze* (1605), tr. It. In ID. *Opere filosofiche* (a cura di F. De Mas), Laterza, Roma – Bari, 1965, vol. 2, p. 214

47 F. Bacone, *Ibidem*, cit. vol. 2 p. 214.

Recependo, ad oltre tre secoli dalla sua formulazione, il pensiero di Bacone, le cure palliative hanno fatto propria l'idea che alleviare la sofferenza del malato non è per il medico soltanto un dovere secondario, né un dovere necessariamente connesso al dovere di sanare, di ripristinare la salute togliendo la causa del male. È anche, infatti, un dovere di autonoma rilevanza, ed è, specialmente, l'unico dovere da assolvere nei confronti dei malati irreversibili che sono pervenuti allo stadio ultimo della loro malattia.<sup>48</sup> È opportuno indicare la definizione di cure palliative che l'Associazione Europea per le Cure Palliative adotta: «Le cure palliative sono le cure attive e globali dei pazienti che non rispondono più ai trattamenti terapeutici, e per i quali la priorità diventa il controllo del dolore e degli altri sintomi fisici, sociali, psicologici o spirituali. Le cure palliative supportano la vita e considerano la morte un processo normale. Sono pluridisciplinari. Coinvolgono il paziente, la sua famiglia, i curanti e tutta la comunità medico-sanitaria»<sup>49</sup>. La metafora più propria per indicare le cure palliative è quella di una fiammella lieve pronta allo spegnimento che

---

48 P. Borsellino, *Bioetica "Tra morali" e diritto*. Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009

49 M. D'Auria, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 5, p. 399,

non essendo dall'esterno vivacizzata segue il suo iter naturale.

Trattasi di terapie rivolte a pazienti affetti da patologie gravi inguaribili, e in stato terminale. La *ratio* delle cure palliative è quella di migliorare la qualità della vita del paziente fornendo al medesimo ed alla sua famiglia un'assistenza a tutto tondo.<sup>50</sup> Il miglioramento della qualità della vita del paziente viene garantito sia attraverso l'impiego della cosiddetta terapia del dolore anche e soprattutto da una gestione non accanita dei trattamenti volti a prolungare il suo stato di fine-vita.

A tal fine, è oggi garantito un ampio ventaglio di soluzioni terapeutiche volte ad assicurare, da un lato, la continuità assistenziale al paziente e dall'altro, una diffusione armonizzata sul territorio delle pratiche dimostrate maggiormente efficaci.

Nel nostro ordinamento giuridico, le cure palliative sono previste e disciplinate dalla legge n. 38/2010, la quale fissa delle linee guida (i c.d. LEA) per l'adeguamento da parte delle Regioni, responsabili della loro attuazione specifica.

---

<sup>50</sup> P. Borsellino, *I principi etici delle cure palliative e i diritti dei morenti*, in ID, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 2000, 171-178

La legge succitata valorizza al massimo il ruolo dell'intero apparato medico e parasanitario e lo onera di compiti di varia natura. Ed infatti da una parte impone a tali soggetti un preciso obbligo di formazione specializzata e di aggiornamento relativamente alle cure da somministrare e dall'altra, come si evince dall'articolo 7, impone ai medesimi di seguire il paziente per tutto il decorso della malattia attraverso la precisa e aggiornatissima compilazione della cartella clinica.

Ciò che rappresenta tale legge 38/2010, all'interno del panorama normativo italiano estremamente lacunoso ed ingiustificabilmente "sbrigativo" nel campo del fine-vita, è un punto di vedere ed intendere l'"enunciato" morire con dignità" assolutamente innovativo.<sup>51</sup> È la diversa prospettiva assunta da tale legge a lasciar ben sperare circa la possibilità di una legislazione più compiuta in materia di DAT. Difatti, la stessa anziché qualificare la richiesta di morte come una domanda di aiuto rovesciata, comprende la stessa come richiesta di assistenza, un modo quanto più umano possibile per spezzare la sofferenza fisica e psichica nonché la solitudine nella quale viene a trovarsi il malato

---

51 V. Ventafridda, *Le terapie del dolore in fase terminale*, in *Riv.it. Cure palliative*, 1988

terminale e la sua famiglia.

La chiave di lettura innovativa consiste nel credere che il dolore può essere non solo affrontato, ma anche annullato. La morte no, ma il dolore sì. Ed allora se alcuni autori hanno ritenuto di argomentare il loro rifiuto all'eutanasia proprio facendo leva sull'importanza della lotta al dolore, altri, invece, hanno visto nella medicina palliativa lo spiraglio giusto per una considerazione più liberale ed umanizzata del fine-vita. ,affinché possa esserci una riappropriazione del morire da parte del malato terminale, perché esso non sia subito ma vissuto, per fare della morte la morte di ciascuno.

Tecnicamente la palliazione non si limita solo alla somministrazione di antidolorifici di varie famiglie (oppioidi e non), ma mette in campo una accurata strategia a 360° gradi che coinvolge non solo medici ed infermieri, ma anche psicologi, volontari e familiari adeguatamente informati.

L'assistenza offerta al malato terminale sottoposto alle cure palliative, è relativa non solo – all'assistenza ospedaliera consistente nel ricovero ordinario o del day hospital – ma anche nell'assistenza domiciliare



programmata (ADP), approntata da personale medico e paramedico secondo un programma prestabilito; nell'assistenza domiciliare integrata (ADI), soprattutto per pazienti anziani e più complessa, perché composta da prestazioni di medicina generale e specialistica, infermieristiche, di riabilitazione, di assistenza sociale, di aiuto domestico ai familiari.

Ciò che caratterizza la variegata gamma di assistenza offerta al malato terminale è la sua personalizzazione in base, dunque, alle sue esigenze e alle sue richieste.

Ulteriore modalità di assistenza, di derivazione anglosassone, è quella dell'*hospice*, che consente una degenza alternativa in ambiente adeguato e con caratteristiche molto diverse da quelle di un ricovero ordinario.<sup>52</sup>

Peculiarità dell'*hospice* è quella di ricreare un ambiente quanto più familiare possibile nel quale possano convivere il malato terminale e l'equipe medica e paramedica<sup>53</sup>.

---

52 V. Montrone, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, ed. cirb, Quaderno 3, medicina ed etica di fine-vita, 2002.

53 G. Salito, *Cure palliative e terapia del dolore: brevi riflessioni a margine della legge n. 38/2010* in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

È la stessa l'etimologia di palliativo che deriva da *pallium*, che significa “mantello” che mostra chiaramente l'intento solidaristico, in piena conformità al dettato dell'articolo 2 della Carta Costituzionale, dei trattamenti palliativi. Gli stessi anziché, dunque, avvilito il malato con cure che rendano penosa la sua restante vita, cingendolo metaforicamente con un caldo mantello, addolciscono, invece, i suoi ultimi giorni di vita.

La legge sulle cure palliative è, dunque, improntata al riconoscimento della dignità dell'uomo anche nel finire dei suoi giorni. Tuttavia è a dirsi che “le cure palliative possono senz'altro rappresentare il fronte avanzato per la messa in atto di una vera e propria rivoluzione rispetto all'etica medica tradizionale ed essere il contesto nel quale molto si può fare perché sia preservata, il più possibile la dignità, alla fine della vita, ma solo alla condizione di coniugare l'impegno per il sollievo della sofferenza con il riconoscimento del ruolo imprescindibile della valutazione del malato, il quale va considerato unico legittimo giudice della sua sofferenza e della qualità della sua vita. Se, diversamente, si risolvono in interventi assistenziali posti in essere con la convinzione -

o forse, meglio, con la presunzione - che la sofferenza abbia connotati oggettivi che l'operatore sanitario è sempre perfettamente in grado di decifrare, decidendone, quindi, anche la quantità, la qualità e il grado di tollerabilità, le cure palliative non vanno esenti da un grosso rischio, il rischio di rappresentare l'ultimo baluardo di quel paternalismo beneficialistico di cui dovrebbero segnare il definitivo tramonto".<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> P. Borsellino, *op. cit.* pag. 364.

### **1.1.3. L'eutanasia: sovranità dell'uomo sul suo corpo.**

Il termine Eutanasia deriva dal greco *eu- thanatos* “morte dolce, felice”. Vocabolo polisemico, nonché vago secondo l’accezione sopra analizzata, nel corso degli anni è stato adoperato per indicare situazioni piuttosto diversificate. La definizione che si ritiene più appropriata è quella che circoscrive il significato di eutanasia “agli atti posti in essere intenzionalmente da un medico, per porre fine alla vita di un individuo che ne ha fatto esplicita, inequivoca e ripetuta richiesta, con lo scopo di liberarlo dalla sofferenza psichica derivante da una malattia inguaribile, e dall’individuo stessa avvertita come insopportabile. Sulla base di questa definizione, si può quindi parlare di eutanasia quando si è in presenza di un’azione con cui un medico intende raggiungere lo specifico e diretto fine di provocare la morte di un soggetto affetto da una malattia inguaribile, ovvero che versa in una situazione irrimediabilmente invalidante, assecondandone le volontà, per liberarlo dalla sofferenza”<sup>55</sup>

---

55 P. Borsellino, *op. cit.* pag. 318; E. Lecaldano, *Eutanasia*, in ID. *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma – Bari, 2002; R. Barcaro, *Eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Franco Angeli, Milano, 1998; G. Giusti, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, CEDAM, Padova, 1982; D. Neri, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Laterza, Roma – Bari, 1995

In particolare le accezioni più diffuse di eutanasia riguardano il ricorso della pratica della “morte dolce” in contesti e con finalità tra loro differenti. È questo il caso dell'eutanasia pietosa o altruistica praticata per alleviare le sofferenze di chi, affetto da malattia dolorosa ed inguaribile, è prossimo alla fine; l'eutanasia solidaristica, effettuato per salvare altri, per l'appunto con scopo solidaristico, ad esempio mediante il trapianto di organi appartenenti alla persona sacrificata; l'eutanasia sperimentale, utilizzata con finalità di sperimentazione scientifica; l'eutanasia terapeutica, quando l'impiego o l'omissione di mezzi terapeutici è volto a determinare la morte del paziente in stato di grave patologia l'eutanasia economica, rivolta ai malati incurabili, agli invalidi ed agli anziani, la cui fine indolore alleggerisce la società del peso di persone non più produttive; l'eutanasia criminale indirizzata alle persone socialmente pericolose.<sup>56</sup>

In ordine alle modalità attraverso le quali possono essere realizzate le varie forme di eutanasia è possibile distinguere tra forme attive, cioè quelle che implicano un intervento diretto sul corpo del malato volto a

---

<sup>56</sup> S. Rostagno, *La morte elemento della vita*, in Coltorti (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, Napoli, 2004

sopprimere la vita, e forme passive consistenti in omissioni dalle quali deriva la morte del paziente, nella medesima categoria, possono essere ascritti anche gli interventi di interruzione dei trattamenti medici. Ulteriormente è possibile distinguere tra le ipotesi in cui vi è il consenso del malato ed ipotesi in cui, invece, non è presente alcuna specifica dichiarazione in tal senso da parte del paziente.

Non può, invece, essere considerata eutanasia la mera somministrazione di farmaci antidolorifici volti a controllare il dolore conseguente ad un processo patologico in grado di portare alla morte del paziente. In tale ottica, quindi, non si pone nemmeno un conflitto con gli aspetti religiosi collegati al tema dell'eutanasia, in quanto la terapia del dolore non si pone in contrasto con i principi del mondo cattolico, nella misura in cui tali scelte non agevolino il realizzarsi dell'evento morte<sup>57</sup>.

Orbene, di fronte alla pluralità di significati e di accezioni che sono sottesi al termine eutanasia, è opportuno considerare la finalità a cui tende una tale scelta. Infatti la legittimazione dell'eutanasia può essere tratta o dalla compassione verso il malato o dalla pietà verso il corpo

---

57 M.Aramini, *Eutanasia. Spunti per un dibattito*, Ancora collana Focus, 2006

del malato e verso la dignità dello stesso. In particolare da un lato si valorizza la possibilità del paziente di esprimere la sua volontà e, quindi, pone l'accento sul contributo fornitogli per attenuare le sofferenze, dall'altro, invece, ci si riferisce a tutte quelle ipotesi in cui il malato non può esprimere la sua volontà e, quindi, l'intervento è dettato dal senso di pietà verso le sue sofferenze e verso la sua condizione.

Il rapporto tra significante e significato in tale ambito non può considerarsi questione secondaria, laddove si consideri che la stessa parola eutanasia rappresenta già in sé una valutazione positiva al fenomeno in questione. Infatti il prefisso “*eu*” rinvia direttamente ad un'accezione positiva, laddove permette di tradurre l'espressione come “buona morte”. In tal senso, quindi, la fine del dolore attraverso un intervento più o meno diretto sul malato in grado di provocare o agevolare la morte dello stesso sarebbe *in re ipsa* già considerato positivamente. Va rilevato, però, che il senso sotteso all'espressione greca non è quello che poi ha assunto nel linguaggio moderno, in quanto nel mondo antico con tale espressione non si faceva riferimento alla fine delle sofferenze del malato, ma alla morte serena o eroica. Non bisogna, infatti, trascurare che per il mondo antico la malattia e la

disabilità erano considerate con profondo sfavore e non erano motivo di pietà. La società considerava un limite ed un peso per l'intera collettività la presenza di soggetti malati. Di conseguenza la soppressione del malato o del disabile era finalizzata al miglioramento della società, la quale non tollerava la diversità o comunque la considerava un limite. Le pratiche assimilabili all'eutanasia, quindi, non erano poste in essere con l'obiettivo di alleviare le sofferenze, ma avevano finalità eugenetiche e di tutela della società dalla malattia. Tale impostazione concettuale è tipica di tutte le società che pongono l'individuo al di sotto degli interessi della collettività e non è, quindi, un caso che tale linea di pensiero si riscontri anche nelle scelte eugenetiche del regime nazista. Infatti solo con l'avvento della società moderna, più capace di valorizzare il singolo individuo quale portatore di diritti inalienabili che prescindono dal riconoscimento statale, si è affermata l'idea per cui l'eutanasia abbia una finalità di tutela del malato e non di tutela della società dal malato.

E' proprio tale chiave di lettura che impone di considerare il tema al di fuori della mera regolazione del fenomeno in chiave di diritto civile o penale, in quanto non si può ritenere soddisfacente qualsiasi scelta che



prescinda da una valutazione più ampia in ordine ai diritti fondamentali delle persone. Il tema, infatti, riguarda sia il diritto a disporre del proprio corpo, fino all'ipotesi estrema della scelta di morire, sia il diritto alla libertà di coscienza. Di conseguenza l'eutanasia più che sul fronte del diritto civile o penale trova la sua collocazione nell'ambito del diritto costituzionale e della filosofia del diritto.

In particolar, per ciò che in questa sede più rileva, è interessante analizzare la problematica proprio relativa al diritto di "disposizione" del proprio corpo. Tale diritto evoca il concetto di "sovranità" attraverso "una prassi, ormai radicata, con cui il giurista che si occupa di questi temi si ritrova ad attingere termini dal lessico politico giuridico della modernità, certo di poter ritrovare da lì la soluzione possibile per la rappresentazione del rapporto tra lo statuto della corporeità e e di diritti della persona"<sup>58</sup>. Il paziente è sovrano del proprio corpo, il consenso informato è, per l'appunto, un atto di imperio con cui viene manifestata tale sovranità. E se il principio di sovranità nasce e si sviluppa in riferimento alle libertà civili e politiche, esso viene poi ampliato nel settore della bioetica in quanto tali libertà biomediche sono estensioni

---

58 V. Marzocco, *Dominium sui*, op. cit. pag 124.

delle prima, in una ottica di “progressiva colonizzazione di quei nuovi territori che la Rivoluzione biomedica ha reso disponibili al potere umano”<sup>59</sup> di certo non è un caso che la il termine “autodeterminazione” è sorto proprio all’interno della Rivoluzione Francese e Americana della seconda metà del XVIII secolo, nella accezione gius-internazionalistica di autodeterminazione dei popoli. <sup>60</sup> Passata da indicare *in primis* un concetto riferibile alla collettività, e in seguito, dunque, un concetto riferibile anche all’individuo, per quanto meglio si esporrà in seguito, è a dirsi che “in senso lato, il concetto politico-giuridico di sovranità serve a indicare il potere di comando in ultima istanza in una società politica e, conseguentemente, a differenziare questa da altre associazioni umane, nella cui organizzazione non vi è un tale potere supremo, esclusivo e non derivato. Pertanto tale concetto è strettamente collegato a quello di potere politico: infatti, del potere, la sovranità vuole essere una razionalizzazione giuridica, nel senso di trasformare la forza in potere politico, il potere di fatto in potere di diritto”<sup>61</sup>.

---

59 L.Mingardo , *op.cit.* cit. pag. 82.

60 A. Ruiz, voce *Autodeterminazione dei popoli* (diritto alla), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988; D. Quaglioni, *La sovranità*, Laterza, Roma – Bari, 2004; N. Matteucci, *Sovranità*, in *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983; G. Marramao, *Sovranità*, in *Lessico della politica*, Edizioni Lavoro, Roma, 1987

61 N.Matteucci, *Sovranità*, pag. 1102.

L'esercizio della sovranità della persona su di sé può intendersi come “una risposta che la riflessione giuridica ha indicato, anche e soprattutto grazie all'ausilio degli argomenti di rango costituzionale che si sono nel tempo tratti in special modo dall'articolo 32 Cost. co.2, per dire giuridicamente il grado di una dimensione dell'appartenenza non riconducibile alla categoria domenicale”<sup>62</sup>. Il riferimento iniziale per un percorso che porta alla elaborazione del concetto di “*dominium sui*” prende le mosse dal liberalismo lockiano, su cui poggia l'odierna bioetica *libertarians*. Locke, per l'appunto, sancisce la proprietà di sé come primo dei diritti individuali e fonte di ogni altro diritto<sup>63</sup>. interessante, a tal proposito, è la riflessione di Engelhardt, il quale utilizzando in senso stretto il concetto lockiano di “proprietà della propria persona” giustifica l'autorità decisionale dei figli nelle ipotesi di dilemmi riguardanti i medesimi. Secondo tale autore, infatti, i genitori sarebbero proprietari del prodotto del loro concepimento fino a questo non acquista la capacità deliberante e dunque la capacità di agire. L'autore, giustifica tale pensiero richiamandosi il pensiero di Locke, in chiave hegeliana, secondo il quale il lavoro rende oggetto di proprietà

---

62 V.Marzocco, *op.cit.*, pag.178.

63 J. Locke, *Saggio sul governo civile*, in *Trattato sul governo*, Editori Riuniti, 2006.

del “ produttore” ciò che viene prodotto<sup>64</sup>. Tra il XIX e il XX secolo, si assiste ad una circoscrizione, da parte della giurisprudenza, del diritto sul corpo quale “oggetto giuridico nuovo”<sup>65</sup>. In questo periodo, nell’orizzonte giuridico italiano, autori quali Ferri, Ravà e Carnelutti hanno ampiamente discusso il problema dell’appartenenza del corpo. L’espressione “demanio privato” di Carnelutti evoca l’idea per la quale la proprietà sul proprio Io sarebbe costituito “per ciascuno, da quel corpo, che sta allo spirito “come al corpo la casa”. Il corpo vivente inteso come “res” secondo Paolo Zatti troverebbe la sua prima “celebrazione” nell’espressione “ *Hoc est corpus meum, Touto estì tò soma mou*” detta da Gesù di Nazareth nella sua ultima cena<sup>67</sup>. Secondo Zatti “in questa chiave colpisce la corporeità del linguaggio con cui è consegnata al proprio corpo la presenza del sé”<sup>68</sup>. L’appartenenza – il proprio corpo - e l’identità - il sé medesimo di Cristo veicolato attraverso il pane - termini nodali su cui discutere in merito al problema

---

64 H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1999, pag. 276; cfr. R. Di Canio, *Alla disperata ricerca della certezza. Criteri etici di orientamento nelle terapie intensive neonatali*, Franco Angeli, Milano, 2011

65 S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo” giuridificato”* in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4 , 1994, pag. 489.

66 F. Carnelutti, *Diritto e processo*, in F. Carnelutti (diretto da) *Trattato del processo civile*, Napoli, Morano, 1956.

67 Paolo, I Corinti, 11: 24; Luca, XXII, 19; Marco, XIV, 22; Matteo, XVI, 26.

68 P.Zatti, *Maschere della vita*, pag. 56.

del corpo, vengono nella nostra cultura esplorati a partire dall'aspetto esperienziale, percettivo. Husserl nella distinzione tra *Körper* e *Leib* afferma "Nella sfera di ciò che mi appartiene...io trovo il mio proprio corpo che si distingue da tutti gli altri per una particolarità unica: è il solo corpo che non è soltanto un corpo ma il mio corpo; il solo corpo, all'interno dello stato astratto ritagliato da me nel mondo al quale, conformemente all'esperienza, io coordino, in modi diversi, campi di sensazione; è il solo corpo di cui dispongo in modo immediato come dispongo dei suoi organi; io direttamente governo e impero, dominando singolarmente in ciascuno dei suoi organi"<sup>69</sup>.

La succitata distinzione husserliana diventa più chiara nell'interpretazione che ne dà il fenomenologo genetico Merleau-Ponty, il quale si sforza di rendere l'espressione tedesca *Leib* e la differenziazione fenomenologica tra questo, che è il corpo animato di un essere vivente, e il *Körper*, ossia il corpo in quanto oggetto della considerazione fisico-naturalistica. "Il corpo non è un oggetto. Sia che si tratti del mio corpo, che (del corpo di) di un altro, non ho altro modo di conoscere il corpo umano che viverlo, cioè assumere sul mio conto il

---

69 Husserl, *Cartesianische meditationem und pariser vortrage*, Haag, Nihoff, 1950 par. 44, p. 128.

dramma che mi attraversa e confondermi con esso”<sup>70</sup>. Evidenziando questa duplice dimensione del corpo, non ci può che allontanare, in questa prospettiva, da quel paradigma proprietario che ben si conforma, invece, ad una corporeità oggettivata. Con l’espressione “l’uomo non può disporre di se stesso perché non è una cosa: egli non è una proprietà di se stesso perché ciò sarebbe contraddittorio”<sup>71</sup>, Kant si fa promotore della concezione dell’uomo quale individuo giuridico dotato di ragione e volontà e allontana il corpo dal concetto di *res*. Nonostante, dunque, molti autori continuino a ricostruire il potere di disposizione del proprio corpo in termini di “diritto positivo pieno e totale sui beni cui si riferisce”<sup>72</sup> e quindi in termini di “proprietà”, “all’inizio del Novecento, in percorso affascinante di riflessione e di progressiva destituzione del paradigma proprietario, (...) dalla reiezione di un’ipotesi di proprietà del corpo e di sé – che si riconnetteva ad un percorso tutto moderno, inestricabilmente congiunto alla fisionomia stessa dei diritti individuali - (...) la scienza giuridica si era ritrovata ad esplorare con sempre maggiore finezza d’indagine un’area altra di declinazione

---

70 Merleau-Ponty, *Phenomenologie della perception*, Paris, Gallimard, 1976, pag. 231.

71 I. Kant, *Eine Vorlesung kants uber etihik*, P.Menzer (a cura di), Pan verlag rolf heise, Berlin, 1924, tr.it. a cura di A. Guerra, *Lezioni di etica*, Laterza, Roma – Bari, 1984.

72 M. M. Marzano, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 1999, pag. 549.

dell'appartenenza, proiettata sull'essere e non sull'avere. Lo scenario che sembrerebbe delineato dalla primazia dei principi dell'autodeterminazione e del consenso appare così compiutamente radicato nella prospettiva di una rilevanza giuridica ineliminabile del corpo, che appartiene alla persona, ma nella misura in cui esso è rappresentazione e dice dei bisogni della sua esistenza<sup>73</sup>.

Tra i filosofi moderni, il primo a riconoscere nell'eutanasia un compito proprio del medico è stato Bacone, il quale ha ritenuto che compito precipuo del medico è di alleviare il dolore nell'imminenza della morte<sup>74</sup>. Voltaire ha definito l'uomo "l'animale che sa di dover morire" e Schopenhauer, rifacendosi a questa espressione, ha ritenuto che la differenza peculiare tra l'uomo e gli altri animali, ossia la razionalità, si misura dalla sua capacità di "prendere con la massima calma le opportune disposizioni riguardo alla sua morte"<sup>75</sup>. Il filosofo morale Hans Kung, che ha dedicato un saggio all'eutanasia, ha ben indicato la differenza tra l'eutanasia "cattiva" in quanto imposta per costrizione e quella "buona" in quanto alleviante le sofferenze del malato. Secondo

---

73 V. Marzocco, *op.cit.*, pag 169.

74 F. Bacone, *op. cit.*

75 A. Schuopenauer, *La volontà del volere umano*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Kung,<sup>76</sup> a tal proposito, nessuna autorità statale ha il diritto di imporre pratiche mediche che siano volte a una selezione razzistica della popolazione. Il precedente nazista, e cioè l'eutanasia di massa attuata in Germania in speciali "istituti di morte" tra il 1939 e 1941 e che portò alla uccisione di 60000 persone la cui vita era ritenuta "senza valore" dai medici, è troppo eloquente perché vi possano essere dubbi in merito. Dall'altro canto, è senz'altro lecita l'eutanasia volta a rendere "buona" a morte del paziente sofferente; il medico - sul solco della concezione platonica - ippocratica di medico umano terapeuta - ha il dovere precipuo di alleviare le sofferenze del malato. Per l'appunto, secondo l'autore, nessuna retorica del dolore affrontato stoicamente<sup>77</sup>, può trattenere il medico dall'uso di strumenti o sostanze che possano attenuare o eliminare la consapevolezza del medesimo. Aristotele, in chiave moderna di valore della dignità umana, già aveva affermato che ciò che conta non è vivere ma vivere bene.

Indubitabile è la capacità evocativa di espressioni come "dal corpo del malato al cuore della politica" in grado di mostrare come soltanto

---

<sup>76</sup> Hans Kung, *Della dignità del morire*, Rizzoli, Milano, 2010.

<sup>77</sup> F.Pessoa, L. Stegagno Picchio, *L'educazione dello stoico, testo originale a fronte*, Einaudi, Torino, 2005.



confrontandosi sul terreno della realtà è possibile sviluppare l'analisi dei temi generali. Infatti le stesse differenze tra le varie forme di eutanasia, a cui si è fatto riferimento prima, trovano il loro fondamento in casi concreti.

Di conseguenza quando ci si riferisce all'eutanasia attiva si fa riferimento alla fattispecie concreta in cui un soggetto pone in essere una condotta attiva con la quale si provoca la morte del paziente. In pratica ci si riferisce ai casi in cui la morte è conseguenza dell'azione posta in essere.

Si tratta di ipotesi chiaramente e facilmente assimilabili all'omicidio, laddove sono perfettamente sussumibili nel dettato dell'art 575 c.p., in quanto da un lato c'è la volontà dell'azione e dall'altro un rapporto eziologico tra l'evento e l'azione. La differenza delle motivazioni non ha alcun rilievo all'interno del nostro ordinamento, laddove si consideri che il reato di omicidio è a dolo generico. Secondo Kung "è falso che ogni forma di eutanasia attiva sia di per sé un "omicidio", come se essa non fosse un atto volontario, un atto di pietà liberamente chiesto dal paziente, bensì un atto di violenza impostogli contro la sua volontà.(...).

Mi riferisco qui esclusivamente a casi di uomini che (vecchi o giovani che siano) si trovano alla fine della loro vita e vanno inesorabilmente incontro alla morte (per esempio per un tumore non operabile o per l'Aids all'ultimo stadio). È lecito a questi uomini, giunti a questo stadio della loro vita, decidere di essa? Esiste un diritto - anche cristianamente responsabile - all'autodeterminazione nel morire come nel vivere? Si può chiedere al medico anche un'eutanasia attiva? È lecito per il medico praticarla?"<sup>78</sup>

Più complessa è la valutazione in ordine alla c.d. eutanasia passiva.

Secondo la migliore dottrina in materia, la qualifica di "eutanasia passiva" è usata in relazione a due ipotesi e cioè la sospensione di un sostegno artificiale già attivato, che tiene in vita il paziente, e la somministrazione di farmaci antidolorifici il cui effetto collaterale può essere quello di anticipare la morte, la cui illiceità viene esclusa sulla base dell'argomento che trattasi di comportamenti tenuti in adempimento di doveri imposti da norme giuridiche e deontologiche.<sup>79</sup>

È evidente questa forma di eutanasia soprattutto in casi di pazienti in

---

<sup>78</sup> H.Kung, pp 54-58.

<sup>79</sup> F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica* in C. M. Mazzoni, (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998, pag. 251

stato vegetativo permanente<sup>80</sup> costrutti all'alimentazione e all'idratazione artificiale. In queste fattispecie il medico si trova di fronte ad un problema di interrompere e quindi omettere una somministrazione e non di somministrare un farmaco letale. Ed allora, "l'estensione alla sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale della nozione di eutanasia presuppone un'adozione di un significato così ampio di "eutanasia" da ricomprendervi tutte le decisioni cliniche che influenzano il momento della morte, attraverso l'attuazione di forme di desistenza terapeutica, le quali trovano, peraltro, giustificazione in principi etici, deontologici, e giuridici presenti nel nostro contesto normativo di riferimento. Attraverso l'ampliamento della denotazione di "eutanasia", si cerca di ridimensionare la portata di quei principi e di riproporre come criterio orientatore fondamentale dell'azione medica il principio di sacralità, o forse meglio, di indisponibilità della vita. Ma di fronte, a una medicina tecnologica, capace di controllare il processo del morire, la

---

<sup>80</sup> Si definisce stato vegetativo, secondo il rapporto della task force, un quadro clinico caratterizzato da: "nessun indizio di consapevolezza di sé e dell'ambiente e della capacità di interagire con gli altri; nessuna risposta comportamentale riproducibile, finalistica o volontaria a stimoli visivi, uditivi, tattili o dolorifici; nessun indizio di comprensione di linguaggio altrui; presenza di un ciclo intermittente di sonno-veglia; conservazione sufficiente delle funzioni dell'ipotalamo e del tronco encefalico tale da permettere la sopravvivenza con semplici cure mediche e assistenza infermieristica; incontinenza urinaria e fecale; conservazione almeno parziale dei riflessi cranici; in *The Multi-Society Task Force on PVS* (1994)

rivendicazione di quel principio e la connessa difesa della vita fino alla sua “conclusione naturale” occultano proprio il fatto della dipendenza (nella maggior parte dei casi, e senz’altro nel caso dei malati in stato vegetativo) della sopravvivenza, così come della morte, da decisioni mediche: decisioni che, in forza dei principi e delle regole che disciplinano la prassi medica non possono, però, essere più rimesse alla discrezionalità esclusiva dei curanti”<sup>81</sup>

Maggiormente problematica è anche la valutazione, in ordine all’eutanasia passiva, circa la configurazione della responsabilità del medico in relazione ad essa. Infatti, se è vero che l’imputazione per omicidio può derivare anche da un comportamento omissivo, è anche vero che è assolutamente più difficile verificare quando le condotte omissive siano in realtà cause o concause dell’evento morte. Tuttavia anche in questa ipotesi non paiono esistere margini per poter evitare una responsabilità penale. In pratica l’azione o l’omissione diretta a procurare la morte dell’individuo non può che essere considerata alla stregua di un omicidio.

---

81 P. Borsellino, *op.cit.*, cit. pag, 300.

L'unica ipotesi che pare potersi sottrarre a tale regime sanzionatorio è rappresentata dall'eutanasia c.d. indiretta, cioè quella in cui l'evento morte non dipende da alcun comportamento attivo o passivo del soggetto. Si tratta, quindi, dei casi in cui ci si limita a somministrare farmaci per attenuare le sofferenze connesse allo svilupparsi del processo patologico che porterà alla morte del paziente. In particolare ci si riferisce ai casi in cui il paziente decide di interrompere un trattamento sanitario, andando incontro alla morte, con l'unica garanzia di vedersi somministrare quei farmaci in grado di attenuare le sofferenze fisiche derivanti dalla sua scelta.

E' ovvio che una tale opzione è nell'esclusiva disponibilità di chi può manifestare la sua volontà, rinviando, quindi, alla contrapposizione tra eutanasia c.d. volontaria ed eutanasia c.d. involontaria.<sup>82</sup> Si tratta anche in questo caso di una contrapposizione ricca di complessi temi di analisi, in quanto colloca lo stesso fenomeno su due piani profondamente diversi. Da un lato, infatti, il paziente può scegliere e determinarsi, risultando, quindi, obbligatorio confrontarsi con il diritto del malato di scegliere per la sua stessa vita, dall'altro, invece, si pone il

---

82 G. Salito, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, pag. 196 ss.

più spinoso problema della possibilità di individuare un soggetto in grado di esprimere una volontà che al massimo può essere presunta, un'ipotesi nella quale trovare una legittimazione della scelta è ancora più difficile, laddove, in alcuni casi, non è possibile nemmeno parlare di necessità di porre fine alle sofferenze fisiche del malato.

Il problema, peraltro, appare particolarmente complesso perché si rischia di non poter utilizzare le medesime argomentazioni per entrambe le ipotesi. Infatti se nel caso dell'eutanasia volontaria è possibile parlare della necessità di tutelare il diritto all'autodeterminazione del soggetto, nel caso dell'eutanasia involontaria si rischia di cadere nell'eterodeterminazione.

Di conseguenza appare necessario distinguere le ipotesi in cui la volontà è espressa chiaramente ed i casi in cui la volontà viene desunta da comportamenti tenuti dal malato prima che perdesse la possibilità di esprimersi. Si tratta di una valutazione che richiede un'analisi approfondita della vita del paziente e delle sue convinzioni. Tuttavia è ovvio che tale impostazione non risulti pienamente appagante allorché si valuti da un lato che tale interpretazione è complessa e comunque

opinabile dall'altro che non ha l'attitudine a sostituirsi alla volontà attuale e consapevole del soggetto.

Alle ipotesi sin qui valutate, va aggiunta anche la c.d. eutanasia autonoma, cioè quel comportamento, attivo o omissivo, del paziente idoneo a provocargli la morte. Si tratta di una situazione piuttosto a limite con quella del suicidio, che pone comunque forti interrogativi in ordine alla corretta interpretazione delle condotte di chi aiuti, collabori o comunque assista chi ha scelto di porre fine alla sua vita.

È a dirsi che da un punto di vista normativo “in base ad una certa interpretazione dell’art.32 Cost. e di alcune disposizioni del codice penale italiano ( artt.40ss., 579 c.p.) o contenute in altri documenti legislativi, come del resto accade i molti altri ordinamenti giuridici occidentali, l’attuale giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione e costituzionale, ritiene nell’ordinamento giuridico italiano lecito il rifiuto di un paziente adulto, capace di intendere e di volere e informato dei fatti rilevanti, di iniziare o continuare terapie salva-vita; lecita la sospensione dell’idratazione e alimentazione artificiale su un paziente adulto, caduto in stato vegetativo persistente per un tempo

sufficientemente lungo, qualora queste fossero le sue volontà, lasciate per iscritto o chiaramente manifestate in precedenza (come nel Caso Englaro); nonché lecita l'omessa somministrazione o la sospensione, su richiesta esplicita di un paziente adulto, capace di intendere e di volere e informato sui dei fatti rilevanti, di un trattamento sanitario, come la ventilazione artificiale, che non ha finalità strettamente curative, ma ne assicura il mantenimento in vita ( come nel caso Welby).<sup>83</sup>

La fluidità e la vaghezza del termine “eutanasia” ad oggi, come evidenziato, ancora utilizzato come contenitore di concetti tra loro anche molto differenti rende allo stato dell'arte, il confine tra lecito e illecito e moralmente e giuridicamente estremamente labile. Ed allora, *sic stantibus rebus*, “ci si può limitare a richiamare l'attenzione sull'opportunità di una riflessione che superi le remore e i pregiudizi che ancora ostacolano la riconduzione delle decisioni eutanatistiche alla più generale categoria delle decisioni di fine-vita finalizzate al sollievo della sofferenza. Tale riflessione dovrà accertare se sia davvero possibile tracciare un netto confine tra le decisioni eutanatistiche, da considerarsi moralmente, ancor prima che giuridicamente, illegittime, e

---

83 G. Maniaci, *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, n.40 , giugno 2013, Il Mulino.



le altre decisioni di fine-vita, esenti da connotazioni morali e giuridiche negative, valutando la solidità e la tenuta dei criteri sulla base dei quali il confine è stato tracciato. Tra i criteri da sottoporre ad accurata analisi vi sarà quello offerto dalla distinzione tra effetto mortale voluto (sempre illecito) ed effetto mortale previsto ma non voluto (talora lecito), utilizzata per affermare la differenza, sotto il profilo morale, dell'eutanasia e del suicidio assistito rispetto, ad esempio, alla somministrazione di farmaci antidolorifici suscettibili di accelerare la morte. Vi sarà, inoltre, la distinzione tra comportamenti attivi volti a procurare la morte (sempre illeciti) e omissioni di interventi (talora lecite), ritenuta idonea a porre le decisioni di non intraprendere, o di sospendere, terapie salvavita rifiutate dal paziente al riparo dalla diffusa valutazione negativa delle decisioni eutanastiche<sup>84</sup>

---

84 P.Borsellino, *op.cit.*, cit pag 110.

## **1.2. La libertà di coscienza: approdo di un percorso giusliberale.**

Il principio secondo il quale ogni individuo ha il diritto di decidere, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento, come vivere la propria vita trova il proprio riconoscimento nella Carta Costituzionale. L'analisi del medesimo è propedeutica all'esame del diritto dell'autodeterminazione pietra miliare su cui si regge l'intero discorso sulle DAT.

L'art. 19 della nostra Carta Fondamentale ha un collegamento strettissimo con il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero in riferimento alla propria vita. In particolare si potrebbe dire che ne rappresenta una forma di declinazione, attingendo entrambi al più ampio dettato dell'art. 2 Cost..

Di talchè individuare i limiti entro i quali anche l'art. 21 Cost. può operare è utile per comprendere il complessivo ambito di operatività dell'art. 19 Cost.

La nostra Carta Fondamentale riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione. Si tratta di un diritto fondamentale ed assolutamente inviolabile che

ovviamente può essere disciplinato nelle sue modalità di esercizio senza con ciò aversi una sua lesione<sup>85</sup>. Di conseguenza la Corte Costituzionale è intervenuta spesso per chiarire i limiti di detto diritto che traggono la loro fonte o dalla Costituzione stessa o dalla legge il cui compito è armonizzare la libertà di espressione con la realtà. Infatti *“la previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero, in effetti, non integra una tutela incondizionata ed illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall'esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione (ad esempio sentenza n. 86 del 1974), nonché dall'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema (sentenze nn. 19 del 1962, 87 del 1966, 84 del 1969, 65 del 1970)”*<sup>86</sup>. D'altra parte lo stesso concetto di diritto postula l'esistenza di un limite e, quindi, il Legislatore ha il compito di individuare le modalità di esercizio affinché non vengano lesi altri diritti di natura costituzionale,

---

85 Cfr. ex plurimis, sent. 106 del 1974 Corte Cost. in *italgiure.it*

86 *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30-31 marzo 2006* disponibile [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

ma allo stesso tempo non vengano introdotti ostacoli tali da rendere impraticabile la libera manifestazione del pensiero. “Lasciare gli uomini a se stessi è sempre meglio che controllarli(...). L’unica libertà degna di questo nome è quella di perseguire il proprio bene a proprio modo, fino a che non cerchiamo di privare gli altri della loro o di ostacolare i loro sforzi per ottenerla”<sup>87</sup>. Mill esprime icasticamente la concezione per la quale la libertà che va ad interferire con la sfera privata di altri soggetti è da considerarsi illegittima. I principi di libertà ed in primis quello di coscienza, come declinato nella nostra Costituzione, traggono origine , nel mondo filosofico, dal pensiero liberale. La tradizione del pensiero liberale è rintracciabile in Occidente almeno sin dal Seicento, con le elaborazioni di Locke e con lo sviluppo della dottrina giusnaturalista. La medesima, rivendica la limitazione dei poteri dello Stato in nome di diritti individuali naturali e inalienabili di cui è titolare ogni essere umano<sup>88</sup>. Principio guida del pensiero liberale è il cosiddetto “ principio di Humboldt”<sup>89</sup> , che afferma che il fine ultimo della società deve essere la tutela dell’individualità. Su questo solco il politologo Giovanni

---

87 J. S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, 2009

88 Hobbes, *Libertà e necessità* , a cura di Andrea Longega, Bompiani, 2000.

89 Humboldt, *Idee per un saggio sui limiti dell’attività dello Stato*, 1972.

Sartori ha avuto modo di sostenere che la libertà politica si applica al rapporto cittadini - stato considerato dal punto di vista dei cittadini. Ciò implica che la libertà politica presuppone, oltre che la titolarità di diritti, anche il rispetto di doveri, ossia l'obbedienza alle catene artificiali di hobbesiana memoria che sono le leggi civili. La libertà come declinata nella Carta Costituzionale, non è libertà dallo stato, dalla comunità, dal gruppo, ma libertà nello Stato, nella collettività. Secondo Hegel "Nello Stato la libertà è realizzata oggettivamente e positivamente (...). La libertà è concepita solo negativamente, quando la si immagina come se il soggetto limitasse rispetto agli altri la sua libertà, in modo che questa limitazione collettiva, il vicendevole impacciarsi di tutti, lasciasse a ciascuno il piccolo posto in cui potersi muoversi. Sono piuttosto il diritto, la morale, lo Stato, e solo essi, la positiva realtà e soddisfazione della libertà"<sup>90</sup>. All'interno della concezione hegeliana la vera libertà si realizza solo nello Stato, il quale è anche, conseguentemente, portatore di un valore etico – è Stato etico volto alla realizzazione della libertà - in quanto al suo interno l'egoismo particolare del singolo consociato viene superato attraverso la realizzazione di una volontà universale,

---

<sup>90</sup> Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Laterza Roma-Bari, 2010, 320.

l'unità tra libertà soggettiva e ordine oggettivo. Benjamin Constant indica la libertà individuale come il principio politico fondamentale “per libertà intendo il trionfo dell'individualità sia sull'autorità che vorrebbe governare con il dispotismo, sia sulle masse che reclamano il diritto di asservire la minoranza alla maggioranza”<sup>91</sup> per Constant la libertà viene declinata in modo diametralmente opposto dalla civiltà moderna, rispetto alla civiltà classica. Infatti, mentre la civiltà classica aveva espresso un concetto di libertà rappresentato dall'esercizio collettivo ma diretto di molti dei privilegi spettanti alla sovranità, per i moderni la libertà significa essere soggetti alle sole leggi, poter esprimere il proprio pensiero, disporre della proprietà, esercitare arti e commerci.

È l'avvento dei regimi costituzionali, basati sul riconoscimento dei diritti civili e politici e sulla responsabilità dei governi – governi etici - dinanzi alla società di cui sono diretta espressione, a modificare il tipo di minaccia alla minaccia della libertà individuale: la minaccia alla libertà viene ad essere costituita, nelle società moderne, non tanto dallo Stato quanto dalla società medesima. Il francese Alexis de Toqueville

---

91 B.Constant, *La libertà degli antichi comparata a quella dei moderni*, Einaudi, 2005

ben individua, tra i primi, il rischio insito nelle società democratiche, della “tirannia della maggioranza” : “il pubblico gode presso i popoli democratici di un singolare potere, di cui i paesi aristocratici non potevano neppure farsi un’idea: non fa valere la propria opinione attraverso la persuasione, ma la impone e la fa penetrare negli animi attraverso una gigantesca pressione dello spirito di tutti sull’intelligenza di ciascuno”<sup>92</sup>. In una società, come quella ben delineata da Toqueville, in cui la libertà può essere repressa dalla maggioranza che, così facendo, prenderebbe il posto del vecchio Stato sovrano, è necessario riconoscere il valore e quindi la tutela del conflitto e dunque del dissenso. In questo solco, è illuminante il pensiero di Mill, secondo il quale la democrazia autentica richiede, *in primis*, un’educazione civile e politica del cittadino, il quale deve imparare a considerare il dissenso e quindi non l’unanimità il vero valore democratico. Agli occhi di Mill il bene supremo è la molteplicità delle diversità : “la natura umana non è una macchina da costruire secondo un modello e da far funzionare esattamente per compiere il lavoro prescritto, ma un albero che ha bisogno di crescere e svilupparsi in ogni direzione, secondo le tendenze

---

92 A. de Toqueville, *La democrazia in America*, BUR, Rizzoli, 1999

delle forze interiori che la rendono una creatura vivente”<sup>93</sup>. L’autentica forma di libertà proposta da Mill, appare ardua da realizzare. Le differenze inquietano, le uniformità tranquillizzano e sgravano da responsabilità. Ma al di là di tali considerazioni volte a far emergere l’importanza (nonostante la difficile realizzazione) del dissenso, vi è chi a monte imputa la carenza di un pluralismo democratico alla carenza o inesatta informazione dei dati sensoriali. Secondo il filosofo Michelangelo Bovero che si interroga sulla reale portata della autonomia della nostra autonomia sociale e politica, rappresenta una minaccia “non tanto il potere che condiziona l’agire, impedendo e costringendo, vietando e obbligando, quanto il potere che condiziona la volontà, fornendo informazioni parziali o deformate, presentando problemi in termini distorti, non presentando altri problemi, altrettanto o più rilevanti, suggerendo criteri di giudizio inadeguato in qualche modo truccati; insomma, facendoci inforcare occhiali deformanti che ci impediscono di vedere correttamente la realtà, di giudicare ponderatamente, di decidere con la nostra testa, in una parola, di volere autonomamente. E, cioè, di essere capaci di essere liberi”<sup>94</sup>.

---

93 J.S. Mill, op.cit.

94 M.Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-



In un'ottica incentrata sull'individualismo, sulla bontà delle diversità e della loro conseguente necessaria tutela, la società deve riprovare e punire quei comportamenti che ledono interessi e diritti altrui, ma non può punire quei comportamenti che benché antisociali non danneggiano alcuno in modo diretto e violando solo i doveri di ciascuno verso se medesimo, sono lasciati alla libera sovranità del singolo.

Altresì, onde scongiurare la “tirannia della maggioranza” o anche più semplicemente per favorire la libertà non solo dalla comunità ma nella comunità, la libertà - e per quanto qui interessa, la libertà di coscienza - incontra necessari limiti.

Uno dei limiti che si evince immediatamente dal dettato costituzionale è il buon costume, concetto elastico e capace di mutare notevolmente al variare delle condizioni storiche e culturali della società. In tal senso la Corte ha espressamente affermato che “il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l'inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del

---

Bari, 2000 cit. pag. 127

sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti<sup>95</sup>. E' importante ricordare che il buon costume trae la sua fonte di legittimazione dallo stesso art. 2 Cost., in quanto fornisce le linee guida fondamentali per assicurare una convivenza sociale conforme alla tutela della dignità ed al rispetto reciproco così come avvertiti in un determinato momento storico.

Altro limite alla libertà di manifestare il proprio pensiero è rappresentato dall'ordine pubblico, sebbene non sia un parametro preso in considerazione dal dettato dell'art. 21 Cost. Tuttavia la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che anche i diritti fondamentali devono essere inseriti all'interno della cornice della convivenza civile, pena l'impossibilità di garantire qualsiasi tipo di tutela<sup>96</sup>. Emblematica è la sentenza n. 87 del 1966 relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 272 c.p., ora abrogato, che puniva la propaganda violenta volta al mutamento dell'ordinamento statale. In detta pronuncia si sottolineava che il diritto di libera manifestazione del

---

95 Cfr. sent. 9 del 1965 Corte cost. in *italgiure.it*

96 Cfr. sent. 168 del 1971 Corte Cost. in *italgiure.it*

pensiero non si può ritenere leso da una limitazione finalizzata a garantire l'assetto democratico. Diversa, invece, fu la risposta del Giudice delle Leggi in ordine al secondo comma del medesimo articolo il quale sanzionava le condotte volte a distruggere o deprimere il sentimento nazionale. In tal caso, non essendo previste condotte violente, si trattava di una palese violazione dell'art. 21 Cost. atteso che dovrebbe essere sempre consentito esprimere opinioni diverse da quelle comunemente diffuse. Sulla stessa scorta la Corte si pronunciò anche in relazione all'art. 415 c.p., (istigazione a disobbedire alle leggi). In particolare la norma venne ritenuta incostituzionale nella parte in cui non specificava che l'istigazione dovesse essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. Di conseguenza risulta evidente che la norma, così interpretata, non impedisce la propaganda di determinate idee, ma semplicemente vuole evitare che ciò comporti la lesione del bene giuridico ordine pubblico<sup>97</sup>.

---

97 I diritti fondamentali nella giurisprudenza op.cit., 37: “Le teorie della necessità del contrasto e della lotta tra le classi sociali sono dottrine che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza e delle concezioni e convinzioni politiche, sociali e filosofiche dell'individuo appartengono al mondo del pensiero e dell'ideologia. L'attività di esternazione e di diffusione di queste dottrine, che non suscitò di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non ha finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 Cost. Di conseguenza, la norma impugnata, nella sua indeterminatezza, appare in contrasto con l'art. 21 della Costituzione in quanto non precisa le modalità con cui deve attuarsi l'istigazione ivi prevista perché questa possa considerarsi diversa dalla manifestazione e diffusione della persuasione di ideologie e di dottrine politiche, sociali, filosofiche o economiche, e, quindi, penalmente perseguibile senza

Medesime conclusioni vengono ribadite anche in ordine alla previsione di sanzioni per la condotta di chi pubblicamente fa apologia di uno o più delitti (art. 414 c.p. - istigazione a delinquere). La Corte costituzionale, con plurime pronunce, ha ribadito che la norma *de qua* non vuole limitare la critica a determinate norme, anche di natura penalistica, essendo possibile e lecito che chiunque non condivida determinate fattispecie criminose si adoperi affinché vengano abrogate. Di conseguenza l'apologia punibile ha come punto di riferimento la tutela di beni costituzionali che possono essere messi in pericolo allorché i comportamenti assunti siano in grado di promuovere effettivamente la commissione di delitti.

Altro limite alla libertà di manifestazione del pensiero è rappresentato dal vilipendio, tema che in parte è stato analizzato in riferimento al sentimento religioso. In ogni caso il Giudice delle Leggi ha ritenuto che “l'autorità di pubblica sicurezza non può vietare di mettere in circolazione scritti, disegni, immagini contrari agli ordinamenti costituiti dello Stato, o lesivi del prestigio dello Stato o dell'autorità, o offensivi del sentimento nazionale poiché si conferisce un potere

---

violare il precetto costituzionale dell'art. 21”

assolutamente discrezionale di vietare svariate manifestazioni del pensiero. La semplice e generica contrarietà agli ordinamenti costituiti non può, infatti, essere titolo sufficiente a giustificare il divieto in uno Stato democratico, che non solo consente la critica alle istituzioni vigenti, ma anzi da essa trae alimento per assicurare, in una libera dialettica delle idee, l'adeguamento delle medesime ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale<sup>98</sup>.

Orbene chiosando con uno dei padri del pensiero liberale in Occidente è a dirsi che “ il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata contro la sua volontà è per evitare danno agli altri”<sup>99</sup>.

---

98 Cfr. sent. 199 del 1972 Corte cost. in [italgiure.it](http://italgiure.it)

99 J.S.Mill, *op.cit.* , pag.145.

### **1.2.2. La libertà di autodeterminarsi all'interno della Carta Costituzionale.**

Nell'ambito dell'analisi del tema dell'eutanasia la volontà del paziente assume un ruolo centrale. In particolare in ordine alle ipotesi di eutanasia volontaria la scelta del malato ed il suo diritto a determinarsi e a disporre della sua vita rappresentano i perni dell'intera questione. Come si è già accennato, allorché si è affrontata la questione terminologica sottesa alla parola eutanasia, il piano di analisi deve essere portato nell'ambito del diritto costituzionale e della filosofia del diritto, risultando insufficiente sviluppare un ragionamento orientato sulle fattispecie concrete. In particolare bisogna concentrare l'analisi sulla libertà di autodeterminazione come manifestazione ed esplicazione dei principi fondamentali della Costituzione. Si tratta di valorizzare l'art. 2 che non solo appresta la tutela più alta ai diritti fondamentali dell'uomo, ma permette di porre al centro dell'analisi l'individuo in quanto protagonista delle sue scelte e dell'evolversi della sua personalità. Infatti non si può considerare l'art. 2 Cost. una sorta di diapositiva del reale nella sua forma statica, ma deve essere considerato

in un'accezione dinamica in grado di svelare l'esistenza di spazi di azione non sufficientemente tutelati dai quali, però, dipende l'affermazione della stessa dignità dell'individuo<sup>100</sup>. La nostra Carta Fondamentale ha un'impostazione ascendente nella quale l'individuo è posto contemporaneamente al centro, ma anche alla base dell'intera struttura normativa. Non è più l'individuo che si piega alle necessità ed alla suprema volontà dello Stato, ma è lo Stato che deve adoperarsi per rendere effettiva la possibilità dell'individuo di sviluppare la sua personalità grazie al godimento dei diritti fondamentali. Si tratta di un'impostazione che supera lo Stato liberale in cui l'individuo è libero dalle pretese statali, in quanto richiede allo Stato di garantire le libertà individuali attraverso un'azione concreta volta a creare le condizioni necessarie affinché l'individuo possa effettivamente vivere attraverso tali libertà individuali. E' ovvio che da tale impostazione derivi la necessità di garantire l'individuo dalle pretese statali, che non possono anteporre interessi statali a quelli individuali, soprattutto in ordine a temi etici connessi allo sviluppo della personalità.

Di conseguenza si può ritenere che l'insieme delle norme costituzionali

---

100 A. Barbera, Art. 2, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1975

che garantiscono specificamente le libertà personali non siano altro che un'estrinsecazione del contenuto dell'art. 2 Cost.. Per esempio si può ritenere che l'art. 32 Cost. tragga il suo fondamento dal diritto dell'individuo a determinarsi autonomamente sulle scelte che loro riguardano, affrancandolo, quindi, da una tutela sovraindividuale della sua salute<sup>101</sup>. In pratica lo Stato non è più considerato titolare di una potestà impositiva sui soggetti, in quanto non è più ritenuto titolare di un potere di invasione nelle sfere private dell'individuo. In altre parole la salute non riguarda la sfera pubblica della persona, ma la sua sfera privata. Lo Stato, quindi, non può entrare negli spazi di libertà dell'individuo che è tenuto a decidere per sé ogni volta in cui la scelta riguardi la sua persona.

Di conseguenza il principio di autodeterminazione si presenta come il principale strumento attraverso il quale all'individuo è permesso realizzare se stesso così come afferma l'art. 2 Cost., in quanto solo in tal modo si evita l'invasione della sfera individuale da parte di idee e principi non riconosciuti dal soggetto che deve applicarli su se stesso. In pratica l'autodeterminazione mette al riparo il singolo individuo da ogni

---

101 F. Montuschi, *Art. 32 1° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1975



ingerenza statale in ambiti in cui la Costituzione gli garantisce una piena autonomia.

Poste tali premesse, risulta, quindi, evidente l'importanza dell'art. 2 Cost. nell'ambito del tema del fine vita, in quanto grazie ai principi costituzionali già sarebbe possibile trovare valide soluzioni per i casi concreti che si presentano all'operatore del diritto. Infatti se si avesse il coraggio di riconoscere la piena vigenza del principio di autodeterminazione anche in relazione alle scelte sul fine vita, le problematiche connesse all'eutanasia sarebbero limitate alla sola regolamentazione delle modalità attraverso le quali terminare la dolorosa esperienza della malattia<sup>102</sup>.

Orbene, se è vero che la libertà individuale è un diritto assoluto e non limitabile per ragioni di principio o convinzioni etiche e religiose, è anche vero che la formazione del consenso e la garanzia di una volontà libera rappresenta il tema su cui l'autodeterminazione deve confrontarsi. Infatti bisogna considerare che non si può parlare di autodeterminazione senza una reale informazione ed un'effettiva libertà del soggetto che

---

102 U. Veronesi – M. De Tilla, *Nessuno deve scegliere per noi*, a cura di L. Militerni, Sperling e Kupfer, 2007

opera le scelte su se stesso. Si tratta di un settore particolarmente delicato, in quanto proprio le problematiche connesse alla corretta informazione ed alla libertà della scelta giustificano un intervento statale volto a garantire l'individuo da se stesso, quasi come se il soggetto posto da solo e libero non fosse in grado di essere responsabile di se stesso. In altre parole le limitazioni statali all'autodeterminazione del malato in ordine all'eutanasia troverebbero il loro fondamento nella necessità di evitare che l'individuo possa scegliere in danno di se stesso, perché impossibilitato a comprendere realmente ciò che è meglio per se stesso. Se è vero che tale impostazione è tipica di uno Stato paternalista, che deve proteggere i suoi cittadini da loro stessi, è anche vero che tali perplessità non possono essere derubricate a questioni di secondaria importanza. Infatti l'autodeterminazione è tale solo quando è consapevole<sup>103</sup>, solo quando rappresenta effettivamente la manifestazione del principio di responsabilità insito nell'esercizio di ogni libertà.

Di conseguenza non si può assolutizzare la richiesta di porre fine alla

---

103 S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in ID. (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Einaudi, Torino, 2006

vita, in quanto si rischierebbe di trascurare la possibilità che quella richiesta non sia effettivamente la manifestazione della volontà di un soggetto. In tal senso, quindi, esiste un vero e proprio diritto e dovere all'informazione, che impone a tutti i soggetti coinvolti di confrontarsi non solo con la malattia e con il dolore, ma con tutti gli aspetti collegati all'esistenza. D'altra parte non può nemmeno essere considerato marginale il problema connesso alle valutazioni di chi è chiamato a collaborare alla realizzazione della volontà del malato, in quanto non si può limitare il ruolo del medico a quello di mero esecutore della volontà del paziente<sup>104</sup>. Tale impostazione, peraltro, è coerente con la necessità di valorizzare le differenze esistenti tra eutanasia e suicidio, laddove nel primo caso esiste una necessità di collaborazione di un altro soggetto che non può comunque essere considerato un mero esecutore di una volontà altrui. Infatti la libertà di autodeterminazione, così come ogni altra libertà costituzionale, incontra il limite delle libertà altrui, non potendosi mai trasformare in una pretesa di attuazione a prescindere da chi parimenti deve essere tutelato. Anche in tale ottica, quindi, emerge

---

104 L. Eusebi, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. Viafora (a cura di) *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Cedam, Padova, 1996.

la necessità di bilanciare diritti e l'assoluta di ricondurre l'intera materia al principio di ragionevolezza insito nella Costituzione<sup>105</sup>.

Volendo impostare l'analisi da un angolo visuale solo parzialmente diverso rispetto a quello relativo all'eutanasia, si può considerare che il principio di autodeterminazione trova il suo principale ambito di applicazione in rapporto all'art. 32 Cost., laddove, appunto, all'individuo viene riconosciuta la possibilità di adottare le scelte che preferisce in ordine alla sua salute. Trattandosi di una norma costituzionale la sua centralità è *ictu oculi* evidente, in quanto la legislazione ordinaria non può che attenersi al dettato costituzionale. La sua rilevanza per il tema del fine vita è connessa al diritto di sottrarsi alle cure che viene riconosciuto ad ogni individuo, una scelta che, quindi, pone il soggetto di fronte al rischio di morire, scelto in modo consapevole e responsabile. L'unico limite a tale scelta è rappresentato dal dovere di non ledere la salute altrui, che, però, viene garantito attraverso specifiche previsioni di legge. Si tratta di un limite che non impone un vero e proprio dovere alla salute, in quanto in tal modo si verificherebbe un'intollerabile ingerenza statale nella sfera privata dei cittadini. D'altra

---

105 A. Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana*, Utet, Milano, 2008.

parte il concetto stesso di salute ha subito un'evoluzione che rende inattuale l'idea che essa coincida con il mero benessere fisico. Infatti la salute deve tenere in considerazione anche gli aspetti psichici che, quindi, potrebbero trarre maggior giovamento dall'interruzione dei trattamenti sanitari. In tal senso, per esempio, è opportuno ricordare che la Cassazione con sentenza n. 21748 del 16.10.07 ha affermato che “Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in

considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”.

Di conseguenza la salute viene vista in una chiave assoluta diversa da quella tradizionale, che la concepiva come mera assenza di sofferenza fisica. Si tratta di un'impostazione più in linea con il dovere di rispettare l'individuo di fronte al suo dolore ed alla sua esperienza di malato, valorizzando la percezione individuale e la soggettività di chi concretamente si confronta con la malattia ed è l'unico titolare delle scelte in ordine alla propria capacità, anche psicologica, di voler reggere il confronto con il dolore.

Orbene, una volta garantito il diritto a rifiutare le terapie, in

contrapposizione al dovere a curarsi, è necessario, però, che il soggetto sia posto nelle condizione di comprendere le conseguenze delle sue scelte. D'altra parte non esiste libertà senza conoscenza e consapevolezza, così come non esiste volontà libera senza una corretta rappresentazione del reale. Per tali ragioni appare opportuno rilevare che la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. debba essere letta in combinato disposto con l'art. 32 Cost. affinché emerga il quadro costituzionale all'intero del quale si iscrive il principio del consenso informato.

Il riferimento all'art. 13 Cost. è fondamentale per le ragioni già espresse relative alla necessità di considerare veramente libero solo il soggetto consapevole. In pratica non c'è libertà personale in campo medico laddove non ci sia consapevolezza delle scelte. D'altra parte la decisione di effettuare o rifiutare una terapia passa necessariamente per l'informazione del paziente, in quanto senza la chiara ricostruzione del reale il malato non ha gli elementi necessari per determinarsi. Di conseguenza non avrebbe alcun senso parlare di autodeterminazione, laddove il malato non fosse posto nella condizione di comprendere ciò

che sceglie.

Il rapporto medico paziente si caratterizza, quindi, per il contemperamento dell'istanza di tutela della salute proveniente dal sanitario e l'istanza di prescindere da quella tutela laddove il malato dovesse ritenerlo preferibile<sup>106</sup>. Di conseguenza il consenso informato rappresenta il principale strumento messo a disposizione del malato per partecipare alle decisioni sulla sua salute.

In tale solco, quindi, si colloca l'analisi della c.d. eutanasia passiva, laddove al paziente è permesso dissentire in ordine alle terapia da effettuare, decidendo di rinunciarvi pur nella consapevolezza che da tale scelta deriverà con certezza la morte. Di conseguenza all'individuo è permesso di scegliere di morire nel rispetto del suo diritto alla libertà personale che non può essere compresso da valutazioni sovraindividuali in ordine alla possibilità di disporre di se stesso. In tal senso è opportuno ribadire un altro passaggio relevantissimo della già citata sentenza della Suprema Corte n. 21748 del 16.10.07, nella quale espressamente si afferma che “In tema di attività medico-sanitaria, il

---

106 C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, Iovane, 2004



diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale”.

Tali conclusioni non paiono essere avversate in modo sensibile se non

nella misura in cui determinate terapie non vengono considerate dei veri e propri trattamenti sanitari. In particolare ci si riferisce a tutte quelle terapie che garantiscono il sostegno in vita, quali, per esempio, l'alimentazione attraverso sondino nasogastrico. Se queste terapia non venissero considerate veri e propri trattamenti sanitari, sarebbe possibile escludere l'applicazione dell'art. 32 Cost., impedendo, quindi, all'individuo di rifiutare tali interventi. Tuttavia tali conclusioni non paiono condivisibili nella misura in cui l'accezione di trattamenti sanitari non può essere considerato in modo stringente, laddove in realtà ciò che il Legislatore costituzionale vuole evitare è l'ingerenza statale nella sfera individuale della salute. Infatti l'art. 32 Cost. prevede la possibilità di un intervento legislativo che stabilisca che determinati trattamenti sanitari siano imposti, creando, quindi, un sistema per il quale in assenza di esplicita previsione non è possibile incidere sulla libertà individuale di non accettare le cure.

Tuttavia proprio tale all'interno di tale margine si potrebbe incuneare la visione di chi ritiene che l'inviolabilità della vita possa essere tutelata in via prioritaria rispetto all'autodeterminazione. Non bisogna infatti

dimenticare che l'art. 5 del codice civile pone un limite espressa agli atti dispositivi del proprio corpo. Di conseguenza si potrebbe anche sostenere che il limite di cui all'art. 32 Cost. sarebbe già stato individuato dallo stesso codice civile, il quale, impedendo di disporre del proprio corpo, *a fortiori* impedirebbe di disporre del bene vita. In altre parole, se la legge vieta di intaccare la propria integrità fisica, non può certo consentire un'aggressione definitiva alla stessa.

Tale conclusione è avversata da quanti fanno notare che il rifiuto dei trattamenti sanitari non rappresenta un atto di disposizione del proprio corpo, ma la scelta consapevole di far progredire la malattia secondo il suo corso naturale<sup>107</sup>.

---

107 C. Tripodina, *op.cit.*

### **1.3. L'attuale contesto normativo delle DAT**

Lo stato più avanzato della discussione parlamentare sul tema in esame è rappresentato dal disegno di legge n. 2350 presentato nel corso della XVI legislatura.

L'obiettivo che tale proposta di riforma intende perseguire è quello di garantire il diritto di autodeterminazione sancito dall'art. 32 Cost. anche nelle ipotesi in cui il malato non avesse un'attuale capacità di intendere e volere. Tale obiettivo può essere perseguito, nell'ottica della proposta, attraverso le c.d. DAT, cioè dichiarazioni anticipate di trattamento, che il paziente può effettuare anche ben prima di ammalarsi e in piena capacità di intendere e volere. In pratica il dichiarante ex ante individua quali sono i trattamenti sanitari a cui vuole sottoporsi nel caso dovesse trovarsi in condizioni cliniche che gli impedissero di esprimere la sua volontà. Si tratta di dichiarazioni che, secondo alcuni<sup>108</sup>, possono essere considerate dei veri e propri testamenti biologici, laddove dovrebbero avere anche efficacia vincolante.

---

108 G. Salito, *Il testamento biologico e nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, in *Quaderni diretti da P. Stanzone*, Salerno, 2003

L'ottica all'interno della quale tale disegno di legge si inserisce è quella di rafforzare il rapporto tra medico e malato, pure nei casi in cui il paziente non abbia la capacità di esprimere le proprie volontà in ordine ai trattamenti a cui sottoporsi. In pratica da un lato si vuole tutelare il diritto di autodeterminazione del malato che non può essere coartato e che deve, quindi, poter sempre essere titolare, ex art. 32 Cost., della possibilità di esprimere la propria volontà in ordine alle cure a cui deve essere sottoposto, dall'altro si valorizza la figura del medico come vero e proprio destinatario di tali dichiarazioni, cioè quale fiduciario del malato che può confidare nel rispetto delle sue scelte.

Ciò che va sottolineato è, però, la mancata previsione di un vero e proprio diritto all'eutanasia, in quanto il disegno di legge si limita ad introdurre le DAT e nulla prevede in ordine al diritto di morire. Si tratta, quindi, di una declinazione concreta dell'art. 32 Cost. e in tali limiti deve essere inteso. Infatti si tratta di una normativa che vuole dare applicazione al principio di autodeterminazione nella scelta delle cure anche nelle ipotesi in cui il malato non possa esprimersi.

Tale impostazione risulta evidente sin dal primo articolo del testo della legge, in quanto viene esplicitamente affermato che il diritto alla vita è inviolabile ed indisponibile. In particolare il disegno di legge fa riferimento alla “Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alla applicazione della biologia e della medicina” firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 ed alla “Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” firmata a Roma il 4 novembre 1950. Infatti nel testo del disegno viene fatto assoluto divieto di qualsiasi pratica di eutanasia e di suicidio assistito.

In tal senso appare evidente, quindi, che le DAT possono assumere efficacia vincolante allorché siano il frutto di un'adeguata informazione del paziente, il quale deve prestare il suo consenso ai trattamenti sanitari e, quindi, più in generale, deve poter avere cognizione del senso e della portata delle sue decisioni. Di conseguenza appare assolutamente problematico il caso in cui il paziente rifiuti di informarsi in ordine ai trattamenti sanitari ai quali dovrebbe prestare il proprio consenso. Infatti, in tale ipotesi si pone il problema di capire se il medico può espandere le proprie possibilità di intervento, in quanto l'intero disegno

di legge si muove nel senso di valorizzare la c.d. alleanza medico – paziente, volta a rendere il primo fiduciario del secondo nella misura in cui, però, questi sia effettivamente informato e le sue decisioni siano basate su scelte ponderate.

Allo stato attuale non esiste in Italia una specifica disciplina normativa che possa essere applicata a tutte le possibili declinazioni concrete del fine vita. In pratica all'interno dell'ordinamento non è possibile rinvenire alcuna indicazione per disciplinare la volontà del cittadino che volesse disporre del proprio fine vita. Di conseguenza l'insieme di dichiarazioni che vanno sotto il nome di testamento biologico rappresentano un tentativo piuttosto disomogeneo e spesso insufficiente di esplicitare le proprie volontà in ordine alle più disparate ipotesi. Infatti attraverso i c.d. testamenti biologici il cittadino cerca di specificare cosa vuole possa accadere in una pluralità di casi dalla donazione degli organi fino ai trattamenti sanitari a cui sottoporsi in caso di stati vegetativi. Tuttavia di tali disposizioni è dubbia l'efficacia vincolante laddove basti considerare che in alcuni ambiti la volontà del dichiarante

non può derogare a norme di legge che vengono considerate imperative, quali quelle relative alla possibilità di disporre della propria vita.

Il problema che si pone attiene sempre e comunque all'ambito di applicazione dell'art. 32 Cost. che impedisce la sottoposizione del malato a trattamenti sanitari a cui lo stesso non vuole essere sottoposto. Accanto a tale previsione c'è poi da rilevare quanto prevede la Convenzione di Oviedo del 1997 che afferma la necessità di tenere in considerazione le volontà espresse dal malato precedentemente alla stessa malattia, nell'ipotesi in cui il soggetto non possa esprimere la sua volontà nel momento in cui vi deve essere sottoposto. In altre parole con detta Convenzione si è affermato il principio per cui le dichiarazioni relative a trattamenti medici a cui il soggetto non sa se mai sarà sottoposto devono essere valorizzate allorché i casi della vita potrebbero portarlo proprio in una di quelle situazioni a cui aveva fatto riferimento. In modo analogo anche il Codice deontologico della professione medica prevede che il medico dovrà tenere in considerazione quanto espresso dal malato in ordine ai trattamenti medici.



Tali previsioni non appaiono, però, in grado di disciplinare in modo organico la materia, lasciando ampi spazi di discrezionalità e, soprattutto, non fornendo una risposta certa a problematiche giuridiche concrete. Di conseguenza durante la XVI Legislatura venne presentato alle Camere il DDL Calabrò con lo scopo di colmare il vuoto legislativo in materia. Si trattava di un disegno di legge intitolato “Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento” che, però, non è stato approvato a causa della fine della stessa Legislatura.

Di fronte a questo stato dell'arte, il 15 marzo 2013 ad iniziativa dell'associazione “Luca Coscioni” è partita una raccolta firme per una proposta di legge di iniziativa popolare in grado di disciplinare sia i casi di eutanasia sia il testamento biologico. Nel mese di gennaio 2016 tale proposta è stata calendarizzata e, quindi, avviato il processo di valutazione da parte del Parlamento.

La *ratio* di tale proposta è quella di permettere al cittadino maggiorenne di decidere in ordine a tutte le ipotesi connesse al fine vita. Si tratta, quindi, di una proposta che di fatto vuole valorizzare il diritto di

autodeterminazione in ordine ai trattamenti sanitari e, più in generale, all'eutanasia. In particolare l'obiettivo è impedire che i medici possano portare avanti trattamenti sanitari a cui il cittadino prima di ammalarsi e di perdere la possibilità di esprimere la propria volontà non aveva prestato il proprio consenso e, anzi, aveva espresso il proprio rifiuto. Di conseguenza il medico di fronte a tali dichiarazioni non potrebbe far altro che astenersi dall'intervenire in modo da evitare la lesione del diritto all'autodeterminazione. Infatti laddove decidesse di intervenire rischierebbe di essere sanzionato penalmente. In altre parole un intervento non desiderato sarebbe sicuramente sussumibile nell'ipotesi di cui all'art. 610 c.p. e, nelle ipotesi in cui l'intervento portasse alla morte del malato, si potrebbe addirittura configurare il reato di omicidio preterintenzionale. Inoltre la normativa permetterebbe l'applicazione anche dell'art. 700 c.p.c. proprio per garantire la tutela immediata dei diritti del malato.

Altra questione che tale normativa vorrebbe risolvere è quella relativa all'ipotesi di un soggetto incapace di esprimere la propria volontà. La scelta è quella di permettere al suo tutore di esprimere la volontà presunta del malato.

Accanto alla figura del tutore è prevista poi la figura dell'amministratore di sostegno, che permette di graduare l'assistenza al malato, evitando ingerenze eccessive nelle sue scelte. Infatti attraverso tale istituto è possibile graduare l'intervento a favore del malato, in quanto i suoi poteri non sono predeterminati legislativamente e dati, quindi, in modo univoco, potendo essere modulati sulla base delle specifiche esigenze.

Peraltro ex art. 408 c.c. si permette la scelta dell'amministratore di sostegno anche in un momento precedente all'eventuale futura incapacità. Tuttavia tale scelta non è vincolante per il giudice il quale nell'individuazione dell'amministratore può verificare l'eventuale ricorrenza di gravi motivi ostativi a tale nomina. Ciò che appare, comunque, più interessante è comprendere le modalità attraverso le quali detta figura può operare affinché vengano rispettate le volontà del malato impossibilitato ad esprimersi in via autonoma.

Uno dei casi più rilevanti è stato sottoposto al vaglio del Tribunale di Modena, il quale durante l'anno 2008 si è confrontato approfonditamente con il tema. In particolare l'Organo Giudicante ritenne che, sulla scorta dei principi costituzionali di cui all'art. 13 e 32

Cost., esistesse un vero e proprio diritto a rifiutare i trattamenti sanitari dando pieno riconoscimento al consenso informato. Ciò che emerge in tali pronunce è la limitazione al potere del medico di eseguire trattamenti sanitari senza il consenso da un lato libero e dall'altro informato del malato che, quindi, ha un pieno diritto di accettare, rifiutare ed anche interrompere le terapie. Inoltre il Tribunale di Modena ritiene che sia proprio l'amministrazione di sostegno lo strumento migliore per dare attuazione ed esplicazione alle dichiarazioni anticipate di trattamento. Tale conclusione, peraltro, trova conforto nella pronuncia n. 23676\08 della Corte di Cassazione con la quale si afferma che il rifiuto dei trattamenti sanitari possa anche essere espresso da un delegato individuato dal paziente precedentemente alla sua malattia.

Ulteriormente va segnalato che in vari Comuni italiani sono stati introdotti i registri per il testamento biologico grazie ai quali i cittadini possono depositare le loro disposizioni di volontà in ordine ai trattamenti sanitari a cui intendono sottoporsi in caso di incapacità di intendere e volere.

## **CAPITOLO 2.**

### **Riflessioni sul diritto di morire nelle pieghe del ragionamento morale**

#### **2.1. Il diritto di morire: campo di indagine bioetica.**

Alla base di ogni riflessione circa la tensione tra i valori coinvolti nella difficile tematica del fine-vita e della sua possibile regolamentazione giuridica, trovo necessaria l'analisi del “diritto di morire”, vero snodo cruciale dell'intera problematica. Che vi sia un diritto di morire è tema assai controverso in ragione del fatto che ci si interroga sul se abbia un senso parlare di un “diritto di morire”, quando il primo e più importante dei diritti è proprio il suo opposto, e cioè il “diritto di vivere”, “germe di ogni ordinamento giuridico”. La problematicità nell'accettare “il diritto di morire” nasce dal fatto che giuridicamente non c'è diritto senza un obbligo corrispondente e, poiché non è lecito obbligare qualcuno ad uccidere un'altra persona, non può configurarsi dal punto di vista giuridico un vero e proprio diritto di morire.

Il concetto a cui si riferisce l'espressione 'diritto di morire' è il centro di

tutte le discussioni sull'eutanasia e sulle pratiche mediche destinate al c.d. Suicidio medicalmente assistito. Il problema fondamentale in questo dibattito è l'oscillazione tra un significato meramente morale ed uno giuridico.

È di certo illuminante il saggio di Comte-Sponville. L'autore, riprendendo il metodo aristotelico, propone di distinguere all'interno del genere omicidio tre diverse specie : l'assassinio, il suicidio, l'eutanasia. Queste tre *species* del medesimo genere si differenziano tra loro non per la scelta di morire, presente in tutte, ma nel fatto che nel caso di suicidio un essere umano si dà la morte in modo autonomo per le ragioni più diverse mentre nel caso dell'eutanasia un essere umano colpito da un male incurabile che gli rende la vita insopportabile, ottiene di essere aiutato a porre fine alle sue sofferenze. In particolare per Comte-Sponville l'eutanasia volontaria non sembra costituire un vero problema (“Se il suicidio è un diritto, come credo, e tanto più quando si soffre di un male incurabile atrocemente doloroso, anche l'eutanasia volontaria - che altro non è che un'assistenza al suicidio - lo è”), con l'unica accortezza di stabilire per legge una serie di sbarramenti che evitino

possibili abusi (esistenza accertata della malattia, dichiarazione del malato in presenza dei testimoni, ecc), l'eutanasia non volontaria è molto più problematica perché si tratta di sopprimere la vita di un essere umano che non è in grado di farne esplicita richiesta. Due sono allora, per l'autore, le possibili soluzioni: una dichiarazione scritta redatta dal cittadino quando ancora si trova in buona salute (DAT) e, in sua mancanza, l'applicazione di quel dovere di sostituzione di cui parla Marcel Conche che consiste nel “far valere i diritti di coloro che non possono difenderli da soli fossero addirittura anche incapaci di concepirli” (come nel caso dei neonati). La *ratio* ultima di tale richiesta è che ogni individuo è padrone della propria vita, e quindi anche della propria morte. Infatti, a chi ritiene che la vita sia sacra, Comte-Sponville, replica dicendo che “la libertà è un valore almeno altrettanto sacro della vita. E la compassione, un dovere più assoluto della sopravvivenza”. La morte fa parte della vita. Per tale ragione si distingue dal nulla, che non è niente. Non si deve confondere, per comprendere appieno il diritto in questione, il morire che presuppone la vita con l'essere morto, che presuppone la sua assenza. “Nulla è per noi la morte” diceva il filosofo Epicuro che sostenendo ciò pensava al nulla

estremo. Morire, invece, è qualcosa che merita la nostra attenzione al pari della vita, di cui la morte fa indissolubilmente parte.



### **2.1.1. La questione bioetica e le forme dell'etica non secolarizzata**

Il concetto insito nella parola “Secolarizzazione” è estremamente complesso e non può essere ridotto ad una mera e generica enunciazione di principio incapace di comprenderne la complessità e la poliedricità.

Infatti non è possibile obliterare il dibattito filosofico, storico e giuridico che introno a tale termine si è sviluppato nel corso del tempo, anche alla luce della sua grande e costante rilevanza nella storia politica, soprattutto italiana. In tal senso ci si può porre di fronte all'interrogativo di quali siano i rapporti tra la secolarizzazione e la modernità.

Sul punto è necessario rilevare la contrapposizione di vedute che ha caratterizzato lo scontro tra Lowith e Blumenberg, il cui contenuto può essere considerato paradigmatico delle posizioni esistenti sul tema<sup>109</sup>.

Infatti il primo ritiene che la modernità possa essere interpretata come secolarizzazione, mentre il secondo sostiene che il concetto di secolarizzazione non possa essere in alcun modo utilizzato per dare una

---

109 H. Blumenberg, *Die Legitimität*, in *Ver Neuzeit*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 1974, trad.it. *La legittimità moderna*, Marietti, Genova, 1992, *Parte I, Secolarizzazione. Critica di una categoria dell'ingiustizia storica*. p. 7 -127

valida interpretazione della modernità. Ancora più chiaramente il tema può essere inteso come contrapposizione tra l'idea da un lato del moderno come una semplice trasposizione del trascendente nel mondano e, quindi, come immanentizzazione, e dall'altro del moderno istituito come tale grazie al superamento dell'idea stessa di trascendenza. In tale ultima ipotesi si verificherebbe una totale ed assoluta discontinuità tale da rappresentare un vero e proprio nuovo inizio.

Diversamente, secondo la prima delle interpretazioni qui proposte, la secolarizzazione avrebbe una sua capacità autonoma di spiegare ed interpretare il moderno, laddove, pur essendoci un certo margine di discontinuità, non eliminerebbe qualsiasi collegamento con il passato, ponendosi comunque lungo una medesima linea di congiunzione e continuità. E' evidente, pertanto, che le due posizioni sono assolutamente inconciliabili soprattutto se si considera che nella seconda ipotesi non si può semplicemente rilevare l'inadeguatezza del concetto a spiegare il significato di modernità, ma addirittura bisogna riconoscere che ne opererebbe una vera e propria alterazione di significato, in quanto impedirebbe di far emergere la reale portata in

termini di discontinuità. Ancora si può dire che l'idea di secolarizzazione avrebbe contenuto autonomo e valido solo nella misura in cui si ritenesse che la modernità si caratterizzi per la trasposizione e la realizzazione degli stessi fini, concepiti in termini di trascendenza, in ambito mondano.

Volendo operare dei parallelismi tra il concetto di salvezza elaborato nella dottrina cristiana con quello che potrebbe essere connaturato al pensiero moderno, si può affermare che la salvezza cristiana legata alla trascendenza si trasformi, all'interno del moderno, nell'idea di progresso. In pratica la salvezza verrebbe ad essere sostituita dal progresso che, però, andrebbe a svolgere, in chiave mondana, la medesima funzione della prima. Infatti "secolare" deriva dal latino "*saeculum*", che significa "età", "generazione". Di conseguenza non appare errato quanto fanno gli scrittori cristiani i quali ritengono che il termine possa essere utilizzato per significare "tempo corrente" o "vita mortale" in opposizione alla "vita eterna". Inoltre la parola *saeculum* può essere considerata equivalente a "vita mondana". Di talchè il *saeculum* può essere, in definitiva, considerato il tempo del mondo.

Indubbiamente la società attuale ha subito un importante processo di scristianizzazione che, tuttavia, è ancora in corso, laddove si consideri che è ancora forte la memoria dei secoli cristiani caratterizzati dall'idea della “fine del mondo” .

Si tratta di un'espressione con la quale si vuole significare che il mondo terreno è destinato alla fine, essendo attraversato dal peccato che è la causa del dolore e della morte. Tale spiegazione è ben emblematica nell'espressione latina *in hac lacrimarum valle*.

Diversamente la modernità si è emancipata da tale visione del mondo, negando alcun senso al concetto di fine del mondo e sviluppando un'idea alternativa caratterizzata dalla convinzione che sia possibile dirigere la storia ed intercettare l'evoluzione per portarla a compimento. In tal senso il compito della “secolarizzazione” è la conquista del tempo e non il suo rifiuto, laddove la vita terrena, cioè la sede dello svolgersi del tempo, non viene più negata in attesa di un'esistenza eterna (quindi priva di tempo) dove non esistono sofferenze e morte <sup>110</sup>.

---

110 S. Natoli, *Progresso e catastrofe. Dinamiche della modernità*, Edizioni Christian Marinotti, Milano, 1999 pag 35.

L'affermazione di un'etica non secolarizzata, come esito di un processo di autoliberazione umana che accompagna l'intera storia del Cristianesimo, è stata sostenuta da Hans Blumenberg in una delle opere più importanti degli ultimi decenni "La legittimità dell'età moderna". In particolare l'autore sostiene che la secolarizzazione non si altro che un vano tentativo di non rinunciare alle radici ed alla storia cristiana e religiosa. Infatti la modernità non sarebbe comunque capace di accettare la condizione finita dell'essere umano ed avrebbe, quindi, la necessità di fondare le sue coordinate sulle stesse basi del passato.

In realtà la valorizzazione della curiosità rappresenta una grande conquista per l'uomo che si pone come soggetto teso verso la conoscenza e come protagonista del reale che va scoperto attraverso il contatto con il mondo. In pratica la curiosità assume un ruolo assolutamente nuovo, in quanto da peccato diventa una vera e propria virtù teoretica. In tal modo si afferma un nuovo discorso etico nel quale si valorizza la posizione profana e laica dell'individuo che richiede nuove fondamenta per la realizzazione di una visione nuova basata sulla razionalità. Orbene, è possibile individuare una serie di discorsi etici che si propongono come nuovi possibili riferimenti etici. Tra questi

abbiamo: l'etica utilitaristico-individualistica delle felicità, l'etica critico-razionalistica della responsabilità, l'etica esistenzialistica della scelta e l'etica empiristica delle emozioni.

Nella prima categoria possiamo inserire l'opera e la visione di J.S. Mill, oltre, sebbene non in toto, anche S. Freud con i suoi studi sulla psicoanalisi. Nella seconda tipologia sicuramente devono essere annoverati M. Weber e H. Jonas. Nel terzo tipo possiamo ricondurre J.P. Sartre e F. Nietzsche. Infine tra gli esponenti della quarta categoria troviamo sicuramente A. Schopenhauer.

Volendo dare un quadro per cenni delle posizioni dominanti all'interno di queste posizioni etiche, possiamo rilevare che nella prima tipologia viene valorizzata la liberazione delle forze creative della personalità. In tale campo la ragione svolge un compito fondamentale, in quanto opera un vero e proprio bilanciamento, permettendo al contempo anche lo sviluppo delle emozioni. Non bisogna obliterare che in tale visione dell'etica della felicità individuale vi sia una forte centralità per l'analisi delle condizioni collettive della vita, non trattandosi, quindi, di una mera valorizzazione dell'individuo a prescindere del sistema in cui esso si colloca. Infatti senza il miglioramento delle condizioni comuni, operato

attraverso un processo di modernizzazione politico e morale, non vi sarebbe comunque alcuno spazio per la libertà individuale, la quale si ritroverebbe a subire gli esiti della repressione e dell'infelicità. Tale visione, quindi, ha un carattere fortemente immanentistico, ponendosi comunque in una posizione del tutto estranea ed ulteriore rispetto alla della secolarizzazione.

Per quanto riguarda l'etica della responsabilità e l'etica della scelta, bisogna rilevare che le loro posizioni sono un valido sostituto ai superati valori teologici, avendo un contenuto che in qualche modo ben si presta a rappresentarne un'evoluzione in chiave secolarizzata. Infatti la pluralizzazione della esperienza e dei contesti sociali, ritenuta da J.S. Mill un fattore di miglioramento ed un'occasione di crescita, vengono considerati, invece, in modo fortemente negativo da tali visioni etiche, in quanto vengono considerati elementi di crescente incomunicabilità tra gli individui. Sul punto M. Weber ritiene che si tratti di manifestazioni di un "politeismo dei valori", assolutamente deleterio nella misura in cui offre la possibilità a forze imprevedibili di dare nuove risposte messianiche e carismatiche. Di conseguenza l'etica della responsabilità ha come punto di riferimento una stagione di crisi della

modernità e, quindi, di minore fiducia nella possibilità di utilizzare la ragione per raggiungere sia la felicità individuale sia quella sociale, come conseguenza della prima. Inoltre tale visione etica si pone l'obiettivo di porre su nuove basi la ragione che dovrebbe, quindi, sviluppare una nuova capacità argomentativa e dialettica che si ponga l'obiettivo di reindirizzare il processo sociale.

In ordine all'etica della scelta massima centralità viene data all'individuo ed alla concretezza della singola situazione. Tuttavia viene dato ampio risalto e spazio agli aspetti tragici connessi alla "vischiosità" della condizione umana che in qualche modo possono essere considerati come la forma secolarizzata del concetto del peccato e di tutte le tematiche religiose sui medesimi temi.

Anche in tale visione emerge una forte contrapposizione al concetto della trascendenza che, peraltro, rappresenta anche il filo di collegamento con la posizione di F. Nietzsche, il quale, attraverso il rovesciamento dei valori, si pone in un'evidente competizione con la visione cristiana del reale, proponendone una totale e piena mondanizzazione.



### **2.1.2. Il diritto di morire nell'età della tecnica.**

È noto che la tarda modernità è segnata da una difficoltà profonda di comprendere se medesima. Il mondo appare radicalmente mutato, le condizioni di esistenza talmente nuove da rendere vano il ricorso ai modelli tradizionali di cultura; e nessuno, a quanto pare, ha la certezza di conoscere le cause o il senso della grande trasformazione in corso. Di qui l'urgenza dell'interrogativo che, secondo Foucault, ci autorizza a catalogare gran parte della filosofia moderna sotto il nome di "ontologia del presente", vale a dire: "che cosa sta succedendo adesso?"

Fino alla fine degli anni 50 a questo interrogativo era comune che si rispondesse indicando *in primis* gli sviluppi della tecnica: "questo sta succedendo", e l'idea era che le nuove tecnologie trasformassero a tal punto le regole del gioco da rendere marginale o subalterno ogni altro aspetto dell'evoluzione moderna, dalla religione alla politica.<sup>111</sup>

L'avanzare delle tecnologie biomediche assume nel campo d'indagine fin qui delineato, un significato peculiare "ogni nuovo potere sulla salute e la malattia rappresenta al tempo stesso la fonte di possibili

---

<sup>111</sup>M. De Carolis, *La vita nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Bollati Boringhieri, pag. 209.

abusi sulla vita delle persone e dei viventi in generale. La questione cruciale, in quest'ottica, appare la seguente: come è possibile evitare le degenerazioni senza rinunciare agli incommensurabili vantaggi offerti dal nuovo potere? In base a quale criterio si potrà vagliare l'opportunità di introdurre nuove tecnologie, di approvare ricerche controverse, di consentire una nuova pratica discutibile (...) l'idea di responsabilità viene qui spesso invocata come un'alternativa tanto alla sfrenata rincorsa al potere fine a se stesso quanto alle preclusioni preconcepite e oscurantiste nei confronti della scienza”<sup>112</sup>.

Si può ritenere che, a prescindere da alcuni spunti frammentari sulla cibernetica negli ultimi scritti di Heidegger, il dibattito filosofico sulla tecnica in Europa si sia sviluppato su studi che precedono la svolta verso le tecnoscienze umane. Grazie agli sviluppi della tecnica applicata nel campo biologico, il corpo espande il proprio confine sino ad includere in sé parti esterne <sup>113</sup>. In particolare “l'avvertimento diffuso è che vi sia una modalità più complessa attraverso cui la genetica parrebbe intendere il soggetto giuridico e la sua libertà

---

112 R. Mordacci, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Feltrinelli, Milano, 2003 cit. pag. 288 289.

113 P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009 .cit., pag 67.

autodeterminazione. Il dato genetico porrebbe infatti in immediato rilievo una prospettiva aperta della soggettività, transgenerazionale e relazionale, per un appello strutturale ad una individualità “colonizzata dall’altro”<sup>114</sup>.

Il problema della tecnica applicata al campo medico si intreccia inevitabilmente, e dunque, per tale motivo diventa terreno fertile per una discussione filosofica ed etica, col problema della morte.

La difficoltà che si profila è la seguente: “spesso la tecnologia medica moderna, anche quando non può procurare la guarigione o un sollievo o una proroga, per quanto breve, di vita che valga la pena di vivere, è tuttavia in grado di procrastinare la fine oltre il punto in cui la vita ha ancora valore per il paziente stesso, anzi oltre il punto in cui questi è ancora in grado di darle un valore. Di norma ciò caratterizza (se si prescinde dalla chirurgia) uno stadio terapeutico nel quale la linea di demarcazione tra la vita e la morte viene integralmente a coincidere con quella tra continuazione e interruzione del trattamento: qualora ciò il trattamento si limiti a mantenere in funzione l’organismo, senza migliorarne in alcun modo la condizione (per non parlare di

---

114 A. Rouvroy, *Genes and neoliberal governance: a foucauldian critique*. Routledge, 2007

guarigione). La morte viene soltanto rimandata attraverso il prolungamento della condizione sussistente di sofferenza o di quella vegetativa. Questo caso del paziente che soffre senza speranza è soltanto l'estremo di uno spettro di possibilità della medicina che – combinati al potere istituzionale degli ospedali e sostenute dalla legge – producono situazioni nelle quali occorre chiedersi se i diritti del paziente (che si trova in una tipica condizione di impotenza e, per così dire “prigioniero”), incluso il diritto di morire, vengano tutelati oppure violati. Inoltre, se il trattamento viene prettamente a coincidere con il mantenimento in vita, sorge per il medico e l'ospedale il fantasma dell'omicidio per interruzione d'assistenza, per il paziente che la richiede quello del suicidio, per terzi quello di correttezza, nell'un senso e nell'altro, per averlo umanitariamente consentito”. (...) Per quanto concerne i diritti del paziente, pare che, con i progressi della medicina (...) abbia fatto la sua comparsa nella realtà un “diritto di morire” di nuovo genere; a causa dei nuovi tipi di trattamento, volti soltanto a “tenere in moto”, questo diritto viene evidentemente a cadere sotto il generale diritto di accettare o rifiutare il trattamento”<sup>115</sup>.

---

115 H.Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità* (a cura di Paolo Becchi), Einaudi, 1997, pag.187.

In assoluta rottura con il passato, oggi il concetto di “diritto di morire” e la possibilità concreta della sua naturale realizzazione non è affatto semplice.

Savigny riteneva che “il principiare della capacità giuridica naturale dipende dalla nascita, ossia dalla perfetta separazione di un uomo vivo dalla madre (...). La morte, come fine della capacità giuridica naturale, è un fenomeno così semplice, che non rende necessaria, come quello della nascita, una ulteriore determinazione dei suoi elementi”<sup>116</sup>.

Come evidenziato, dunque, la nascita e la morte non sono più considerati quali eventi naturali, ma sono, all’indomani degli sviluppi tecnologici e scientifici applicati alla medicina, sempre più oggetto di decisioni e, pertanto, in quanto tali sottoposti alla nostra responsabilità.

Si deve al Rapporto di Harvard del 1968 l’attuale definizione di morte in termini neurologici. Il celebre rapporto cambiò la definizione di morte basandosi non più sull’arresto cardiocircolatorio, ma sull’encefalogramma piatto: da allora l’organo indicatore della morte non è più soltanto il cuore, ma il cervello. Tale documento ha segnato un vero spartiacque fra il prima e il dopo. “Il paziente il cui cervello ha

---

116 F.C. Von Savigny, *System des Heutigen Romischen Rechts*, 1840, par. 61 e 63

smesso irreversibilmente di funzionare non è più un paziente *in finis vitae*, ma un morto e il suo corpo, a tutte le apparenze ancora vivo, non è altro che un cadavere. E pertanto si stacca il respiratore non per consentire al paziente di morire in pace, ma perché non ha senso tenere attaccato al respiratore un morto”<sup>117</sup>. Il Comitato di Harvard fu spinto a tale ridefinizione della nozione di “morte” per dare legittimazione al disporre di organi vitali ai fini del trapianto. In sostanza i pazienti che la terapia intensiva manteneva perfettamente integri e vitali nei loro corpi, poiché il loro cervello era irreversibilmente spento potevano offrire un ottima materia prima proprio ai fini del trapianto. “Con una mossa, in apparenza abilissima, il Comitato aveva preso - per così dire - Due piccioni con una fava. Una volta dichiarati morti tutti quei pazienti che si trovavano in coma apneico irreversibile, spegnere il respiratore oppure tenerlo ancora acceso in vista di un prelievo in condizioni ottimali ai fini del trapianto, non costituiva più un problema, poiché il paziente era morto. Insomma, non si spegneva il respiratore ad un paziente per consentirgli di morire dignitosamente, ma ad un paziente già morto, e allora anche il tenerlo ancora per un po’ acceso era

---

117 P. Becchi, *Ridefinire la morte?* In *Ragion Pratica* 42 giugno 2014, Il Mulino, pag 120

irrilevante”<sup>118</sup>. Tuttavia, la cosa più sconcertante della relazione di Harvard è che nell’intero documento mancano le prove per affermare che una persona è davvero morta quando il suo cervello ha irreversibilmente smesso di funzionare. E su questo solco è a dirsi, che lo sviluppo della tecnoscienza nonché l’evidenza della complessità empirica, hanno ad oggi messo seriamente in crisi l’idea che la perdita irreversibile della funzionalità dell’encefalo comporti davvero, in ogni caso, la fine e dunque la morte del funzionamento dell’organismo.

In altri termini, se per Harvard il cervello era l’organo più importante per il funzionamento del corpo umano, a tal punto da dover imputare ad esso la morte dell’uomo, ad oggi risulta che lo stesso non è così determinante ai fini del funzionamento dell’unità integrativa del corpo. Come osservato “i pazienti in stato di morte celebrale, una volta stabilizzati, conservano i riflessi spinali, normale attività cardiaca e pressione sanguigna, assimilano la nutrizione per via parenterale ed espellono le secrezioni del corpo, se la dieta non è adeguata soffrono di diarrea o di costipazione, il loro metabolismo è conservato a tal punto che l’organismo è ancora in grado di produrre ormoni.”<sup>119</sup>

---

118 *Ibidem*

119 *Ibidem*, pag.123

Stando così lo stato dell'arte, alla continua ed esasperata richiesta di una necessaria ridefinizione della "morte", secondo la migliore e più lucida critica fatta alla succitata Relazione di Harvard, compiuta da Jonas, è forse preferibile riconoscere che ci si trova in un campo incerto "è più corretto che una definizione precisa che gli fa violenza"<sup>120</sup>

---

120 H. Jonas, *op.cit.*, p. 127



### 2.1.3 Jonas e la *responsabilità*

Per risolvere il problema della giusta concezione della morte nell'età tecnologica in cui viviamo, è dunque necessaria non una nuova ridefinizione della "morte", bensì di una ampia e profonda discussione etica e giuridica sul punto.

Volto a questo intento, "Jonas ha svolto un ampio ventaglio di riflessioni etico- normativo che si riferiscono alla "prassi del principio di responsabilità", ma che al contempo mostrano l'influenza di tradizioni diverse, fra cui prevalente appare quella kantiana .

Pur essendo neoaristotelico in ontologia, Jonas non è affatto un teorico delle virtù o del carattere, privilegiando nettamente un approccio basato sui diritti e i doveri tradizionali basati nel campo delle questioni "limitate al presente", mentre adotta al contempo una prospettiva consequenzialistica nelle valutazioni degli effetti delle decisioni tecnologiche cruciali per il futuro"<sup>121</sup>.

---

121 R.Mordacci, *op.cit.*, pag 308.

L'autonomia della scienza, per Jonas, deve essere coniugata con la circostanza per la quale, nel contesto della tecnologia medica, le questioni della ricerca sono questioni pubbliche.

Il filosofo che maggiormente e in maniera più compiuta ha dedicato la sua riflessione sul tema della responsabilità, propone diverse formulazioni di imperativo categorico adeguato alla nostra epoca di sviluppo tecnologico tra le quali “Agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra”<sup>122</sup>.

Per Jonas, dunque, il principio di responsabilità consiste con il dovere di chi ha il potere di agire per il bene di chi dipende da lui. “esiste (...) un concetto diverso di responsabilità, che non riguarda la resa dei conti(...) per quanto è stato fatto, ma la determinazione del da - farsi, rispetto al quale io mi sento responsabile non per il mio comportamento e le sue conseguenze, bensì per la causa che mi impone di agire. Per esempio, la responsabilità per il benessere altrui non si limita a selezionare propositi d'azione dati in vista della loro ammissibilità morale, ma obbliga ad azioni che non sono progettate per nessun altro

---

122 H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la critica tecnologica*, trad. a cura di P.P. Parnaro, Einaudi, Torino, 1990, pag. 40

scopo. In questo caso il “per” dell’essere responsabile (quando si dice per esempio “io mi sento responsabile per qualcosa”) ha evidentemente un senso completamente diverso rispetto a quello precedente puramente autoreferenziale, il “per che cosa” si trova fuori di me anche se nell’ambito dell’influenza del mio potere, e ne dipende nel bene e nel male”<sup>123</sup> per l’Autore nella sperimentazione con l’uomo, “i requisiti di moralità non si limitano alla valutazione delle conseguenze. Anzi, a questo proposito, Jonas è in diretta polemica con l’utilitarismo, soprattutto nell’indicare come irrinunciabili alcuni doveri di rispetto nei confronti dei soggetti sperimentali”<sup>124</sup>.

Relativamente a questo senso di responsabilità, è a dirsi che lo stesso è di natura ontologica e risiede in ultima istanza nella bontà e nel valore di ciò che è oggetto di responsabilità: l’essere che è un bene in sé e che deve – aristotelicamente - sviluppare le sue potenzialità, realizzando integralmente le sue finalità. Per Jonas un esempio paradigmatico di questa forma di responsabilità è la responsabilità genitoriale nei confronti dei figli: “la responsabilità (...) dei genitori verso i figli, dato il carattere del suo oggetto, non è specifica ma globale (ossia si estende

---

123 Jonas, *op.cit.*, pag. 45

124 R.Mordacci, *op.cit.*, pag. 309.

a tutto ciò che in loro può essere tutelato) e non è occasionale ma permanente, almeno fin tanto che essi sono ragazzi”<sup>125</sup>.

Ulteriormente un'altra forma di declinazione di questo tipo di responsabilità, è per Jonas quella dell'uomo politico. Per Jonas “il vero uomo di stato scorgerà la sua fama (alla quale non è affatto indifferente) proprio nel poter dire di aver operato per il bene di coloro sui quali aveva il potere (e per i quali dunque lo aveva). Il fatto che il “su” diventi “per costituisce l'essenza della responsabilità”<sup>126</sup>.

E proprio a tali tipi di modelli di responsabilità, per Jonas che deve ispirarsi un'etica della responsabilità valida più in generale, per tutti gli uomini, in un'epoca di crisi ecologica. In questo caso, l'oggetto della responsabilità sarà la vita umana, la sua medesima sopravvivenza e la conservazione del pianeta su cui essa è declinata.

L'etica di Jonas ha un carattere massimamente anti-utopistico: Jonas assegna alla politica nell'era tecnologica il ruolo di tutela dalla catastrofe. Come icasticamente osserva Mordacci “la promessa di liberazione definitiva dalla povertà e dalla disuguaglianza, di cui è stato alfiere il pensiero marxista, non tiene conto del fatto che un tale

---

125 H. Jonas, *Il principio di responsabilità op.cit.*, pag. 69

126 *Ibidem* pag. 98

sviluppo non sarebbe affatto sostenibile per la terra e avrebbe effetti altamente rischiosi sia nel breve che nel lungo periodo. L'utopia di riscatto dei "dannati della terra" tracciata da Ernest Bloch ne Il principio speranza trova in Jonas, per un verso un lettore attento in forza della comune ricerca di una prospettiva etico-politica che metta al centro della riflessione la dimensione del futuro, ma per un altro verso un fiero oppositore, a causa del carattere smodato dell'utopia, che dimentica completamente i limiti di capienza, di capacità produttiva e di risorsa energetica della terra. La responsabilità per la permanenza della vita impone piuttosto di assumere la cautela come legge del progresso, di moderare gli obiettivi, di riconsiderare le dinamiche dello sviluppo in senso più realistico, benché forse meno attraente. L'etica della responsabilità è quindi non-utopica e, benché, non si identifichi con la paura, la include come strumento emotivo che esorta all'agire per salvare l'oggetto della nostra responsabilità dalla minaccia"<sup>127</sup>.

L'imperativo etico di Jonas, è cioè - come su evidenziato - "agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra", impone un

---

127 R.Mordacci, *op.cit.* pag. 305.

confronto con l'imperativo etico kantiano" agisci in modo che anche tu possa volere che la tua massima diventi legge universale".<sup>128</sup>.

Il superamento del modello etico kantiano <sup>129</sup> che fino ad allora era stato paradigmatico, è da individuarsi precipuamente sotto due profili. *In primis*, l'etica della responsabilità proposta da Jonas segna il passaggio da un'etica monologica ed individuale, qual è appunto quella kantiana, ad un'etica prevalentemente politica, che si pone come obbligo per l'intera collettività. *In secundis*, l'etica della responsabilità – a differenza di quella di Jonas - assume il tempo come dimensione imprescindibile. La stessa si protende verso il futuro, in chiave, anti-utopistica.

Ma il principio di responsabilità di Jonas, come si coniuga più strettamente al diritto di morire?

Partendo dal rifiuto del dualismo cartesiano per il quale la persona si identificherebbe soltanto con le proprie capacità mentali, Jonas utilizza l'impianto generale dell'etica della responsabilità per mettere in guardia sulla mutata natura dell'agire umano nell'era tecnologica.<sup>130</sup>

---

128 I. Kant, *op.cit.*,

129 Apel, *Il problema di una fondazione di un'etica della responsabilità nell'età della scienza*, 1984

130 R.Mordacci, *op.cit.*

In particolare, in riferimento a tale tema, Jonas si rifiuta di assolutizzare il principio secondo il quale la tecnologia è soltanto fonte di progresso. La fattispecie a cui si riferisce Jonas - in tali termini - è quella in cui la tecnologia medica si è spinta oltre il punto in cui il paziente è in grado di attribuirle un valore e dunque un beneficio, prolungando indebitamente la sofferenza del malato e dunque violando il suo diritto di morire. Per Jonas, “il diritto di morire risulta dall’estensione necessaria del diritto a rifiutare le cure. Il mantenimento forzoso di terapie di sostentamento vitale contro la volontà del paziente è un violazione della sua autodeterminazione; anche se in certe circostanze può esservi un dovere di continuare a vivere per la necessità di altri, si deve riconoscere che vi è un diritto a decidere sulla propria fine, rispetto al quale gli altri non possono interferire imponendo di vivere ad ogni costo. Ciò presuppone, in primo luogo, che il paziente sia effettivamente informato della propria situazione, per poter esprimere consapevolmente una scelta circa la prosecuzione o l’interruzione delle cure. Vi è quindi un diritto alla verità, che precede il diritto di morire che è fondato sulla dignità umana”<sup>131</sup>.

---

131 R.Mordacci, *op.cit.*, pag. 319.

Dunque, il diritto di morire è affrontato da Jonas nella prospettiva dei diritti<sup>132</sup>. L'impalcatura, sullo sfondo, resta quella dell'etica della responsabilità, con il suo carattere di "responsabilità per la conservazione", orientata verso la protezione dei diritti fondamentali degli individui, *in primis* il diritto alla vita ed alla integrità, a cui è subordinato il diritto di autodeterminazione sulle scelte relative al fine-vita.

Orbene, in temi di questa natura, parafrasando lo stesso Jonas, l'importante non è che si trovi una soluzione chiara ed univoca, ma che si consenta una discussione in condizioni di chiarezza e libertà, tale da rendere l'individuo e la società veramente *responsabili* di fronte alla vita e al problema, squisitamente etico, del suo valore.

---

132 H. Jonas, *Tecniche di differimento della morte ed il diritto di morire*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino, Einaudi, 2006, pag. 185



## **2.2. Il diritto di morire nell'esperienza normativa di diversi ordinamenti giuridici**

### **2.2.1. Diritto di morire: appigli normativi nell'esperienza italiana.**

Il diritto di morire rappresenta la libertà etica e la conseguente possibilità giuridica concessa da parte delle istituzioni, per ogni individuo di commettere suicidio o sottoporsi ad eutanasia volontaria.

Il riconoscimento d'un tale diritto viene frequentemente interpretato nel senso che ad un soggetto affetto da un male incurabile dovrebbe essere permesso di scegliere arbitrariamente se continuare a vivere o, se in caso di continuo rifiuto del prolungamento dei trattamenti di cura, d'esser aiutata a morire tramite suicidio assistito è proprio in questo secondo caso che si realizza la libertà di scegliere di non prolungare oltremodo le proprie sofferenze, evitando di “calpestare” la propria personale dignità umana, inoltrando una richiesta di morte dignitosa.

La delicata questione legata all'accettazione del diritto di morire trova le sue origini nel fatto che, da un punto di vista giuridico, non può configurarsi alcun diritto senza la previsione del corrispondente obbligo; e, dal momento che non è possibile costringere qualcuno a

togliere la vita ad un altro soggetto, il nostro ordinamento non considera lecita la configurabilità del diritto di morire.

Appare evidente che il nucleo fondamentale di tale problematica consiste, sostanzialmente, nello stabilire ma, allo stesso tempo, differenziare il carattere meramente morale del diritto in questione da quello più strettamente giuridico<sup>133</sup>.

Dal punto di vista giuridico, sembra quasi scontato che all'interno di una società libera debba essere riconosciuta a tutti i consociati la possibilità di rivolgersi e di usufruire, in caso di malattia, dei consigli e delle cure del medico e, conseguentemente, di sospendere, in qualsiasi momento, il trattamento<sup>134</sup>.

Viceversa, il quadro cambia quando si analizza la prospettiva morale della questione. In questo caso, infatti, il discorso può affrontare temi che, non solo esulano dal mondo giuridico, ma che fanno riferimento

---

133 A tal proposito, molto lucida l'analisi di A. Comte-Sponville, *Il diritto di morire*, 2012, secondo cui, all'interno dell'ampia categoria dell'omicidio bisognerebbe distinguere tre diverse *species*: l'assassinio, il suicidio e l'eutanasia. Mentre, infatti, nel caso di suicidio un essere umano si dà la morte in modo autonomo per le ragioni più disparate, nel caso dell'eutanasia un essere umano colpito da un male incurabile che gli rende la vita insopportabile, ottiene di essere aiutato a porre fine alle sue sofferenze. Pertanto, a parere dell'autore, due sarebbero le soluzioni praticabili: o una dichiarazione scritta redatta dal cittadino quando si trova ancora in buone condizioni di vita (DAT) oppure, in sua mancanza, la salvaguardia dei diritti di coloro che non possono difenderli da soli attraverso la loro concreta attuazione (essendo la ratio ultima di tale assunto che ogni individuo è padrone della propria vita, e quindi anche della propria morte).

134 L'unica eccezione è prevista nel caso in cui il soggetto sia affetto da una malattia che possa cagionare pericolo ad altri (ad es. malattie infettive): in queste situazioni, infatti, misure di prevenzione come cure ed isolamento possono essere rese obbligatorie.

direttamente a scelte personali dell'individuo che, in quanto tali, non possono trovare risposta nelle norme dell'ordinamento. Il padre o la madre di famiglia, ad esempio, possono adottare decisioni (si pensi alla scelta di suicidarsi, o allo stesso diritto di morire) che vanno ad incidere sul benessere dei loro figli, assumendosi la responsabilità delle loro scelte. È chiaro che una tale responsabilità limita la libertà di rifiutare le cure mediche non dal punto di vista giuridico, quanto, bensì, sotto il profilo morale, in quanto la sfera personale non è coercibile e non è direzionabile se non dalla morale dell'individuo. Tuttavia, l'individuo, avendo la possibilità di assumere ogni atteggiamento che ritiene più opportuno, generalmente preferisce intraprendere la strada più consona e vicina alla propria indole ed al proprio credo religioso, non seguendo i parametri sociali. Fatte queste premesse, resta da capire se può essere riconosciuto o meno al soggetto il diritto a lasciarsi morire, cioè a rifiutare ogni trattamento, ogni intervento proveniente dall'ordinamento giuridico fino alla morte. A tal proposito, due sono le tesi più accreditate in dottrina che postulano, l'una contro l'altra, il diritto o meno delle persone a lasciarsi morire, rifiutando ogni tipologia di cura sanitaria che l'ordinamento è in grado di offrirgli. In particolare:

1. Secondo la prima teoria, meno garantista ma condivisa sia dalla dottrina maggioritaria che dalla giurisprudenza, ogni persona ha il diritto di anticipare il momento della fine della propria vita, decidendo di lasciarsi morire. Tale teoria trova la sua ragion d'essere negli artt. 32 co. 2 Cost. e 13 co. 1 Cost.; per quanto riguarda l'articolo 32, esso stabilisce che i trattamenti sanitari si caratterizzano per la loro "consensualità". A corollario di ciò, tra l'altro, viene imposta anche la regola secondo cui il medico deve informare il paziente, prima di eseguire su di esso una qualsiasi cura medica o intervento, del tipo di cura che è possibile fare, delle controindicazioni, della durata della terapia ecc. Si tratta del cd. "consenso informato"<sup>135</sup>, necessario affinché il soggetto possa valutare liberamente, con cognizione di causa, se la cura medica prospettata sia effettivamente in grado di giovarle o meno; fermo restando che, nel caso in cui l'individuo sia impossibilitato nell'emettere un valido consenso, perché versante in stato di

---

<sup>135</sup> Questa regola, di rango costituzionale, è stata, peraltro, confermata a livello internazionale dalla Convenzione di Oviedo del 1997 che è stata ratificata dall'Italia con la Legge n. 145 del 28 marzo 2001 che ha stabilito alcuni fondamentali principi. In primo luogo, quello già presente nella Costituzione, per il quale ogni intervento o terapia, invasivo o no, necessita dell'assenso dell'interessato. In secondo luogo l'assenso deve essere consapevole, ovvero deve essere preceduto da una adeguata informativa riguardo alle caratteristiche, ai rischi e alle finalità dell'intervento. Infine, anche qualora il consenso sia stato concesso, il paziente è sempre libero di ritirarlo in qualsiasi momento.

incoscienza o di insanità mentale, questo debba essere prestato da altre persone (ad es. i parenti più stretti) nel suo interesse. In ogni caso, tale norma, pur stabilendo espressamente che i trattamenti sanitari siano volontari, prevede che questi possano essere somministrati in modo coatto per disposizione espressa di legge. Ciò si verifica, ad esempio, nel caso di vaccinazioni ed altri trattamenti espressamente obbligatori per legge, che hanno lo scopo di tutelare la comunità principalmente contro il propagarsi di malattie infettive<sup>136</sup>.

2. La seconda teoria, minoritaria, affonda le proprie radici nel principio, più teologico che giuridico, secondo cui la vita è un bene indisponibile; partendo da tale assunto, ne deriva che, data l'indisponibilità del bene vita, l'individuo non può essere lasciato libero di rifiutare le cure mediche fino al raggiungimento della morte. La principale argomentazione sottesa a tale teoria è da ravvisare nell'art. 5 c.c., in virtù del quale sono vietati gli atti di

---

<sup>136</sup> E' appena il caso di osservare che il principio consensuale dei trattamenti sanitari non deve essere oggetto di interpretazioni ingannevoli e fuorvianti, dal momento che esso non afferma il diritto al suicidio, bensì solamente il diverso diritto dell'individuo di scegliere se, quando ed in che modo curarsi. In tal senso, cfr. R. Dworkin, *Il dominio della vita: aborto, eutanasia, e libertà individuale*, Milano, 1994; M. G. Nacci, *Diritto alla vita e ordinamento costituzionale. Profili di diritto italiano e comparato*, Bari, 2008; F. Cavalla *Diritto alla vita e diritto sulla vita. Sulle origini culturali del problema dell'“eutanasia”*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1988, p. 16 ss.

disposizione del proprio corpo quando cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Tuttavia, la dottrina maggioritaria ha individuato il limite principale di tale tesi nel fatto che solo i comportamenti positivi (e non anche quelli omissivi) sarebbero in grado di operare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, così come prevista dall'art. 5 c.c. I comportamenti negativi, pertanto, risulterebbero irrilevanti ai fini del predetto articolo, poiché la libertà di omettere di "fare qualche cosa" per non diminuire la propria integrità fisica, rientra nell'ambito delle proprie facoltà personali, ambito che, come detto poc'anzi, non presenta punti di contatto con quello giuridico.

In secondo luogo, per quanto riguarda il diverso e più generale argomento dell'indisponibilità del bene vita, la dottrina maggioritaria ha evidenziato la natura prevalentemente teologica di tale principio che risulterebbe valido, pertanto, soltanto dal punto di vista morale; mentre difficilmente si potrebbe adattare al tessuto giuridico che, al contrario, inquadra la persona umana nella sua proiezione sociale, relazionale. In altri termini, quindi, altro limite di questa seconda tesi è da ravvisare nel fatto che l'assetto costituzionale è indirizzato alla tutela della vita di

fronte alle aggressioni altrui, della collettività, e non di fronte alle aggressioni “di se stesso”.

Nonostante la mancanza, all’interno dell’ordinamento costituzionale italiano, di un’enunciazione normativa espressa che tuteli il diritto alla vita, sia dottrina che giurisprudenza unanimemente sono concordi nel ritenere che il diritto alla vita comporti un’implicazione del sistema costituzionale<sup>137</sup>. Il nodo principale da sciogliere, pertanto, riguarda la possibilità di stabilire l’incidenza che sulla materia discende dai principi costituzionali, valutando l’esistenza o meno di un vero diritto di morire con dignità, quale estrinsecazione del più generale diritto alla dignità umana. Invero, è proprio con l’avvento della Costituzione che il dibattito sulla disponibilità dei beni strettamente personali segna un mutamento significativo; in particolare, il dibattito intorno alla possibilità di configurare una copertura costituzionale per l’eutanasia

---

<sup>137</sup> Per una ricostruzione dei principi costituzionali in materia di diritto alla vita cfr. A. Loiodice, *Le incoerenze degli ordinamenti giuridici in tema di aborto: profili costituzionali*, in A. Tarantino (a cura di), *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 189-196; Id., *Il protagonista della vita (l’embrione) nell’incertezza delle discipline giuridiche: profili costituzionali*, in A. Tarantino (a cura di) *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 117 – 130; Id. *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, Intervento al Convegno Procreazione assistita: problemi e prospettive Roma, Accademia dei Lincei, 31 gennaio 2005; Id., *La sfera giuridica del nascituro concepito: aspetti giuspubblicistici*, relazione al Seminario di studi su: *L’inizio della persona umana*, XX Anniversario della morte di Giorgio La Pira, Università “La Sapienza” Roma 13 – 15 marzo 1997; cfr. anche A. Tarantino, *Il rispetto della vita – Aborto Tutela del minore ed Eutanasia*, ESI, Napoli, 1998.

sarebbe in parte riconducibile, secondo alcuni Autori, alla *vexata quaestio* se il catalogo dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione sia chiuso o aperto. A tal proposito possiamo distinguere due diverse correnti di pensiero:

Secondo una prima dottrina, attribuire alla clausola dei diritti inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione un contenuto aperto e indeterminato equivarrebbe a rendere estremamente incerta l'esatta estensione della norma e, perciò stesso, ad aprire la via alle più varie ed arbitrarie esegesi soggettive. Tuttavia, pur interpretando i diritti inviolabili come un catalogo chiuso, una simile lettura non costringerebbe a pietrificare il contenuto normativo di tali diritti, dal momento che gli articoli 13 e seguenti potrebbero essere oggetto di un'interpretazione estensiva ed evolutiva, tale da ricomprendere tutti quelli che vengono comunemente definiti «nuovi diritti»<sup>138</sup>.

Secondo altro orientamento, invece, una lettura chiusa dell'articolo 2 Cost. equivarrebbe ad attribuirgli un significato pleonastico e

---

138 Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Istit. Enc. Ital., Roma, 1989, p. 18 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 54 ss.; T. Martines, *Diritto costituzionale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 1997, pp. 746-747; F. Modugno *La tutela dei «nuovi diritti»*, in *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 88 ss.; A. Pace, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Politica del diritto*, 1993, 1, p. 3 ss.; Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (parte generale)*, Cedam, Padova, 1985, p. 3 ss.



tautologico, con la conseguenza che non dovrebbe escludersi l'affermazione di altre posizioni inviolabili oltre quelle disciplinate dalle disposizioni costituzionali, sia integrando eventuali lacune, sia interpretando le evoluzioni e gli sviluppi del sentimento di giustizia e della coscienza sociale dei cittadini<sup>139</sup>.

In verità, le due diverse dottrine sono molto più vicine di quanto potrebbe sembrare nella realtà, poiché entrambe arrivano alla medesima conclusione riconducendo il 'nuovo' diritto ad un'interpretazione estensiva di un diritto di libertà già presente nella Carta: la differenza tra le due impostazioni dottrinali rimane solo quella per cui "l'una ugualmente acconsente alla positivizzazione di 'nuovi' diritti fondamentali (che, tuttavia, non chiama così...), sempre che se ne dimostri la strutturale connessione coi (o, ad essere ancor più giusti, la filiazione dai) diritti iscritti dallo stesso Costituente (...); l'altra

---

139 Cfr. A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Edizioni de «Il Foro Italiano», 1978, p. 97; A. Barbera, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., Zanichelli – Soc. Editr. Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 84 ss.; AMATO G., *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Politica del diritto*, 1990, 1, p. 47 ss.; P. Grossi *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, p. 172; F. Cuocolo, *Principi di diritto costituzionale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1999, pp. 347-348; Id. *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 581 ss.; A. Spadaro, *Il problema del 'fondamento' dei diritti 'fondamentali'*, in *Diritto e società*, 1991, p. 458 ss.

impostazione, potrebbe, volendo, portare ancora più in là alla creazione di diritti autenticamente nuovi”<sup>140</sup>.

Particolarmente discussa, poi, è la questione relativa alla possibilità di poter riconoscere e tutelare, a livello costituzionale, un vero e proprio “diritto all’eutanasia”, intendendosi con ciò il diritto alla scelta del tempo e del modo della propria morte, quand’anche si renda necessario l’aiuto attivo e diretto di un medico (o di altro terzo) per procurare, agevolare o accelerare l’evento letale.

Secondo l’orientamento maggioritario<sup>141</sup>, un’ipotetica legge che riconosca la legalità dell’eutanasia, ed accanto ad essa un diritto alla morte, contrasterebbe inevitabilmente con quanto previsto dalla stessa Costituzione, dal momento che l’articolo 2 della Carta, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell’uomo, vieta in modo assoluto, seppure implicito, la realizzazione di qualsiasi atto diretto a interrompere o abbreviare la vita dell’uomo. Non da meno, l’articolo 3,

---

140 Cfr. A. Ruggeri, *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 63.

141 Cfr. in particolare P. Giocolo Nacci, *Diritto allo sviluppo e diritto alla vita*, in *Amministrazione e politica*, 1991, p. 15; F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 16 ss.; G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 39-40; G. Gemma, *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1999, vol. XV, pp. 681-682; A. Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 115; M.B. Magro, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1426.

comma 2, attribuisce allo Stato l'arduo compito di assicurare il pieno sviluppo della persona umana. Nello specifico, una lettura sistemica dell'articolo 2 con l'articolo 32 della Costituzione (nella misura in cui impone la «tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo» e vieta la violazione dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana») ha portato i sostenitori di tale tesi a ritenere che la Costituzione intende salvaguardare il diritto alla vita da qualunque aggressione, anche in presenza di un morbo incurabile di per sé idoneo a generare particolari sofferenze. Non esisterebbe e non potrebbe esistere, conseguentemente, «un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia, né attiva né passiva, risultando difficile accomunare dal punto di vista della tutela costituzionale il diritto dell'uomo di vivere e quello opposto a morire»<sup>142</sup>.

Appare evidente, inoltre, come non possano assolutamente essere posti sul medesimo piano, da un lato, il lasciarsi morire e, dall'altro, il manifestare a qualcuno la volontà di essere attivamente aiutato a morire; in questa seconda ipotesi, infatti (oltre al fatto che la richiesta ed il conseguente atto risulterebbero *contra natura*, perché diretti a

---

142 I. Nicotra Guerrera, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, Giuffrè, Milano, 1997, p. 147.

porre fine ad una vita umana, non semplicemente a fare in modo che essa si chiuda più velocemente per effetto o a seguito del rifiuto di terapie di mantenimento) si sarebbe in presenza di una *relatio ad alteros*: vi sarebbe cioè il coinvolgimento diretto di una terza persona (di solito un medico) nella propria scelta<sup>143</sup>. Ne deriva, pertanto, che, secondo tali Autori, risulterebbe impossibile riconoscere rilevanza giuridica ad una situazione in cui potrebbe verificarsi il dominio della volontà di un soggetto (il paziente che vuole morire) su quella di un altro (il medico che deve ucciderlo), trasformando geneticamente il diritto alla propria morte nel diritto al proprio omicidio: ecco il motivo per il quale l'eutanasia attiva sarebbe intrinsecamente antiggiuridica e, dunque, incostituzionale.

Naturalmente, poi, vi sono quei casi più tormentati, come quello del paziente più o meno “prigioniero” (ad esempio in ospedale) e nello stadio finale di una malattia incurabile, in cui l'impotenza fisica del malato costringe altri al ruolo di complici nella realizzazione della sua

---

143 Con la conseguenza, peraltro, che se si riconoscesse ad alcuni il “diritto a ottenere un aiuto per morire”, dovrebbe specularmente configurarsi per altri un corrispondente “dovere di uccidere”; in tal senso cfr. M. Charlesworth, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma, 1996, p. 25.

scelta di morte o, addirittura, perfino a quello di suoi sostituti nell'operare la scelta. Due sono le ipotesi principali:

A) Il paziente incurabile, ma cosciente nella fase terminale di una malattia incurabile;

B) Il paziente privo di coscienza nello stato di coma irreversibile.

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub A*), non sono poche le volte in cui capita che dopo la prima o la seconda operazione si renda necessario intervenire chirurgicamente ancora una volta sul paziente e quest'ultimo, stremato ed impaurito dalla nuova operazione, si rifiuti di sottoporsi all'operazione. Orbene, perché possa considerarsi valido a tutti gli effetti, il rifiuto del paziente deve innanzitutto basarsi sulla stessa condizione abilitante su cui, di regola, poggia il suo consenso: in altre parole, deve fondarsi su una buona informazione<sup>144</sup>.

A tal proposito, secondo Jonas “si dovrebbe rispettare l'autonomia del paziente, non privandolo dunque con l'inganno della possibilità di scegliere, essendo ben informato, quando sia in gioco la vita, a meno che egli desideri essere ingannato. Riuscire a comprendere questo è una

---

<sup>144</sup> Di fatto, anche un consenso può darsi ben fondato solo se chi decide conosce oltre i “pro” anche i “contro”, gli aspetti sfavorevoli e rischiosi, a cui un rifiuto si potrebbe appoggiare; ne consegue che il diritto di morire risulta inseparabile da un diritto alla verità.

componente dell'arte del vero medico che non s'impura nelle scuole di medicina. Egli deve saper valutare correttamente la persona del suo paziente: una prestazione non indifferente della capacità d'intuizione. Se si è convinto che il paziente vuole veramente sapere la verità [...] allora è moralmente e contrattualmente obbligato a fargliela conoscere. La bugia pietosa, se palesemente auspicata, è onesta; e parimenti l'incoraggiante illusione di vantaggi terapeutici diretti, che comunque presuppone una situazione nella quale non è ancora in gioco la scelta ultima. Negli altri casi però, e soprattutto quando si tratta di prendere una decisione, il diritto della persona matura alla piena verità, qualora sia richiesta in modo serio e credibile, dovrebbe avere *in extremis* l'ultima parola di fronte alla carità e a qualsiasi autorità tutelare, cui il medico possa appellarsi in nome del preteso bene del suo paziente<sup>145</sup>.

Una volta, quindi, che il malato sia stato messo al corrente in modo dettagliato e, nonostante questo, abbia deciso di prendere la sofferta decisione, rifiutando di prolungare, attraverso le cure, la sua condizione di condannato a morte, allora il suo diritto di morire è stato rispettato.

---

145 H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, p. 193-194.

Da un punto di vista pratico, tuttavia, l'eliminazione delle sofferenze mediante il raggiungimento della morte non può assolutamente essere ottenuta semplicemente attraverso l'utilizzo di sedativi; né si può pretendere che il medico adotti provvedimenti positivi finalizzati a questo scopo, oppure che il personale ospedaliero "faccia finta di non vedere" se una terza persona procuri al paziente quei mezzi<sup>146</sup>. Del resto "l'eutanasia come atto medico può essere presa in considerazione solo nei casi di un residuo di vita che vegeta incosciente e viene conservato artificialmente, quando la persona del paziente è già estinta. Ma se negli altri casi escludiamo, anche in conflitto con il diritto di morire del paziente, l'eutanasia a opera del medico (al fine di tutelare la sua professione), allora dobbiamo aggiungere che mettere il paziente in possesso di medicine mortali non si differenzia di molto rispetto al somministrargliele direttamente su sua richiesta. Se non altro, ciò contrasterebbe con il requisito dell'accesso privilegiato del medico a tali mezzi, un privilegio che verrebbe messo in pericolo anche da un beninteso abuso"<sup>147</sup>.

---

146 Ciò non solo è proibito dalla legge, ma è anche ostacolato dal senso più profondo della professione medica che, in nessun caso, neanche se la richiesta proviene dal paziente, può attribuire al medico il ruolo di donatore di morte.

147 H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, p. 196.

Ora, nell'ipotesi del paziente cronico cosciente, il permettere di morire (che non va confuso con l'aiutare a commettere un suicidio e nemmeno con l'omicidio) non dovrebbe lasciar spazio né a ripercussioni di tipo professionale né di tipo legale (sia civili che penali) qualora si consenta, stanti le ripetute richieste del paziente (e non, quindi, un'isolata supplica legata ad un momento di disperazione) di staccare, ad esempio, la macchina della respirazione artificiale che gli consente soltanto di prolungare il suo stato di incurabile. Le cose potrebbero cambiare nel caso in cui il medico ponga in essere un'attività positiva consistente, per ipotesi, nella somministrazione di sedativi. In questa circostanza, infatti, qualora dosi nocive risultino indispensabili al fine di alleviare una sofferenza divenuta, ormai, costante ed insopportabile, l'azione del dottore potrebbe entrare in conflitto col principio medico di non nuocere alla salute del paziente. Il problema, qui, è di stabilire quale dei due doveri abbia la precedenza. Se il paziente è curabile (o quantomeno ancora positivamente influenzabile dalle cure) appare evidente che debba trovare applicazione il secondo dei due principi: non gli devono, quindi, essere somministrate dosi di medicinali che possano mettere in pericolo la sua esistenza.



La situazione, viceversa, cambia laddove il degente si trovi nello stadio finale di una malattia divenuta, ormai, insensibile a qualsiasi tipo di trattamento terapeutico: in questo secondo caso, infatti, la richiesta continua e disperata di sedativi, per forza di cose, non può non sovrastare il divieto di nuocere. Fermo restando che “il paziente deve sapere a quale prezzo il dolore può essere alleviato e deve dare il suo consenso. Il danno può influire sulla durata della vita, il sollievo accorciare il lasso di tempo che rimane: ma ciò avverrebbe proprio a vantaggio di questo resto di vita, che guadagnerebbe in qualità più di quanto perderebbe in quantità. Accelerare in questo modo la fine, provocandola come effetto secondario rispetto allo scopo perseguito, rendere sopportabile e quindi ancora degno di essere vissuto il residuo di una vita che non può essere salvata, è moralmente giusto e dovrebbe essere considerato irreprensibile tanto dalla legge quanto dall’etica professionale, a onta del fatto che questa scelta aggiunge un’ulteriore componente di morte in una situazione oggettiva di per sé già mortale. A partire da un certo momento il medico cessa di essere guaritore e diventa, per il paziente, ausiliario di morte. [...] Né dal punto di vista morale, né da quello concettuale è possibile confondere l’uccidere con

questa sorta di scambio, concordato con il paziente, tra sopportabilità e durata di un processo di morte”<sup>148</sup>.

Per quanto riguarda l’ipotesi *sub B*), si tratta di una situazione molto complessa in quanto il paziente che versa in stato di coma irreversibile è un soggetto, mantenuto in vita artificialmente, incapace di poter diventare titolare della decisione di continuare a vivere se non a mezzo di un rappresentante che, in via presuntiva, potrebbe manifestare la volontà del malato. Appare evidente, pertanto, che in mancanza di un tale soggetto, non può dirsi configurato in senso stretto il diritto di morire, poiché questo, come ogni altro diritto, presuppone un titolare che all’occasione vi faccia appello, anche se non è in grado di farne uso da solo.

La questione è particolarmente delicata perché a venire in gioco è il diritto-dovere di terzi di prolungare lo *status* del paziente o, viceversa, di porvi fine attraverso la sospensione definitiva del trattamento artificiale. Se da un lato la ragione ed il senso umanitario tracciano la via verso la seconda alternativa (indipendentemente dal qualificare tale scelta come diritto o come dovere), dall’altro l’orrore umano nei

---

<sup>148</sup> H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, p. 198.

confronti dell'uccidere così come l'etica professionale e la legge pongono una resistenza difficilmente valicabile. Due sono le soluzioni che possono essere validamente prese in considerazione:

La prima consiste in una revisione del concetto di morte e della sua sintomatologia, secondo cui un coma di un certo grado può essere considerato, per l'appunto, alla stregua della morte (si pensi al caso della cd. "morte cerebrale"). Seguendo questa impostazione, ne deriva, conseguentemente, che l'interruzione del trattamento artificiale non solo dovrebbe essere consentita ma, addirittura, quasi obbligatoria, così da evitare uno spreco inutile di risorse mediche preziose in assenza di anche una minima possibilità di salvare il paziente<sup>149</sup>.

La seconda soluzione, invece, fa leva sul fatto che non avrebbe senso prolungare la vita soltanto in via artificiale perché verrebbe a mancare il presupposto dell'esistenza stessa. Secondo quest'orientamento, infatti, "non solo è lecito sospendere quei mezzi straordinari per l'ulteriore

<sup>149</sup> Emblematico, a tal proposito, appare il caso Karen Quinlan: la giovane ragazza caduta in coma profondo venne mantenuta in vita a livello vegetativo-organico mediante respirazione, alimentazione e altri trattamenti artificiali. Su richiesta dei genitori il Tribunale concesse (tra l'altro senza avvalersi di una definizione di morte e di una perizia) di interrompere la respirazione artificiale. Subentrò la respirazione naturale. A questo punto i genitori optarono per la prosecuzione dell'alimentazione artificiale, la cui interruzione avrebbe richiesto un'altra sentenza del Tribunale (ed è dubbio che i genitori sarebbero riusciti ad ottenerla). Senza una sentenza, in ogni modo, alimentazione e altri trattamenti ausiliari dovevano, in base al diritto vigente, continuare fintantoché l'organismo in grado di respirare prosegue, grazie ad esse, il suo metabolismo e la restante attività vitale; nel giugno 1985, dopo 10 anni di coma, Karen Quinlan è morta.

mantenimento della vita, ma doveroso, nei confronti del paziente al quale si deve consentire di morire; l'interruzione della conservazione artificiale non è opzionale ma obbligatoria. Perché qualcosa come un diritto di morire si lascia in definitiva stabilire proprio in nome e in difesa della persona che il paziente era e la cui memoria viene offuscata dalla degradazione di una simile prolungata sussistenza. [...] Se si ammette ciò, resta da vedere se un siffatto principio di selezione continui a valere al di là dell'ammissione iniziale e trovi applicazione nella continuazione del trattamento del paziente anche quando subentri un candidato migliore. In generale si deve escludere quest'eventualità, riconoscendo qui una priorità di diritto del primo fruitore. Una volta avviato il trattamento sarebbe un'indicibile crudeltà revocare, qualunque siano gli interessi esterni che si possano addurre e fintanto che il paziente lo desidera, un ausilio di vita già concesso. [...] Ma il paziente in stato di coma irreversibile è ormai insensibile alla crudeltà come pure all'azione misericordiosa, e il vantaggio che egli ricava dal trattamento è letteralmente nullo; [...] in questo peculiare caso-limite il criterio del minimo vantaggio può, pertanto, acquistare di fatto efficacia e disporre moralmente l'interruzione di quanto avviato in precedenza

per non privare altri di un soccorso vitale da cui potrebbero trarre vantaggio<sup>150</sup>.

---

150 H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. op.cit.*, p. 203.

### **2.2.2. Diritto di morire e sua disciplina normativa: profili comparativistici.**

La delicata questione del diritto alla vita ed alla morte, le problematiche relative alla capacità di autodeterminarsi anche in momenti tanto particolari come quelli di patologie incurabili, il ruolo del terzo, sia esso medico-sanitario o amministratore di sostegno o esecutore delle volontà di vita, sono tutte sfide che hanno interessato con modalità diverse, gran parte dei paesi occidentali.

Naturalmente, gli ordinamenti di *civil law*, da sempre meno concreti ma, allo stesso tempo, più ideologicamente influenzati rispetto a quelli di *common law*, hanno dovuto affrontare un percorso complesso e ricco di ostacoli, per riconoscere il diritto in capo al singolo soggetto di poter determinare la propria qualità di vita.

Tuttavia la strada intrapresa non ha ancora consentito di giungere ad una esatta definizione della materia né da un punto di vista “euristico” né da quello metodologico. In particolare, ogni Paese, il cui ordinamento giuridico è stato sottoposto ad analisi, si è caratterizzato per la diversità di risposte, così come diversi sono gli strumenti di tutela

predisposti; ferma restando, però, una tendenza comune indirizzata all'emancipazione della persona rispetto ai vincoli normativi statali che risultano ancor più stringenti in virtù dell'assoluta "individualità" della materia.

Analizzando sotto il profilo comparativistico<sup>151</sup>, *in primis*, il modello francese, questo è stato caratterizzato, fin da subito, da un acceso dibattito, nato sia a livello sociale che politico, ed approdato al Senato francese, il quale ha adottato, in data 12 aprile 2005, un importante testo legislativo avente come fine quello di disciplinare i diritti dei malati, con particolare riferimento a quelli dei malati in stato terminale<sup>152</sup>.

Partendo proprio da questa legge, occorre sottolineare l'importanza degli effetti dei suoi successivi aggiornamenti ed in particolare del decreto n. 120 del febbraio 2006, che hanno profondamente modificato, nella parte riguardante "le cure prestate al malato", il Codice della Sanità pubblica (*Code de la Santé publique*) francese<sup>153</sup>.

---

151 Sul punto per una esatta ricostruzione storica e comprensione dei principi, cfr. S. Sica *Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana*, Napoli, 1990, pp. 59-3 ss.

152 Legge n. 2005-370 "Relativa ai diritti del malato ed alla fine della vita": i profili di maggiore interesse sono relativi alla disciplina della libertà di ciascuno di esprimere preventivamente il proprio convincimento sulle modalità d'intervento medico-sanitario nel caso in cui l'individuo stesso non sia capace di provvedere in un dato momento.

153 "Il Testamento biologico in Europa e nel mondo" in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) del 6 febbraio 2009 (20-12-2009). Viene, in primo luogo, modificato l'articolo L. 1110-5, relativo al diritto della persona a ricevere le cure più appropriate. Viene affermato, quindi, che gli atti di prevenzione, indagine o cura non debbano essere perseguiti con un'ostinazione non ragionevole; quando essi appaiono inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il mantenimento in vita artificiale,

A tal proposito l'articolo L. 1111-10 stabilisce che, se un determinato soggetto, in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, decide di sospendere o di non sottoporsi più ad alcuna cura, il dottore è tenuto a rispettarne la volontà, dopo aver efficacemente informato il malato sulle possibili conseguenze della scelta, tutelando la dignità del medesimo e assicurandogli, con l'utilizzo di terapie palliative, un adeguato decorso clinico.

Inoltre, l'articolo L. 1111-11 prevede, invece, la facoltà per una persona maggiorenne di formulare "direttive anticipate" (*directives anticipées*), in ordine alle limitazioni o interruzioni definitive delle cure terapeutiche, cui attenersi nel caso in cui l'autore, successivamente, non fosse più nella condizione di poter esprimere la propria volontà<sup>154</sup>. Nel dettaglio, tali *directives anticipées* sono sottoposte a rigorosi limiti di

---

possono essere sospesi o non iniziati e, in questo caso, il medico salvaguarda la dignità del malato e assicura la qualità della sua vita, ricorrendo a terapie palliative. Inoltre, qualora il medico constata che un trattamento antidolorifico risulti efficace ad alleggerire le sofferenze di un malato in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, vi può ricorrere, anche se ciò comporti come effetto secondario di abbreviare la vita, a condizione che il malato, oppure il suo fiduciario, se designato e la famiglia o, in mancanza di essa, un parente, ne siano informati. Si ricorda altresì che è stato istituito il *Comité national de suivi du développement des soins palliatifs et de l'accompagnement de la fin de vie*, il quale ha il compito di promuovere le politiche di sostegno allo sviluppo e alla diffusione delle cure palliative nonché di vigilare sull'attuazione della normativa concernente le medesime cure e l'accompagnamento alla fine della vita. Dossier n. 104 del marzo 2009 del servizio studi del Senato, *La disciplina del testamento biologico in alcuni paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti)*, p. 7, in [www.senato.it](http://www.senato.it)

154 Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, CEDAM, 2009, p. 63



validità che presuppongono che le stesse debbano essere redatte per iscritto, datate e sottoscritte<sup>155</sup>.

In caso di corretta redazione, esse assumono rilevanza giuridica e, in un certo senso, “vincolano” i medici, i quali non potranno non tenerne conto, nell’ambito delle decisioni che dovranno essere adottate ai fini del trattamento terapeutico, per l’ipotesi in cui il paziente versi in stato d’incapacità naturale, purché non siano decorsi più di tre anni dal momento in cui il degente abbia perso la capacità d’intendere e di volere.

All’interno di questo contesto emerge una figura molto importante rappresentata dal “fiduciario”, ossia quella persona individuata direttamente dal soggetto, la quale deve essere necessariamente consultata nel caso in cui il malato non sia in grado di manifestare la propria volontà poiché ricopre il ruolo di “rappresentate” degli interessi del soggetto stesso<sup>156</sup>. A tal proposito, il *Code de la Santé publique*,

---

155 In ragione della estrema delicatezza della materia, è sempre fatta salva, in capo al soggetto interessato, la facoltà di revoca in ogni momento e senza alcuna formalità.

156 In Francia si parla di Mandato di protezione futura; esso trova attuazione nel momento in cui si constata, tramite certificato medico, l’alterazione delle capacità di un soggetto, senza che il giudice debba intervenire. Un esempio è rappresentato dal Mandato dei genitori di un figlio handicappato maggiorenne di designare la persona che assumerà la protezione del figlio nel momento in cui essi non saranno più in grado di farlo. Il mandato, che per considerarsi valido deve essere concluso solo mediante atto notarile, può essere generale o speciale e può riguardare sia gli atti necessari alla protezione della persona (esclusi gli atti personalissimi) che quelli necessari all’amministrazione del patrimonio.

all'articolo L. 1111-12l stabilisce che, nel caso in cui un soggetto, divenuto ormai incapace di esprimere la propria volontà per effetto di una malattia grave e incurabile, abbia precedentemente nominato un fiduciario, l'opinione espressa da quest'ultimo, a meno che si tratti di casi d'urgenza o d'impossibilità, deve essere preferita rispetto ad ogni altro parere non medico, tranne che sulle *directives anticipées*, nelle decisioni circa le indagini, gli interventi o i trattamenti medici. Naturalmente, questo confronto deve conformarsi alle regole delle "procedure collegiali" (art. L. 1111-13) secondo cui la scelta definitiva spetta al medico curante (scelta che necessita di essere adeguatamente motivata dal medico stesso), previa consultazione, se del caso, con l'équipe medica e dietro parere motivato di almeno un medico-consulente<sup>157</sup>; fermo restando che il medico, nel caso in cui intenda disporre la limitazione o la cessazione del trattamento sanitario e le direttive anticipate non risultino allegate alla scheda clinica, ha l'obbligo di assicurarsi della loro (non) esistenza e del loro deposito

---

<sup>157</sup> La decisione deve tener conto degli orientamenti che il paziente possa aver espresso precedentemente, in particolare nelle eventuali direttive anticipate, del parere del fiduciario, eventualmente designato, nonché della famiglia, o, in mancanza di essa, di uno dei parenti. Se il paziente è un minore o un maggiorenne sotto tutela, il medico consulta anche gli esercenti la potestà parentale o la tutela, a meno che non si tratti di una situazione di urgenza. Non deve esserci alcun rapporto gerarchico tra il medico curante e il consulente. Può essere acquisito, su richiesta di uno dei due medici suddetti, il parere di un secondo medico consulente.

presso il fiduciario, se nominato, o presso la famiglia o, in mancanza, i parenti ovvero presso il medico curante o presso quello che gli ha indirizzato il paziente (art. R. 1111-20)<sup>158</sup>.

Passando, poi, ad analizzare l'ordinamento spagnolo, va immediatamente segnalato che la forte componente cattolica dello Stato, da una parte, e la dittatura Franchista protrattasi sino alla metà degli anni settanta, dall'altro, hanno fatto sì che la Spagna assumesse una posizione d'avanguardia su questa tematica: ciò trova conferma nel fatto che l'esperienza iberica è stata tra le prime ad approvare giuridicamente la normativa del cd. "*testamento vital*" grazie al lavoro della Conferenza episcopale spagnola<sup>159</sup>.

---

158 Viceversa, nel residuale caso in cui il soggetto non abbia provveduto a comunicare le proprie disposizioni è previsto che ogni scelta spetti esclusivamente ai medici nell'esercizio della loro professione e nel rispetto delle norme di legge.

159 Sul punto cfr. S. Agosta, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruentes ed almeno una proposta costruens)*, p. 5. A proporre l'introduzione normativa del c.d. *testamento vital* fu la Conferenza episcopale spagnola, appena dieci anni dopo la morte di Franco, la quale ha sostenuto che la volontà della persona debba essere rispettata "come se si trattasse di un testamento", così escludendo un possibile rifiuto, od obiezione di coscienza, da parte del medico; inoltre, con chiarezza e risolutezza, ha evidenziato anche che "la vita in questo mondo è un dono e una benedizione di Dio, ma non è il valore supremo assoluto". In precedenza, già il XXXVII Congresso del Partito Socialista spagnolo del premier José Louis Zapatero, del resto, era stato inaugurato con la presentazione di un emendamento sulla c.d. morte degna: in campagna elettorale, sull'argomento era calata una pesante coltre d'indifferenza e di silenzio sebbene in più di una dichiarazione pubblica prima delle elezioni lo stesso Zapatero avesse affermato che "nessuno, per le sue convinzioni religiose, può opporsi al diritto dei cittadini a vivere o morire degnamente". L'emendamento, poi approvato dal Congresso insieme a una serie di altri temi di carattere sociale, affrontava in primo luogo il nodo del testamento biologico ma trattava pure della più ampia possibilità di non accettare alcuni trattamenti medici, nonché del diritto ad un adeguato trattamento del dolore e ad un uso maggiore dei sedativi: nell'ultimo punto di esso si auspicava infine che nei prossimi anni, quando si fossero consolidate le prassi già descritte, nella società si aprisse "un dibattito sulla possibile legalizzazione del diritto dei pazienti affetti da

Nel dettaglio, il testamento biologico del 1989 può essere suddiviso in due parti: la prima, consistente nell'individuazione delle terapie mediche cui ci si intende sottoporre nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità, oltre che l'enunciazione dei principi fondamentali sui quali la richiesta deve fondarsi (e cioè la consapevolezza del carattere sacro della vita, l'impossibilità di eludere la morte ed il suo porre termine all'esistenza terrena per aprire le porte della strada verso Dio); e la seconda parte, invece, contenente il rifiuto di rimedi eccessivamente sproporzionati rispetto a quella che è la reale possibilità di salvare la vita del malato, il rifiuto di non prolungare, in modo del tutto irrazionale, il processo di morte, il desiderio di pace e della presenza dei familiari oltre che della assistenza religiosa per i malati terminali.

In seguito ad un lungo ed acceso dibattito che ha coinvolto sia la politica che la società, nuovi ed emergenti orientamenti hanno definito quello che è il contesto attuale in cui le “*instrucciones previas*”<sup>160</sup>,

---

malattie terminali o invalidanti a chiedere ai medici un intervento più attivo di quelli già descritti”.

160 Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, CEDAM, 2009, p. 63. La legge è entrata in vigore il 16 maggio del 2003 ed ha natura di legislazione di base, conformemente a quanto disposto nella Costituzione, al fine di assicurare a tutti i cittadini spagnoli le medesime garanzie nello sviluppo e nella protezione dei diritti in essa sanciti. È divisa in sei capitoli ed risulta strutturata intorno a due assi principali: l'esercizio dell'autonomia del paziente-fruitore ed i diritti e gli obblighi in materia di documentazione clinica. Al primo principio sembra attenere la disciplina relativa a: il consenso informato e la capacità di prestarlo autonomamente o tramite rappresentante, il diritto ad accettare o rifiutare un trattamento, la possibilità di definire anticipatamente la scelta da adottare rispetto ad un trattamento futuro e/o di nominare il soggetto

disciplinate dalla Legge del 14 novembre 2002 n. 41387 (cd. “Legge sui diritti dei pazienti”), rappresentano lo strumento residuale con il quale manifestare la propria volontà in caso di assoluta incapacità d’esprimersi.

Tale legge, in particolare al primo comma dell’art. 11 (che definisce i caratteri principali della disciplina relativa alle linee guida preventive o “dichiarazioni anticipate di volontà”<sup>161</sup>), riconosce la possibilità per un maggiorenne, capace e libero, di esprimere anticipatamente la propria volontà, così che questa possa essere effettivamente realizzata, nell’ipotesi in cui tale soggetto non dovesse essere più in grado di poterla manifestare successivamente. Anche in quest’ordinamento è prevista la nomina di un “rappresentante” al quale, da un lato, viene assegnato il compito di dare attuazione alle istruzioni preventive e, dall’altro, viene richiesto di instaurare un “dialogo” con il medico o

---

legittimato a decidere in merito, qualora la persona interessata si troverà impossibilitata a farlo autonomamente. Appaiono riconducibili al secondo tema le norme che regolano il contenuto minimo, l’uso, l’accesso e la conservazione della storia clinica del paziente.

<sup>161</sup>Con il provvedimento in esame, il legislatore nazionale è intervenuto su una materia affrontata anche dalle Comunità Autonome, definendo, quindi, una disciplina quadro per le medesime. Allo stato attuale, le Comunità Autonome che hanno approvato leggi in materia sono: Catalogna, Galizia, Aragona, Navarra, Paesi Baschi, Valencia, Baleari, Castiglia, Madrid, Murcia, Canarie, Asturie, Andalusia. Da tale processo normativo è conseguito che specifici profili, già regolati da alcune leggi delle Comunità Autonome, ricadono al di fuori della cornice definita dal legislatore statale (per esempio, le norme sui requisiti necessari per la consegna di un documento di istruzioni preventive, ovvero le modalità con cui il medico deve trasmettere l’informazione al paziente).

l'équipe sanitaria, in modo tale da accordarsi sulle strategie terapeutiche da intraprendere<sup>162</sup>.

Contrariamente, il secondo comma dello stesso articolo stabilisce che ogni prestazione sanitaria dovrà seguire la procedura adeguata cosicché venga garantita l'attuazione delle "dichiarazioni anticipate di volontà" (che devono essere redatte per iscritto). Per quanto riguarda, invece, il terzo comma, questo individua dei limiti invalicabili nell'ambito dei quali potrà estrinsecarsi la capacità di autodeterminazione dell'individuo; si tratta, in particolare, di quelle istruzioni preventive che siano contrarie all'ordinamento giuridico ed alla *lex artis* (cioè, ai precetti propri della branca medica interessata) o che differiscano, non nella forma quanto nella sostanza, da quelle individuate dall'interessato.

Il quarto comma, infine, poi introduce un limite formale in base al quale le "direttive" possono essere revocate dal soggetto stesso, in qualsiasi

---

<sup>162</sup> L'articolo 9, comma 3, disciplina il consenso "per rappresentanza", nelle ipotesi in cui il paziente sia impossibilitato o incapace, il cui intento è quello di garantire il rispetto dell'autonomia privata del paziente. Ai fini della decisione, il rappresentante deve attenersi ai seguenti criteri: essa deve essere adeguata alle circostanze e proporzionata alle necessità del paziente; si deve agire in favore del medesimo e deve essere rispettata la sua dignità. Si intende evitare l'esecuzione di atti medici non rispondenti a tali parametri e non espressamente consentiti dal paziente, indipendentemente dalla circostanza che dagli atti medesimi possano derivare o meno benefici. L'esigenza di agire in favore del paziente comporta che il rappresentante debba decidere seguendo la scala di valori del paziente e non la propria. Inoltre, bisogna tener conto del fatto che l'azione in favore del paziente, data la natura soggettiva dell'esercizio dell'autonomia privata, non si identifica necessariamente con la migliore o più raccomandabile opzione medica. Con il riferimento alla dignità personale, si intende evitare l'obbligo dell'accanimento terapeutico (consistente nell'applicazione di tutti i mezzi possibili per tenere in vita il paziente, indipendentemente dalla sofferenza che gli si possa causare e dallo stato in cui possa permanere).

momento e per iscritto, introducendo così una sorta di *forma per relationem* nel caso di modificazione del testamento biologico.

Rispetto al modello francese e spagnolo, l'assetto normativo che contraddistingue l'esperienza tedesca si caratterizza per una forte attenzione alla tutela della libertà di autodeterminazione del paziente, conferendo particolare rilevanza, da un lato al ruolo dell'amministratore di sostegno, e, dall'altro, attribuendo un elevato grado di "libertà" nella ricostruzione della volontà del malato, anche in via presuntiva.

Nel dettaglio, in Germania, la disciplina dettata in materia di testamento biologico è stata recentemente modificata dall'entrata in vigore della legge 1/9/2009 sulle "disposizioni del paziente" (*Patientenverfügungsgesetz*). La nuova normativa ha confermato l'orientamento favorevole ad una continua modernizzazione del codice civile, come si evince dal fatto che i paragrafi che disciplinano l'istituto, stabilendo il carattere vincolante delle disposizioni di fine vita, sono stati inseriti nel BGB tra quelli dedicati all'amministrazione di sostegno, mentre quelli relativi agli aspetti procedurali sono stati destinati alla legge sulla volontaria giurisdizione.

Va segnalato che la direzione seguita dalla nuova legge si pone in una linea di continuità con il diritto giurisprudenziale vigente nell'ordinamento tedesco; il *Bundesgerichtshof*, infatti, sulla base dei primi articoli della Legge Fondamentale, in tema di personalità e dignità della persona, aveva da tempo affermato, in almeno due occasioni, il carattere vincolante per il medico delle disposizioni di fine vita<sup>163</sup>. Il significato e lo scopo dell'intervento legislativo, pertanto, vanno ravvisati nel tentativo di garantire maggiore stabilità giuridica sull'efficacia della dichiarazione, ma anche su altre problematiche, come l'individuazione dei soggetti legittimati a far rispettare la volontà dell'interessato, la forma dell'atto e la sua efficacia temporale.

Le nuove disposizioni sono state inserite nel *Bürgerliches Gesetzbuch* nell'ambito di quelle dettate in tema di amministrazione di sostegno (*Betreuung*), confermando, così, la tesi maggiormente sostenuta in dottrina, secondo cui l'amministratore di sostegno risulterebbe l'unica

---

<sup>163</sup> L'esplicito riconoscimento del ruolo dell'amministrazione di sostegno nella legge tedesca trae origine da una decisione della Corte Suprema, in occasione della quale il *Bundesgerichtshof* ha recepito una serie di principi rinvenibili in un precedente disegno di legge predisposto da un gruppo di lavoro istituito presso il ministero della Giustizia e presentato nel 2004. Ad avviso dei giudici della Corte Suprema tedesca, le direttive del paziente vincolano i medici anche a fronte dell'eventuale parere dei medici medesimi sulla base del quale si dovesse valutare come non «necessaria» o «non ragionevole» la decisione del paziente; ciò a meno che lo stato di salute del malato non sia diverso da quello rappresentato ovvero che emergano indicazioni tali da far ipotizzare una implicita volontà di revoca da parte del medesimo. BGH, 17 marzo 2003 (XII 2B 2/03).



figura idonea a realizzare le effettive intenzioni del beneficiario, anche nella delicata materia del testamento biologico<sup>164</sup>. Tuttavia, nessuna disciplina è stata dettata per il caso in cui il malato abbia manifestato le proprie disposizioni di fine vita ma non sia stato nominato alcun amministratore di sostegno o procuratore (ma non dovrebbero esserci dubbi circa il carattere vincolante delle disposizioni stesse). La legge, in termini generali, pone fine al dibattito sulla portata e sui limiti del diritto di autodeterminazione (Selbstbestimmungsrecht) della persona, ma per alcuni profili conferma la difficoltà di stabilire nel caso concreto i precisi confini della tutela dell'integrità della persona alla fine della vita.

La nuova normativa tedesca, inoltre, non ha stabilito alcun limite di validità temporale alle disposizioni del paziente; queste, pertanto, mantengono la loro natura vincolante anche se dal giorno in cui il paziente ha espresso la propria volontà sono trascorsi molti anni. Occorre sottolineare, però, che quando le dichiarazioni risultino inadeguate rispetto a quella che è la reale condizione del soggetto,

---

<sup>164</sup> Alla figura dell'amministratore di sostegno viene equiparata quella del procuratore, cioè del soggetto che ha ricevuto una procura contenente le indicazioni circa i trattamenti che il rappresentato desidera ricevere o non ricevere in determinate situazioni.

l'amministratore di sostegno deve decidere, tenendo conto della sua presunta volontà, se consentire o meno l'intervento medico<sup>165</sup>, fermo restando che tale decisione deve essere necessariamente preceduta da un confronto con il medico curante e, laddove ciò sia possibile, con i parenti della persona, per i quali è prevista la possibilità di esprimere la loro opinione anche in forma scritta; solo nel caso in cui l'amministratore di sostegno e il medico non dovessero riuscire a ricostruire l'effettiva volontà del paziente, sarà necessario fare ricorso al giudice.

Decisamente molto innovativo ed intraprendente il cammino sociale e giuridico intrapreso nei Paesi Bassi, i primi in Europa ad assumere una posizione d'avanguardia nella disciplina del diritto alla vita. Va immediatamente segnalato che l'Olanda è stato il primo paese al mondo

---

165 Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, CEDAM, 2009, p. 62. La legge prevede che, qualora un maggiorenne, capace di intendere e di volere, abbia, con atto scritto, consentito o rifiutato determinati esami o trattamenti sanitari, spetta all'amministrazione di sostegno verificare se tale scelta, fatta nel passato, possa considerarsi tuttora corrispondente all'attuale situazione di vita e di trattamento del paziente. Accertata l'attualità della scelta, l'amministrazione di sostegno ha l'obbligo di provvedere all'attuazione della volontà della persona a lui affidata. È prevista la possibilità di revocare il proprio testamento in ogni momento e senza formalità. Nei casi in cui il paziente non abbia fatto alcuna scelta o la scelta, pur fatta, si riveli non più attuale, decide l'amministratore di sostegno, conformandosi alla "volontà ipotetica" del paziente. Ai fini dell'individuazione di tale "volontà ipotetica" sono necessari elementi concreti, quali per esempio eventuali dichiarazioni rese oralmente o per iscritto in passato, convinzioni etiche o religiose, altre concezioni personali di valori nonché la sensibilità della persona al dolore. Per trovare tali elementi che consentono di individuare la volontà ipotetica in assenza di una dichiarazione espressa dell'interessato, l'amministratore di sostegno dovrà sentire i parenti e altre persone di fiducia del paziente purché non ne derivi un ritardo rilevante.

che, nel 2001, ha approvato una legge di modifica del Codice Penale in grado di legalizzare, in alcune circostanze, sia l'eutanasia sia il suicidio assistito dal medico. La Legge “per il controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio” (Legge del 12 aprile 2001)<sup>166</sup>, ha riconosciuto in modo esplicito la validità del testamento biologico, escludendo la responsabilità del medico nei casi in cui sia provata la veridicità della richiesta, nel caso in cui il paziente sia affetto da malattia incurabile che gli provochi sofferenze ritenute dal malato stesso insopportabili. A tal proposito, il primo comma dell'art. 2 della succitata legge, individua i cd. “criteri di accuratezza” in virtù dei quali viene stabilita l'esclusione della punibilità del medico per aver cagionato la morte del malato consenziente o per aver assistito il paziente nel suicidio, qualora siano rispettati i criteri di accuratezza e venga seguita la rigorosa procedura di comunicazione<sup>167</sup>. Lo stesso

<sup>166</sup> La legge approvata nel 2001 è entrata in vigore nell'aprile del 2002 (*Termination of life on Request and Assisted Suicide Act*) e prevede la non punibilità del medico che pratici, nel rispetto di una serie di condizioni, l'assistenza al suicidio o omicidio del consenziente. Tale legge è stata approvata a seguito di un percorso lungo e complesso, il quale ha visto l'intervento ed il contributo della magistratura, del Governo, di commissioni statali di studio, degli organi di deontologia medica (*Royal Dutch Medical Association*) e del Parlamento; il tutto affiancato dal coinvolgimento dell'opinione pubblica attraverso l'attenzione dedicata al tema dai mezzi di comunicazione di massa. Dopo una serie di sentenze che condannarono gli imputati di omicidio del consenziente a pene meramente simboliche, si attivò un dialogo fra magistratura giudicante, la pubblica accusa e la *Royal Dutch Medical Association*, i cui risultati vennero poi fatti oggetto di studio da parte di comitati ad hoc ed infine recepiti nella legge del 2001. Sul punto cfr. C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto comparato ed europeo*, III; GIAPPICHELLI, 2009, p. 1068.

<sup>167</sup> Nello specifico, essi si devono ritenere rispettati dal medico che abbia avuto convinzione di

articolo, poi, prevede il rispetto di tali criteri anche nell'ipotesi in cui il paziente abbia perso la capacità di autodeterminarsi ma abbia rilasciato, in stato di capacità "di valutare ragionevolmente i propri interessi al riguardo", un documento scritto contenente la dichiarazione relativa alla richiesta di interruzione della vita (rendendosi comunque necessaria l'approvazione di due medici sulla diagnosi dell'assoluta irreversibilità della malattia del paziente).

Un ultimo cenno merita una peculiarità della normativa olandese relativa alla possibilità anche per i minori, in età compresa fra i sedici e i diciotto anni (estesa ai minori di 12 anni con legge del 2004), di sottoscrivere la propria dichiarazione anticipata<sup>168</sup>, la cui efficacia risulta, però, condizionata dalla presenza di un parere obbligatorio e vincolante dei genitori o di chi esercita la potestà genitoriale e

---

trovarsi dinanzi ad una richiesta spontanea e ben ponderata del paziente che versa in una condizione di insopportabile sofferenza e senza prospettive di miglioramento. È, altresì, previsto in capo al sanitario l'obbligo d'informazione del paziente circa la situazione in cui si trova e sulle prospettive che ne derivano. Congiuntamente all'informazione dettagliata è richiesto, da un lato, l'accordo col paziente sulla inevitabilità dell'interruzione della vita a causa dello stato d'irreversibilità del quadro clinico e dall'altro, che abbia chiesto il parere di almeno un altro medico indipendente, il quale abbia visitato il paziente e abbia scritto il suo parere sui criteri di accuratezza. Infine, l'operato del medico nell'interruzione della vita o l'assistenza al suicidio è, anch'esso, sottoposto a giudizio di correttezza dal punto di vista medico.

168 In presenza di prognosi infausta e dolore insopportabile e non eliminabile, anche i neonati possono essere soggetti, oltre che all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, all'eutanasia, pratica sottoposta al controllo di un Comitato di esperti insediato nel 2007. Sul punto cfr. C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto comparato ed europeo*, III; GIAPPICHELLI, 2009, p. 1069.

comunque in presenza di un livello di sofferenza tale da poter essere considerato insopportabile e senza speranza di miglioramento.

Decisamente più compatto ed omogeneo appare il percorso intrapreso nei Paesi di *common law*, da sempre più sensibili e vicini rispetto a questo tipo di tematiche: Regno Unito, Stati Uniti, Canada, Australia e, più di recente, Messico, si sono difatti dotati di una più o meno articolata disciplina dei c.d. *living will* (letteralmente, volontà del vivente)<sup>169</sup>. Nell'ambito di tali ordinamenti, del resto, interrompere i trattamenti sanitari quando non vi sia nemmeno una flebile possibilità di far tornare il paziente ad una situazione di vita "accettabile", non solo è prassi, ma, addirittura, sono previste regole precise che spingono verso questa direzione; regole che sono rispettate dagli operatori sanitari senza suscitare alcun clamore e, ancora più importante, senza arrivare ad integrare ipotesi di vera e propria eutanasia.

Gli Stati Uniti sono stati il primo sistema ad introdurre nel proprio ordinamento disposizioni giuridiche in materia di testamento biologico,

---

<sup>169</sup> Cfr. S. Agosta, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruente)*, pp. 4-5. Il termine è stato coniato nel 1967 da Luis Kutner (Chicago, 1908- Illinois, 1993), noto giurista, che si è occupato della difesa dei diritti umani. È stato, tra le altre cose, co-fondatore di Amnesty International nel 1961. Il caso maggiormente studiato è quello della California, dove lo stato e l'associazione dei medici rilasciano dei veri e propri kit per informare e guidare i pazienti nella scelta e nella redazione sia del testamento che della procura ad una terza persona: quest'ultimo strumento è considerato giuridicamente più efficace del testamento biologico.

sebbene la relativa disciplina si sia evoluta in fasi diverse. Nello Stato della California, ad esempio, nel 1976, sulla scorta di quanto accaduto nel drammatico caso della giovane Ann Quinlan, entrata in coma a seguito di un incidente stradale per non uscirci più, venne adottato il *Natural Death Act*, con il quale veniva attribuita rilevanza giuridica alle *advanced directives* del paziente. Esso, in particolare, ebbe la funzione, tra l'altro, di fungere come modello per gli altri Stati della Confederazione, fino all'emanazione nel 1991, da parte del Congresso del *Patient Self Determination Act*, attraverso il quale venne imposto agli ospedali, di informare i pazienti, al momento dell'ammissione, della possibilità di compilare un *living will*<sup>170</sup>. Sulla scorta di quanto previsto dalla nuova disciplina, è la stessa legge a stabilire che le direttive anticipate siano dotate di carattere vincolante e che, allo stesso tempo, debbano essere accompagnate dalla nomina di un "fiduciario" che decida al posto della persona quando questa ne perda la facoltà. Diversamente, l'Inghilterra ha riconosciuto rilevanza giuridica al testamento biologico fin dal 1993, anche in virtù del fatto che

---

170 Sul punto cfr. R. Masoni, *Amministrazione di sostegno*, MAGGIOLI Editore, 2009, p. 577, nonché M. Tallacchini e F. Terragni, *Le biotecnologie: aspetti etici, sociali e ambientali*, MONDADORI, 2004, p. 39.

consolidata giurisprudenza ne aveva fissato i requisiti di efficacia. Con l'approvazione, poi, nell'aprile 2007 del “*Mental Capacity Act*” viene introdotta la possibilità per il soggetto interessato di manifestare le proprie volontà anche in relazione ai trattamenti relativi al suo stato di salute, compreso il rifiuto totale del trattamento stesso, attraverso la previsione di sanzioni, anche penali, per chi dovesse disattenderle.

Per quanto riguarda gli altri Paesi rientranti nel circuito del *common law*, quali Canada e Australia, orbene, in tali sistemi normativi ancora non è stata introdotta una legislazione uniforme in materia, con la conseguenza che la relativa disciplina ne risulta alquanto frammentata ed ancora in divenire (difatti, solo in alcuni Stati le direttive anticipate sono regolamentate dalla legge che, tra l'altro, ricalca quella statunitense<sup>171</sup>).

Nello specifico, il Canada, caratterizzato dallo stesso assetto giuridico britannico, ha intrapreso la strada della pianificazione dettagliata delle scelte mediche di fine vita, attraverso una vera e propria legge che

---

171 Cfr. M. Immacolato, *Il mondo del testamento biologico*, pp. 1-2 in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) del 5 marzo 2009 (28-12-2009). In Canada, alcuni Stati (Manitoba, Ontario, British Columbia, Nova Scotia, Newfoundland e Québec) hanno riconosciuto alle direttive anticipate pieno ed integrale valore legale, mentre in Australia esse si sono diffuse a macchia di leopardo (i Territori del Nord, in particolare, giunsero persino a legalizzare la c.d. eutanasia attiva volontaria nel 1996, prima che il Parlamento federale annullasse però tale provvedimento appena due anni dopo).

concede pieni poteri decisionali al paziente, sia che lo stesso versi in stato di piena coscienza, sia nel caso in cui abbia perso tale facoltà di scelta<sup>172</sup>. Del resto, il modello canadese, molto diverso per certi aspetti da quello statunitense, non ha mai adottato una politica in grado di rendere uniforme la materia del *living will*, anche in virtù del multiculturalismo che lo caratterizza.

Particolarmente complessa, poi, è la situazione australiana dove centrale è il dibattito, nell'opinione pubblica e in alcuni partiti politici, sulla questione dell'eutanasia (soprattutto nei casi di malattie terminali) piuttosto che sul testamento biologico. Fin dal 1995, infatti, è stato approvato, nello Stato di Victoria, il *living will*, sulla falsariga di quello USA, che riconosce il diritto, per il paziente, di rifiutare i trattamenti sanitari che siano in grado solo di prolungare il suo stato di sofferenza e non di migliorarne la qualità della vita, sempre che abbia redatto un testamento di vita. Anche in questo caso la legge ha stabilito l'istituzione di un mandatario avente il potere di far rispettare tale

---

<sup>172</sup> Naturalmente la priorità assegnata alla volontà dei malati solleva radicalmente i professionisti sanitari dal compito di operare scelte sulle "strategie" terapeutiche da adottare; i medici diventano, così, meri esecutori tecnici di desideri e bisogni del paziente. Il nucleo ideologico che soggiace a questa legge presenta, tuttavia, inevitabili ripercussioni sul piano deontologico che appare per certi versi "accantonato" nei Paesi anglosassoni, a differenza di quanto accade nell'Europa del civil law.



testamento in nome e per conto del malato. Contemporaneamente, l'Assemblea legislativa degli Stati del Nord, approvava il “*Rights of the Terminally III Act*”, una legge sui “diritti del malato terminale”, entrata in vigore nel luglio del 1996, che legalizzava l'eutanasia attiva volontaria. Nel marzo del 1997, peraltro, il Parlamento federale australiano abrogava il provvedimento, ripristinando le precedenti sanzioni penali per ogni pratica di eutanasia, il tutto a chiarire come, in effetti, il quadro politico-istituzionale che caratterizza l'Australia appare alquanto burrascoso.

Come accennato poc'anzi, nel Regno Unito mancava una vera e propria disciplina del testamento biologico (*living will*), essendo questa riconosciuta soltanto da una consolidata giurisprudenza, che ne aveva definito le necessarie condizioni di validità. Le origini di quest'orientamento giurisprudenziale sono da ravvisare nel noto caso Bland, conclusosi nel 1993, con cui la Corte Suprema del Regno Unito (*Divisional Court*) ha finito per riconoscere anche la legittimità delle “dichiarazioni di volontà anticipate” del paziente<sup>173</sup>. Nel 2007, inoltre, il

---

173 Secondo l'orientamento giurisprudenziale, la validità del testamento biologico sarebbe subordinata alle seguenti condizioni:

1. che le indicazioni siano state formulate dal malato nel possesso della capacità di intendere e di volere;
2. che egli abbia preso in considerazione l'esatta situazione fisica e psichica nella

Parlamento inglese ha promulgato il “*Mental Capacity Act*” attraverso cui viene riconosciuta a tutti la possibilità di adottare decisioni in modo autonomo e di formulare “dichiarazioni anticipate di volontà” (per il caso di sopravvenienza di incapacità); tale legge, che trova applicazione nei confronti di tutti i cittadini inglesi che abbiano raggiunto la maggiore età, consente di tutelare tutti coloro che non siano più in grado di poter fornire un consenso informato alle terapie proposte<sup>174</sup>.

Per essere valida a tutti gli effetti “la dichiarazione anticipata di volontà” deve essere redatta in forma scritta e deve essere firmata in presenza di testimoni, nonché sottoscritta dalla persona incaricata, in base all’atto medesimo, di rappresentare il soggetto nell’ipotesi di

---

quale si potrebbe venire a trovare;

3. che abbia pienamente valutato le conseguenze del rifiuto del trattamento medico;
4. che la volontà non sia stata espressa in base all' influenza di terzi;
5. che il soggetto non abbia cambiato parere dopo la redazione delle medesime direttive.

Occorre sottolineare, tuttavia, che nel caso in cui il paziente, divenuto incapace d’intendere e di volere, non abbia, invece, formulato un testamento biologico, i medici non sarebbero vincolati dagli orientamenti dei familiari, né da quelli del rappresentante terapeutico eventualmente nominato in precedenza dal malato.

174 I cinque principi fondamentali della legge prevedono che:

1. tutti devono essere considerati in grado di possedere capacità decisionali a meno che non sia possibile dimostrare il contrario;
2. nessuno può essere considerato incapace di decidere fin quando non siano posti in essere tutte le azioni possibili per consentirgli di farlo;
3. nessuno può essere considerato incapace di decidere per se stesso solo perché le sue scelte potrebbero apparire prive di buon senso;
4. qualunque atto o scelta presa per chi non è più in grado di decidere consapevolmente deve essere interpretata nel suo esclusivo interesse;
5. bisogna accertarsi che qualunque atto o decisione presa, abbia le conseguenze meno restrittive possibili per i diritti della persona e per la sua libertà d’azione.

Sul punto cfr. S. Carpino, *Il Testamento biologico. Alcune riflessioni e un’analisi della legislazione nel mondo*, in [www.medeu.it](http://www.medeu.it) del 28 febbraio 2009.

soppravvenienza di incapacità. La dichiarazione deve in ogni caso contenere l'indicazione dei tipi di cure che s'intendano rifiutare<sup>175</sup>, ferma restando, in qualsiasi momento, la possibilità di modificarle o revocare. In rapporto ai medici, questi ultimi sono tenuti al rispetto della volontà correttamente espressa dal soggetto. L'Act introduce, inoltre, la figura degli "incaricati dal Tribunale" (*Court appointed deputies*), che ricevono dal giudice l'autorizzazione ad assumere decisioni in materia di salute e trattamenti sanitari per conto di una persona incapace; accanto a tali figure, infine, se ne individua un'altra, l'*Independent Mental Capacity Advocate (IMCA)* che rappresenta l'incapace nei casi estremi, anche se non rari, in cui quest'ultimo non abbia comunicato volontà anticipate circa i trattamenti sanitari e non abbia relazioni familiari o sociali.

---

175 Il *Mental Capacity Act* pone alcuni limiti alla possibilità di negare in via anticipata il consenso a cure mediche. Non è ammesso dichiarare anticipatamente il rifiuto di cure di base o il rifiuto di ricevere cure per una malattia mentale. La dichiarazione anticipata può, invece, efficacemente negare il consenso all'alimentazione ed idratazione artificiali.

## **2.3. La dignità della vita e la sua declinazione nelle contrapposte concezioni bioetiche del fine-vita**

### **2.3.1. La dignità umana.**

La definizione di dignità è estremamente complessa a causa della molteplicità di significati che essa può assumere a seconda del campo all'interno della quale la si considera. Infatti non solo la filosofia, ma anche il diritto si riferisce a tale concetto. Una prima analisi di tale concetto può essere affrontata attraverso una prospettiva storica. L'etimologia ci restituisce l'antecedente immediato nel termine latino *dignitas*; ma dobbiamo prima volgere lo sguardo alla Grecia antica, il cui orizzonte valoriale fu determinante per lo sviluppo della spiritualità occidentale, a cominciare da quella romana<sup>176</sup>. Nel mondo greco l'uomo è degno, innanzi tutto, quando vale e vale in misura pari al bene che può assicurare agli altri: è una dignità non statica (l'uomo è degno perché è uomo) ma dinamica, che si inverte in una relazione morale con gli altri e che si irraggia dai familiari a tutti i membri della comunità, sicché è degno l'uomo che compie azioni vevoli per gli altri. Nei

---

<sup>176</sup> F.Ost, *Mose', Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*. Il mulino, Bologna, 2007.

poemi omerici una dignità di questo genere dà anima ai pensieri e alle gesta dei più valorosi. Nel secondo canto dell'Iliade la dignità del guerriero assume la forma che deriva dalle parole che Ulisse scaglia contro gli Achei accorrenti verso le navi con il proposito di abbandonare la guerra per far ritorno a casa: degno è quel capo che non fugge e non permette agli altri di fuggire; degno è quel soldato non vile né codardo, che non indietreggia e si schiera secondo gli ordini dei suoi comandanti<sup>177</sup> Nei poemi omerici, Ettore è l'emblema dell'uomo degno e valoroso. Pacato e forte il principe troiano è la migliore rappresentazione degli ideali che animavano il perfetto eroe greco. La scala dignitaria omerica è ripresa da Aristotele il quale teorizza magnificamente il concetto e il valore della dignità umana, almeno del greco di epoca classica. Nella costruzione aristotelica, la premessa è che gli uomini sono tutti degni, anche se non in misura uguale: la dignità non afferma un valore generalizzato ed uniforme, ma ha gradi diversi, con valore ascendente o discendente a seconda del luogo di osservazione, a formare appunto una scala. Sono le azioni che siamo chiamati a svolgere in adempimento del nostro dovere che segnano la

---

177 E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Feltrinelli, Milano 2002.

misura della nostra dignità<sup>178</sup> Infatti, se il magnanimo è “colui che si ritenga degno di grandi cose, essendone davvero degno”<sup>179</sup>, vi è pure “chi è degno di piccole cose e si considera degno di esse”<sup>180</sup>. Nell’Etica Eudemea Aristotele completa e dà coerenza a tale costruzione. Chi considera piccole cose avvertendo che la sua dignità è a queste adeguata, non è in sé meno degno del magnanimo e la differenza di valore non dipende dalla diversa qualità della persona, ma dall’azione. Quanto alla persona, quel che conta e determina, anzi, il suo valore è la capacità di valutare senza errore le proprie attitudini e potenzialità e il miglioramento della propria dignità è possibile solo a chi abbia esatta consapevolezza di sé perché questi “si riterrà degno delle cose di cui lo è”<sup>181</sup>. Perciò il più degno è l’uomo che sia in grado di realizzare grandi cose e le realizzi e la gloria che in questo modo riceverà sarà la giusta ricompensa per i benefici che la sua azione avrà arrecato alla propria comunità di appartenenza. In latino *dignitas* porta fundamentalmente i significati di merito, grado, carica<sup>182</sup> Prima di tutto il *dignus* è l’uomo meritevole del padre, dell’avo, dei suoi antenati; meritevole di lode e di

---

178 F.Rigotti, *L'onore degli onesti*, Feltrinelli, Milano, 1998.

179 Arist., *Eth.Nic.* 4.3.1123 b.

180 *Ibidem*.

181 Arist. *Eth Eud.* 3.5.1233.

182 E. Riganti, *Lessico latino fondamentale*, Patron, Bologna 1989.

essere ricordato<sup>183</sup>. Al contrario, *indignus* è l'uomo non meritevole dei suoi ascendenti, di onore, di memoria. Marco Tullio Cicerone nel *De re publica*, conferma la natura valoriale della *dignitas*, la quale è strutturata in gradi progressivi che le istituzioni debbono equamente riconoscere e non negare attuando un'*aequibilitas quidem iuris* livellatrice, però iniqua. D'altronde, ci avverte Cicerone con realismo, l'eguaglianza assoluta dei diritti, l'*aequibilitas quidem iuris*, è una situazione che non può durare in quanto sempre poteri e prerogative si attribuiscono ad alcuni piuttosto che ad altri, fondando numerose distinzioni di *homines* e *digitate*. Anzi, “non vi può essere un'organizzazione razionale della *res publica*, anche della *res publica* più libera e democratica, laddove non si riconosca a ciascun cittadino la sua *dignitas* in ragione del suo merito.”<sup>184</sup> Nel *De inventione*, Cicerone prova a definire la *dignitas*: “la dignità è la riconosciuta autorità di una persona, una qualità a sua volta meritevole (*digna*) di ossequio, onore, rispetto”<sup>185</sup> Trattandosi di una qualità intrinsecamente morale la *dignitas* postula, nella persona degna, una tensione, un impegno costante che

---

183 Thesaurus linguae latinae, 5.1, D, Teubner, Lipsiae 1934.

184 Cic.*Rep.*1.27.43.

185Cic.*Inv.* 2 .166. Lo stesso concetto si ritrova anche in un giurista come Callistrato (II III sec d. C.) che lo riferisce , pero' non a una persona, ma al diritto:la dignità del diritto aumenta nella sua autorità se esso e' applicato da giudici intelligenti(*Dig.* 1.18.19.1).

giustificchino, aumentandola di giorno in giorno, l'*auctoritas* tributata. L'esperienza romana è sicuramente rivoluzionaria, perché trasforma il rapporto tra uomo e potere politico. Il *civis* si presenta come portatore di diritti propri all'interno della comunità e soprattutto nei confronti del potere. La sua posizione giuridica non è dipendente da una concessione statale anche perché sono i *cives* ad edificare lo Stato. Tuttavia a Roma il concetto di *civis* non coincideva con quello di uomo, in quanto i diritti erano riconosciuti solo ai cittadini romani liberi (*cives optimo iure*). La vera liberazione dell'uomo dal potere avviene solo con il Cristianesimo che crea l'uguaglianza di tutti gli esseri umani. Il Cristianesimo, infatti, produce uno sconvolgimento dell'orizzonte dei valori della classicità diffondendo l'idea di una *dignitas* immanente in qualunque uomo solo perché uomo; il che introduce l'ulteriore idea che tutti gli uomini in quanto *digni* in ragione della loro comune *Humanitas* siano eguali tra loro. In questa prospettiva la categoria di *dignitas* esula dal merito e dalla carica che il *dignus* può avere o anche non avere; è una *dignitas* che è intrinseca all'uomo in quanto partecipe di un'entità superiore sommamente degna. Il rapporto con Dio è da considerarsi precedente e prevalente rispetto a qualsiasi forma di potere terreno. Per i Padri della



chiesa la legge naturale con i suoi doveri morali proveniente dalla natura e dalla ragione rappresentano il Verbo di Dio. Infatti la legge naturale rappresenta la partecipazione dell'uomo alla legge divina eterna, divenendo un punto di riferimento per valutare la legittimità delle leggi positive. Il messaggio cristiano ebbe una grandissima influenza sui giuristi del XII e XIII secolo, in quanto la rilettura del *Corpus Iuris Civilis* integrato dalla *caritas* cristiana, spinse i giuristi della scuola di Bologna ad elaborare la categoria dell' *equitas* attraverso la quale fu possibile introdurre la carità negli istituti giuridici. Di conseguenza l'apporto del Cristianesimo alla tutela della dignità dell'uomo fu decisivo per creare quelle regole e quei principi orientati alla tutela del prossimo attraverso l'amore. La questione sulla *dignitas hominis* come valore immanente all'uomo in sé, di cui ciascuno è portatore per il solo fatto di esistere, cominciò ad interessare il pensiero umanistico occidentale nelle sue manifestazioni letterarie e filosofiche e, successivamente anche normative, prima a livello costituzionale, poi sovranazionale.

Con l'Umanesimo avviene una profonda trasformazione culturale che porta all'affermazione del primato del volere e della ragione dell'uomo

sull'ordine della natura. Nel 1486, tra Umanesimo e Rinascimento, Pico della Mirandola compone il suo famoso Discorso sulla dignità dell'uomo. Tutta l'opera verte sul percorso di ascesa che l'uomo è chiamato a sperimentare secondo la libertà del suo volere e della sua ragione onde emulare la *dignitas* e la gloria addirittura degli angeli<sup>186</sup>. Pico, dunque, addita un percorso di vita, un metodo di perfezionamento dell'uomo che impone la valorizzazione di quanto in esso è divino perché infuso direttamente da Dio che, conferendo ad Adamo la potenza della volontà, gli ha così attribuito la libertà di orientarsi verso il bene o verso il male. Sono motivi che Pico recupera dalla letteratura patristica. E' dunque la potenza del pensiero rivolto esclusivamente alla conoscenza delle cose che consente il progresso intellettuale e, attraverso di esso, il progresso spirituale dell'uomo. A questo punto la conquista della vera dignità si risolve soprattutto in una questione di metodo dove i nemici da abbattere sono la materia e l'ignoranza. Ad ogni modo il motivo che la *dignitas hominis* risieda nella potenza del pensiero, si rinviene con regolarità nella letteratura cristiana. Agostino aveva scritto che nel pensiero dell'uomo stava la prova della sua

---

186 P.C.Bori, *Pluralità delle vie. Alle origini del "Discorso" sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Feltrinelli, Milano, 2000.

esistenza e lo stesso ricordo di Dio; e che conosciamo noi stessi e l'amore attraverso il pensiero.<sup>187</sup> Ed è un motivo che sarà ampiamente ripreso da Pascal che ne farà il tema principale nei suoi Pensieri: "l'uomo è manifestamente fatto per pensare; in questo sta tutta la sua dignità; e tutto il suo valore e tutto il suo dovere stanno nel pensare come si deve"<sup>188</sup>. Nessuna delle dimensioni della dignità finora esaminate è stata pensata in funzione della sua consegna alla virtualità giuridica, ne può dirsi che alcuna di esse sia penetrata, almeno direttamente, nel mondo del diritto. L'uomo degno perché campione di virtù o autore di splendide *res gestae* non godeva per questo di un particolare status giuridico di privilegio, anche se virtù e *res gestae* favorivano il conferimento di poteri, ivi comprese le funzioni di governo, con la conseguente trasposizione della *dignitas* come valore alla *dignitas* come carica. E ancora, nessuna rilevanza giuridica aveva la *dignitas* intesa quale qualità pregnante della *Humanitas* di chiunque. Queste varie dimensioni di dignità elaborate nella storia del pensiero occidentale ci appaiono essere state apprezzate soprattutto a livello

---

187 Aug. *Trin.* 14.12.15. Ulteriori riferimenti in E. Gilson, *Introduzione allo studio di Sant'Agostino*, Marietti, Genova, 2001.

188 B. Pascal, *Pensieri* 210 (*Pensieri, opuscoli, lettere*, a cura di A. Bausola, Rusconi, Milano, 1978, pag. 481).

etico-sociale, il che, ovviamente, non significa che esse non avessero alcuna valenza pratica, specie in società, come quelli anteriori alle grandi rivoluzioni della modernità, organizzate per ceti o categorie ascendenti e diverse. Fu Kant a costruire il passaggio fondamentale dalla dignità come categoria etica alla dignità come categoria anche giuridica. Kant introduce una nuova dimensione di dignità, o, per lo meno, accosta per la prima volta il termine “dignità” allo *status* di cittadino: egli spiega che “non può esservi nello Stato nessun uomo che sia privo di dignità, a condizione di non averla perduta per un suo proprio crimine”<sup>189</sup>. E’ da sottolineare l’introduzione della dignità nel mondo del diritto attraverso la sua connessione alla cittadinanza, così originando un binomio dignità cittadinanza che dura tutt’oggi. Se poi si considera che lo status di cittadino era condizione, dai tempi del diritto romano, per la titolarità e il godimento dei diritti civili e politici, si comprende la matrice dell’evoluzione che ha condotto all’insorgenza dell’ulteriore connessione tra dignità e diritti. La costruzione kantiana non è però costretta dentro il solo ambito tecnico-giuridico, ma è arricchita con un apporto etico di immenso valore. Sempre nella

---

189I.Kant, *La metafisica dei costumi*( 1.Principi metafisici della dottrina del diritto 2.1.49D), Laterza, Bari1970,pp 160.

“Metafisica dei costumi” si incontra ancora una specie di dignità, ultima nell’ordine espositivo, prima per importanza in quanto radice della dignità umana dell’uomo nello Stato contemporaneo. Così, a prescindere dalla dignità come specchio dei diritti dell’uomo giuridico, l’uomo in quanto uomo, cioè quale essere ragionevole capace di scegliere e di agire moralmente, l’uomo in quanto persona che avverte i doveri a lui immanenti, l’uomo così inteso ha, secondo Kant, una sua “dignità innata”<sup>190</sup>, una sua “dignità inalienabile”<sup>191</sup>.

Qualche anno dopo la Dichiarazione dei diritti della Virginia(1776) e qualche anno prima della Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino (1789), nel 1785, Kant aveva pubblicato la Fondazione della metafisica dei costumi, nella quale si rinvengono ulteriori elementi circa l’attitudine generatrice propria della dignità, carattere pregnante dell’umanità in generale, rispetto ai diritti dell’uomo, considerato, questo, per se stesso e nei rapporti con i suoi simili: una costruzione che, per vero, era stata introdotto nel secolo precedente da Samuel Pufendorf che, tra le norme fondamentali derivanti della natura, aveva individuato quella per cui ciascuno di noi ha il dovere di trattare gli altri

---

190 *Ibidem.* 1.1.4 pag.275.

191 *Ibidem.* 1.1.11 pag.296.

come esseri aventi i nostri stessi diritti in quanto tutti abbiamo uguale dignità<sup>192</sup> L'imperativo pratico enunciato da Kant nella "Fondazione della metafisica dei costumi" - "agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo"<sup>193</sup> - è come la norma fondamentale da cui deriva tutto il sistema di diritto comune sotto il quale sta, al modo dei giusnaturalisti, una sorta di patto o contratto sociale: patto o contratto che Kant propone di denominare "regno dei fini" che è l'organizzazione che l'unione di diversi uomini ragionevoli si dà in conseguenza della sottoposizione di tutti a leggi comuni. Ogni legge dovrà inserirsi congruamente nel "regno dei fini" e così dovrà porsi l'uomo, con la sua innata dignità, quale limite invalicabile dell'azione normativa cogente: "la dignità dell'umanità conclude Kant- sta appunto in questa capacità di legiferare universalmente, benché condizione di sottostare contemporaneamente essa stessa a questa legislazione"<sup>194</sup> Non è allora azzardato sostenere che Kant abbia così offerto nel 1785, un più

---

192 S.Pufendorf, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* 1.3.7-8.

193 I.Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P.Chiodi, Utet, Torino 1995, pag.88.

194 I.Kant, *ibidem*, pag.99.

solido fondamento alle Dichiarazioni dei diritti , a cominciare da quelle del 1776 e del 1789.

Infatti sia la dichiarazione americana del 1776 sia quella francese del 1789 stabilivano che lo scopo di ogni assetto statale fosse la conservazione dei diritti naturali inalienabili. Il diritto di libertà nascente da queste dichiarazioni era orientato alla tutela dell'individuo nei confronti del potere statale attraverso la formazione dei diritti soggettivi inseriti nei codici. Tuttavia questa impostazione ha permesso la coincidenza del diritto con la legge dello Stato ed è stato proprio il completo cedimento al puro positivismo che ha permesso l'avvento dei totalitarismi novecenteschi. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 ha individuato alcuni diritti inalienabili della persona che non si collegano ad alcuna legge positiva dello Stato e che anzi fungono da riferimenti per le leggi statali. Infatti tali diritti non sono concessi dal legislatore, perché la loro esistenza è oggettiva e precedente alle scelte del legislatore, in quanto essi derivano dal <<riconoscimento delle dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana>> e diventano degli ostacoli insormontabili per il potere politico.

L'evoluzione storico-giuridica all'indomani dell'affermazione dello Stato liberale è andata verso la tutela della dignità umana e dei diritti dell'uomo che sono da considerarsi modi di manifestazione della dignità tanto da poter affermare che la dignità costituisce <<il fulcro della società mondiale del nostro pianeta>><sup>195</sup>. La libertà e l'uguaglianza sono diventati dei principi cardine assolutamente imprescindibili che hanno portato secondo alcuni alla dilatazione dell'individualismo e alla conseguente crisi delle relazioni umane. Infatti come sostiene Habermas, il problema principale dei rapporti umani è dovuto allo scontro tra la dignità umana, che richiede un uguale rispetto di ognuno ed in particolare dell'integrità di ciascuno, con la fragilità intersoggettiva di tutte le forme di vita<sup>196</sup>. Inoltre secondo Luhmann, la dignità è principalmente costruzione dialettica, in quanto non è un attributo innato dell'uomo, ma è ciò che l'individuo conquista con la relazione a causa della quale, però, può anche perderla<sup>197</sup>.

Attualmente la visione teologica ritiene che l'uomo realizzi se stesso solo con l'adesione al progetto divino di salvezza. La libertà è, quindi,

---

195 P. Haberle, *Quaderni costituzionali 1993*, 289

196 J. Habermas, *Dopo l'utopia*, a cura di W. Privitera, Venezia 1992, p. 19 cfr. A. Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto: il proceduralismo di Jurgen Habermas*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003

197 N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari 2002, p. 109



lo strumento attraverso il quale l'uomo può accettare quel disegno o meno. La dignità, invece, diventa il rapporto diretto che l'uomo ha con Dio e che fonda la stessa libertà. La teoria soggettivistica diversamente ritiene che la dignità dell'uomo risiede nell'autonomia, prendendo spunto da Kant il quale ritiene (come abbiamo precedentemente ricordato) che ogni uomo abbia una dignità innata proprio in quanto essere regionale che si autodetermina nelle sue scelte morali. Il soggettivismo, quindi, pone l'uomo nella posizione di scegliere da solo senza riferimenti ad etiche oggettive scaturenti da leggi divine o naturali che potrebbero rappresentare un chiaro pericolo per l'autonomia decisionale dell'individuo. L'obiettivo che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si è posto è trovare una conciliazione tra queste opposte visioni. Infatti l'articolo 1 recita: <<Tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e in diritti>>, creando le basi per definire la dignità in termini di libertà ed uguaglianza. È fondamentale, quindi, tutelare nei rapporti umani l'uguale dignità dei soggetti. Si tratta di un obiettivo che passa, però, attraverso i contributi delle varie scienze umane che indagano le modalità di svolgimento delle relazioni. A tal proposito la psicologia moderna afferma che l'Io può essere tale solo se

ricosce il tu con cui entra in relazione, ma l'atto di riconoscimento dell'altro permette ad ogni individuo di sperimentare il riconoscimento di sé e delle caratteristiche della sua individualità. Di conseguenza il riconoscimento deve essere praticato reciprocamente<sup>198</sup>. Tale reciprocità non può, però, essere ridotta a puro scambio, perché il riconoscimento avviene in modo gratuito, cioè senza alcuna aspettativa che l'altro abbia lo stesso comportamento. Continuando ad analizzare il citato articolo 1 della Dichiarazione universale, emerge proprio questo aspetto nel momento in cui si afferma che gli esseri umani <<sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza>>. Viene creato, quindi, una sorta di dovere di agire con fratellanza verso gli altri che può trovare sia come riferimento l'amore evangelico sia l'affermazione della reciprocità cardine della società di soggetti liberi ed uguali in dignità. Infatti va garantita l'inviolabilità di ogni singolo individuo che è portatore di un'unicità assolutamente irripetibile manifestata nella vita, nella libertà e nell'identità personale, ma è necessario parallelamente tutelare la dignità della persona sul piano della relazione. L'azione etica dell'uomo non può svolgersi al di

---

198 W.Glasser, *Terapia della realtà*, Roma 1971 p. 26

fuori della relazione e, quindi, è proprio qui che viene affermata o negata la dignità.

Tornando sul piano più propriamente giuridico va detto che nell'esperienza giuridica italiana la dignità non ha ricevuto una chiara definizione nemmeno all'interno della Costituzione come, invece, è avvenuto in altri Paesi. In Germania nel paragrafo 1 della carta fondamentale espressamente si dice che la «dignità dell'uomo è intangibile» e che «è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». Manca, *a fortiori*, un quadro normativo all'interno del quale determinare i punti di riferimento per esplicitare il concetto di dignità. In quest'ottica può essere interessante notare come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata a Nizza nel 2000 dedica il primo dei suoi sei capi alla dignità, affermando che «la dignità umana è inviolabile» e che «deve essere rispettata e tutelata». La Carta di Nizza può essere un utile punto di riferimento per capire quale rapporto esista tra la dignità ed il diritto costituzionale. Benché la Costituzione italiana non abbia mai fatto chiaro riferimento alla dignità, sono state dotate di ampie garanzie i diritti che a livello comunitario si riferiscono alla dignità come il diritto alla vita, il diritto

all'integrità fisica e psichica e il divieto della tortura e della schiavitù. In questa luce si capisce che, sebbene non sia espressamente delineata, la dignità è un elemento fondamentale all'interno della nostra Carta.

Da un punto di vista giuridico la dignità si presenta in una prospettiva soggettivistica quando diventa la principale caratteristica della persona, coincidendo con il principio personalista che caratterizza il nostro ordinamento per il quale la persona umana merita rispetto di per sé. Da un punto di vista filosofico significa considerare la persona come un fine in sé e non come un mezzo<sup>199</sup>. La dignità, quindi, più che avere rilievo nel campo del diritto positivo si presenta come un vero e proprio valore su cui è costruito appunto il principio personalista della Costituzione. L'assenza, quindi, di una disposizione espressa è frutto di una scelta meramente terminologica che, ponendo l'uomo al centro della costruzione giuridica, sostanzialmente non si discosta dal dettato tedesco. L'art. 2 afferma implicitamente la dignità nel momento in cui va a garantire i diritti inviolabili dell'uomo. Tuttavia la dignità non può essere collocata solo nella prospettiva soggettiva, perché il suo portato

---

199 I. Kant, *Critica alla ragion pratica* : <<Gli esseri razionali stanno tutti sotto la legge secondo cui ognuno di essi deve trattare se stesso e ogni altro mai semplicemente come mezzo, bensì sempre insieme come fine in sé>>

valoriale la rende orientamento della vita di relazione. È proprio in riferimento all'aspetto comunitario che nella nostra Costituzione viene dato ampio riconoscimento alla dignità. Infatti nell'art. 3 si parla di pari dignità sociale sia come principio di uguaglianza formale, sia, soprattutto, come impegno dei pubblici poteri affinché si realizzi l'uguaglianza sostanziale che è espressione del pieno sviluppo della persona e, quindi, della sua dignità. In questa luce la dignità diventa il cardine del Welfare State tanto che nell'ambito dei diritti economici l'art. 41 pone tra i limiti della libera iniziativa economica il rispetto della dignità umana. Analogo richiamo è presente nell'art. 36 allorché la retribuzione del lavoratore deve garantirgli un'esistenza libera e dignitosa. Nella nostra Costituzione, quindi, la dignità non assume un'autonoma valenza giuridica e richiede un intervento positivo dello Stato, soprattutto nel momento in cui assume il ruolo di principio costituzionale a cui rinvia l'art. 3. La centralità della dignità nel nostro ordinamento è comunque assicurata dal rifiuto di uno Stato totalitario che piega l'individuo al benessere della collettività e all'azione dell'apparato di potere statale.

Nel corso della seconda metà del secolo scorso è avvenuto per la dignità umana qualcosa di molto simile a quello che si è verificato per i diritti umani. Se all'inizio essi riguardavano l'uomo in astratto, come ente generico, indipendentemente da qualsiasi determinazione concreta riservando a ciascun uomo il diritto di essere come qualsiasi altro uomo, in seguito si è passati a considerare l'uomo in concreto nella specificità dei suoi diversi *status*. Tanto il primo processo insiste sulla necessità dell'uguale trattamento degli esseri umani, quanto il secondo sulla necessità di un diverso trattamento. Basta osservare le diverse Carte dei diritti che si sono susseguite nel corso degli anni per rendersi subito conto di questo cambiamento.<sup>200</sup> E' questo processo che ha fatto spostare l'accento dall'uomo considerato in astratto uguale a qualsiasi altro uomo, all'uomo considerato in concreto, con tutte quelle diversità che gli derivano dal far parte di un gruppo piuttosto che di un altro o dal trovarsi in una fase della vita piuttosto che in un'altra. Questo spiega i diritti delle donne, delle minoranze etniche, i diritti del bambino, del malato, dell'anziano. Più di recente l'accento si è spostato sulle diverse fasi della vita prenatale e sulle diverse fasi che accompagnano un

---

200 Come aveva già messo ben in evidenza Norberto Bobbio in alcuni suoi saggi raccolti nel volume "L'età dei diritti", Torino, 1992.

morire sempre più sottoposto al controllo tecnologico. Diritti dell'embrione e diritti del malato terminale (a partire dal riconoscimento del testamento biologico) sono oggi al centro del dibattito, e, proprio in questi ultimi contesti, è frequente il richiamo alla dignità umana. A tal riguardo, la Convenzione di Oviedo costituisce il primo documento giuridico internazionale vincolante che riguardi in modo specifico le possibili applicazioni sull'uomo dei progressi della medicina e della biologia e parte dalla presa di coscienza che “un uso improprio della biologia e della medicina può portare ad atti che mettono in pericolo la dignità umana”. E' di fronte a questa situazione che la Convenzione si propone di adottare le “misure necessarie per garantire la dignità umana nonché i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo”. E l'art. 1 afferma che le parti firmatarie si impegnano a proteggere “la dignità e l'identità di tutti gli esseri umani e a garantire a ciascun individuo, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi diritti e libertà fondamentali nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina”. Ma come si pone il problema della dignità umana in connessione a questi due eventi della condizione umana, la vita e la morte, oggi sempre più sottoposti al dominio

tecnologico? Non si possono di certo condannare le biotecnologie se esse ci aiutano a vincere malattie genetiche o a vivere meglio con l'aiuto di protesi o organi artificiali, "l'importante è che esse non ci trasformino in animali da allevamento"<sup>201</sup>. Non c'è discussione al riguardo che non passi attraverso un riferimento alla dignità umana. Essa viene spesso richiamata persino per sostenere posizioni tra loro opposte. Il caso paradigmatico è quello dell'eutanasia: sia coloro i quali ritengono che la vita umana sia sacra e indisponibile e quindi la condannano, sia coloro che insistendo sulla sua qualità invece la sostengono, lo fanno richiamandosi al valore della dignità umana.<sup>202</sup> Di recente il problema della dignità umana è stato sollevato anche in connessione a quella condizione clinica definita "morte cerebrale", ma è con riferimento ai problemi di inizio vita che oggi la discussione è particolarmente accesa: si può parlare di dignità umana anche riguardo alla vita umana prenatale e quali conseguenze possono da ciò scaturire per il problema della manipolazione genetica? Riguardo a tali problematiche di inizio vita vi è chi considera il richiamo al principio

---

201 P. Becchi, *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, 2009, p. 102

202 Nel dibattito filosofico-giuridico una posizione del tutto originale e' quella sostenuta da R. Dworkin, che ha cercato di recuperare in un'ottica laica il valore intrinseco della sacralità della vita attraverso il concetto di dignità. Cfr. R.Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994.



della dignità umana come un freno alla manipolazione e all'utilizzazione degli embrioni umani prodotti attraverso le tecniche di procreazione assistita e chi invece dubita che sia possibile affrontare tali problematiche facendo ricorso a quel principio. Questa discrepanza si spiega con il fatto che coloro i quali contestano l'uso del principio della dignità umana nell'ambito delle problematiche di inizio vita lo fanno perché considerano quel principio soltanto in connessione a capacità individuali di autorappresentarsi e di rispetto di sé. In base a questo aspetto è evidente che la vita umana prenatale non risulterebbe tutelabile tramite il principio della dignità umana, dal momento che gli embrioni, in quanto tali, non sono certo dotati di quella autonomia propria delle persone adulte. D'altronde, se si insiste sulla dimensione individuale della dignità in connessione alla capacità e alle prestazioni, si apre un grosso problema: non solo infatti non verrebbero tutelati gli embrioni, ma anche tutti gli esseri umani viventi che non sono ancora, o non sono più in grado di autorappresentarsi; neonati, bambini piccoli malati mentali gravi, individui in stato vegetativo permanente, configurano un complesso di situazioni esistenziali nei confronti delle quali non varrebbe la garanzia della dignità umana. In tutti i contesti a

cui or ora si e' accennato, l'altra versione della dignità, quella che la ritiene una dote di ciascun essere umano, fornisce di sicuro una protezione più efficace. Se infatti si adotta questo approccio, la dignità umana spetta all'uomo in quanto tale, indipendentemente da tutti quegli elementi empirici che caratterizzano le sue diverse condizioni di vita, e dunque si riferisce all'uomo sin dal momento del concepimento e oltre la sua morte. Questa difesa della sacralità della vita lega la dignità troppo strettamente al diritto alla vita. Ma "la dignità è un valore persino superiore alla vita stessa, che in certi casi ci può far ritenere più dignitosa la morte che non la prosecuzione di una vita priva di senso"<sup>203</sup>. La nozione di dignità come dote rischia di sfuggire ai difficili e angosciosi problemi - si pensi, per l'appunto allo stato vegetativo - cui sempre più spesso ci pone oggi la vita umana nei suoi diversi stadi ed inoltre non ci consente di spiegare tutte quelle situazioni nelle quali l'individuo può perdere la sua dignità perché viene messa in crisi la sua auto rappresentazione o viene impedito il dispiegarsi delle proprie capacità. Non resta quindi che muoversi alla ricerca di un nuovo approccio che sappia integrare l'idea della dignità umana come dote con

---

203 P.Becchi . Ib, cit. p. 126.

quella basata sulle prestazioni di rappresentazioni o sulle capacità, sappia coniugare l'affermazione della dignità della persona in astratto con le situazioni particolari che oggi esigono una sua tutela differenziata.

### 2.3.2. Le diverse concezioni bioetiche del fine-vita

La bioetica è una disciplina che si occupa delle questioni morali legate alla ricerca biologica e alla medicina; essa si caratterizza per la sua natura interdisciplinare, in quanto coinvolge la filosofia la filosofia della scienza, la medicina, la bioetica clinica la biologia, la giurisprudenza, il biodiritto la sociologia e la biopolitica nelle diverse visioni morali atee, agnostiche, spirituali e religiose.

All'interno del complesso e variegato mondo della bioetica contemporanea è possibile distinguere due grandi modelli teorici, ciascuno dei quali si ispira a due diverse concezioni generali del mondo e a due distinte filosofie: si tratta della “bioetica religiosa”<sup>204</sup> (rappresentata dalla bioetica cattolica della “sacralità della vita”), in contrapposizione con la “bioetica laica” (rappresentata dalla bioetica laica della “qualità della vita”).

---

<sup>204</sup> Alcuni studiosi cattolici, tuttavia, anziché di “bioetica cattolica”, preferiscono parlare di “bioetica personalista”. In particolare, secondo tali autori, a discorrere di bioetica “cattolica” sarebbero soprattutto i laici, in virtù di un malcelato progetto di screditamento culturale dell'avversario: sul punto cfr. L. Ciccone, *Bioetica. Storia, principi, questioni*, Edizioni Ares, Milano, 2003, p. 25, secondo cui “la bioetica personalista è stata abilmente etichettata come “cattolica”, per così ghetizzarla all'interno della Chiesa. Viene, infatti, facilitata la credibilità dell'affermazione che essa si fonda su concezioni e principi razionalmente indimostrabili, che solo chi crede in Dio e nella rivelazione cristiana può accettare. Si addebita pure ad essa di risolvere i problemi con l'argomento di autorità, cioè in obbedienza all'autorità del Magistero ecclesiale”.

Quando si parla di “bioetica cattolica della sacralità della vita” o “bioetica cattolica ufficiale” si fa riferimento a quella forma di bioetica che viene professata pubblicamente (attraverso specifiche documentazioni) dalla Chiesa di Roma e da tutti quegli studiosi<sup>205</sup> che, di fatto, ne condividono le posizioni di fondo. Occorre immediatamente specificare che una parte della dottrina si è chiesta, innanzitutto, se, quando si parla di bioetica, si possa effettivamente richiamare un insegnamento pubblico ed autorevole della Chiesa che giustifichi l’utilizzo di espressioni come “bioetica cattolica ufficiale” o “bioetica cattolica romana”. La risposta non può che essere affermativa, se solo si considera che questo insegnamento perviene attraverso una molteplicità di interventi pubblici che trovano la loro massima manifestazione nella voce del pontefice<sup>206</sup>. Naturalmente tale insegnamento “ufficiale” rappresenta un punto di riferimento fondamentale per tutti quegli studiosi che, pur conservando la loro indipendenza teorica e metodologica, difficilmente si allontanano dalla parola della Chiesa. Del resto è risaputo che la Chiesa cattolica pone all’origine del suo

---

205 Si pensi, tra gli altri, a Elio Sgreccia e a Dionigi Tettamanzi, autori di organiche sintesi di bioetica cattolica.

206 Si pensi soprattutto agli interventi di Giovanni Paolo II che, accanto a un notevole spessore filosofico, manifestano doti di chiarezza linguistica e concettuale.

insegnamento non solo la fede e la Scrittura, ma anche la ragione e la filosofia, motivo per cui la bioetica cattolica si caratterizza, in buona sostanza come una costruzione di carattere filosofico, come un'attività, cioè, che al di là di ogni richiamo al dogma “razionalmente esamina la liceità dell'intervento dell'uomo sull'uomo”<sup>207</sup>.

Il paradigma filosofico a cui rimanda la bioetica cattolica, poi, presenta una costruzione alquanto articolata che gravita intorno ai principi interconnessi della:

1. Creaturalità;
2. Non disponibilità;
3. Inviolabilità del bene vita.

La teoria della “sacralità della vita” trova la sua ragion d'essere nel fatto che il bene vita può essere concepito solo ed esclusivamente come “splendido dono di Dio”<sup>208</sup>, ovvero come una realtà che, discendendo direttamente da Dio, solo da Dio può ricevere il suo pregio, la garanzia metafisica del proprio immanente valore. Pertanto, il carattere sacro della vita terrena affonda le proprie radici nella sua origine divina in

---

207 Cfr. E. Sgreccia, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, vol. I, 1988, Milano, p.

208 *Evangelium vitae*, 22.

quanto “la vita umana è sacra perché, fin dal suo inizio, comporta l’azione creatrice di Dio e rimane per sempre in una relazione speciale con il Creatore, suo unico fine”<sup>209</sup>. Ne deriva, come conseguenza necessaria, che l’uomo deve la sua essenza e la sua stessa esistenza ad un Essere creante. Naturalmente, a corollario di ciò va aggiunto che, abbracciando l’idea della vita come dono e proprietà del Creatore, tale bene non può assolutamente essere considerato come un qualcosa di cui l’individuo possa disporre liberamente, perché l’esistenza “è un compito ricevuto, prima d’essere una decisione intrapresa”<sup>210</sup>. A fondamento del principio secondo cui la vita rappresenta un bene sacro ed indisponibile vi è l’ulteriore presupposto secondo cui lo stesso bene deve essere considerato inviolabile; del resto “dalla sacralità della vita scaturisce la sua inviolabilità, inscritta fin dalle origini nel cuore dell’uomo, nella sua coscienza. La domanda <<Che hai fatto?>> con cui Dio si rivolge a Caino dopo che questi ha ucciso il fratello Abele, traduce l’esperienza di ogni uomo: nel profondo della sua coscienza, egli viene sempre richiamato alla inviolabilità della vita (della sua vita e

---

209 Congregazione per la Dottrina della Fede, *Donum vitae*, Introduzione, 5.

210 Cfr. F. Botturi, *Principi morali e assoluti etici*, in I. Vaccarini, F. Marzano, F. Botturi, *Gli assoluti morali nell’epoca del pluralismo*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2001, p. 104.

di quella degli altri) come realtà che non gli appartiene (uti rem quae ad euom non pertinet), perché proprietà e dono di Dio Creatore e Padre”<sup>211</sup>. Il principio dell’inviolabilità, pertanto, da un lato si colloca alla base del divieto morale di uccidere e, dall’altro, pone le basi, per ogni essere vivente, anche quando versi in una grave situazione di handicap fisico e/o psichico, a vedere tutelata la propria persona.

La dottrina cattolica romana della sacralità della vita, inoltre, si mostra sotto le vesti di un deontologismo rigoroso, incentrato sulla nozione di divieti autoevidenti e assoluti, cioè che si impongono a tutti ed in qualsiasi circostanza. Infatti “ci sono atti che per se stessi, indipendentemente dalle circostanze e dalle intenzioni, sono sempre gravemente illeciti a motivo del loro oggetto; tali la bestemmia e lo spergiuro, l’omicidio e l’adulterio. Non è lecito compiere il male perché ne derivi un bene”<sup>212</sup>; e, come precisato anche dal Concilio Vaticano II, “tutto ciò che è contro la vita stessa, come ogni specie di omicidio, il genocidio, l’aborto, l’eutanasia e lo stesso suicidio volontario; tutto ciò che viola l’integrità della persona umana, come le mutilazioni, le torture inflitte al corpo e alla mente, gli sforzi per violentare l’intimo dello

---

211 *Evangelium vitae*, 40.

212 *Catechismo della Chiesa cattolica*, 1756, p. 492.



spirito; tutto ciò che offende la dignità umana, come le condizioni infraumane di vita, le incarcerazioni arbitrarie, le deportazioni, la schiavitù, la prostituzione, il mercato delle donne e dei giovani, o ancora le ignominiose condizioni del lavoro con le quali i lavoratori sono trattati come semplici strumenti di lavoro [...] tutte queste cose, e altre simili, sono certamente vergognose<sup>213</sup>.

Nell'ultimo secolo, diversi studiosi hanno negato che possano essere formulate delle norme etiche valide in senso assoluto in quanto “la linea teleologica di matrice cattolica, senza rinnegare i fondamenti deontologici, considera in tutto il suo spessore anche la complessità dell'agire umano: le intenzioni dell'operante, i valori in gioco, le conseguenze che derivano dalle scelte, la collocazione storico-culturale del soggetto. La conseguenza è la possibile e sofferta ammissione di eccezioni, in casi del tutto particolari, all'assolutezza della norma etica, esclusivamente sotto il profilo della percezione soggettiva della giustificazione<sup>214</sup>.”

---

213 Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, *Gaudium et spes*, 27.

214 Cfr. A. Bompiani, *Bioetica*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. Berti, G. Campanini, Ave, Roma, 1993, p. 50. Il problema, però, soprattutto in un settore delicato come quello della bioetica, è di capire se questa “sofferta ammissione di eccezioni” si armonizzi ancora con la rigida deontologia della TSV o coincida con un trapasso (più o meno camuffato) a una teoria della qualità della vita.

Occorre sottolineare, tuttavia, che l'enciclica *Veritatis splendor*, in netta contrapposizione con tali orientamenti dottrinali, ha ribadito decisamente la natura assolutamente vincolante delle norme morali negative che vietano sempre, senza alcuna possibilità di deroga, il compimento di determinate azioni, ritenute intrinsecamente cattive. A tal proposito, portando ad esempio l'emblematico caso del martirio, il *pontifex* ha proclamato in modo solenne “l'inaccettabilità delle teorie etiche teleologiche, consequenzialiste e proporzionaliste che negano l'esistenza di norme morali negative riguardanti comportamenti determinati e valide senza eccezioni”<sup>215</sup>.

Da un punto di vista strettamente filosofico, come si diceva poc'anzi, la dottrina cattolica della sacralità della vita è una dottrina “personalista”, in quanto, ricollegando l'etica all'antropologia e l'antropologia all'ontologia, individua nella metafisica il più solido baluardo contro le varie forme odierne di debolezza e di relativismo: “il pensiero europeo non può rinunciare a questa fondazione antropologico-personalista della bioetica [...]. Altre scuole come l'ermeneutica e la fenomenologia possono offrire contributi ma non sostituire le acquisizioni della

---

<sup>215</sup> *Veritatis splendor*, 90.

metafisica”<sup>216</sup>. Questo tipo di personalismo a carattere metafisico, tuttavia, non deve essere assolutamente confuso con quelle filosofie personaliste che, pur facendo affidamento sulle nozioni di “persona” e di “dignità della persona”, appaiono diffidenti e critiche nei confronti dei concetti di natura e di legge naturale. Scrive ad esempio Evandro Agazzi, “sono convinto che l’insistenza posta da una parte molto autorevole dell’etica cattolica su una sorta di rispetto incondizionato per la naturalità sia eccessiva. E sono giunto addirittura ad affermare che, come la Chiesa ha perso contatto con la storia moderna sul terreno cosmologico, per aver ingiustificatamente investito di valore teologico una teoria cosmologica geocentrica in via di reputazione da parte della scienza, così essa rischia di perdere oggi il contatto con la storia contemporanea sul terreno morale, e appunto per il fatto di continuare ad ancorare i fondamenti della sua etica a un riferimento alla natura che non è affatto richiesto dallo spirito del messaggio cristiano”<sup>217</sup>.

Allo stesso tempo, però, “la sensibilità per la dimensione storico-evolutiva dell’uomo ha fatto sì che i filosofi, accanto al rifiuto dell’idea

---

216 Cfr. E Sgreccia, *Questioni emergenti nell’ambito della bioetica*, in “*Medicina e Morale*”, 1995, p. 944.

217 Cfr. E. Agazzi, *La natura non è “sacra”*, in E. D’Orazio, M. Mori, *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia?*, p. 99-102.

di una natura umana permanente, abbiano finito per negare l'esistenza di norme etiche assolute. Inoltre, il pensiero moderno ha finito per prospettare la natura (esterna ed interna) alla stregua di un dato opaco sprovvisto di significati intrinseci, ovvero come una sorta di materiale di cui disporre a piacimento per le proprie attività"<sup>218</sup>. Naturalmente la condizione imprescindibile di tutto ciò è che l'uomo sia "a suo modo in grado di parlare secondo verità e nella verità"<sup>219</sup>, e che quindi riesca a percepire l'ordine del mondo ed i progetti che lo informano, abbandonando l'idea di celebrare l'individuo, la sua razionalità e le sue decisioni indipendentemente da ogni ordine ontologico-naturale preconstituito; da ciò la strutturale curvatura metafisica di tutto il discorso etico e bioetico della Chiesa.

In contrapposizione ad una bioetica "cattolica" trova, poi, la sua collocazione naturale una bioetica "laica".

Partendo da una premessa storico-semantica, appare opportuno immediatamente specificare che:

---

218 Cfr. G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, 2005, p. 53.

219 Cfr. F. D'Agostino, *La teologia del diritto positivo: Annuncio cristiano e Verità del Diritto*, in *Pontificium de legum textibus interpretandis, Pontificum Consilium pro familia, Pontificia Academia pro Vita, Evangelium vitae e diritto. "Evangelium vitae" and Law, Acta Symposii Internationalis in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano, 1997, p. 121-131.

In un primo significato, il termine “laico” si contrappone a “chierico”, e indica il credente cattolico non appartenente allo stato ecclesiastico, oppure il religioso non sacerdote;

In un secondo significato, si oppone a confessionale e indica colui che, nell’ambito della propria attività, rivendica una completa indipendenza e autonomia di scelte nei confronti della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose;

In un terzo significato, si oppone a dogmatico, e indica colui che si pone dinanzi ai problemi con atteggiamento scevro da vincoli e pregiudizi<sup>220</sup>.

Da un punto di vista bioetico, occorre distinguere due diversi significati del termine, uno “debole” e l’altro “forte”:

- In senso “debole”, la laicità si identifica con l’atteggiamento di chi si pone in modo critico ed antidogmatico nei confronti della verità assoluta, abbracciando i valori del pluralismo, della libertà, della tolleranza ed al principio dell’autonomia reciproca fra tutte le attività umane. Essa, pertanto, si manifesta non come una nuova cultura, bensì come il mezzo di sopravvivenza di tutte le culture, come quello

---

220 Per le tre definizioni, cfr. G. Devoto, G. C. Oli, *Dizionario della lingua italiana, Le Monnier*, Firenze, 2000-2002, voce *Laico*, p. 1122-1123.

strumento metodologico in grado di assicurare la coesistenza di tutte le filosofie e teorie possibili<sup>221</sup>.

- In senso forte, la laicità indica la teoria di chi non si limita ad un generico accoglimento dei valori dello spirito critico e della tolleranza, ma ragiona prescindendo dall'ipotetica esistenza di Dio e da qualsiasi altra fede religiosa.

Partendo da queste definizioni, non si può non notare come i cattolici, nell'ambito di un progressivo indebolimento semantico del termine, affermino di essere anch'essi laici, dal momento che "la laicità è un metodo del filosofare, come tale attuato e attuabile anche dal credente"<sup>222</sup>; o quando dichiarano di creare una bioetica "laica", negando ogni possibile distinzione tra le due tipologie di bioetica.

Tuttavia, come sostenuto da Giovanni Fornero, "in bioetica, laico (in senso forte) è innanzitutto chi mettendo tra parentesi l'uno e l'altro Dio, cioè ragionando "come se Dio non fosse", nelle sue argomentazioni non tiene conto né della possibile esistenza e "volontà" di Dio, né di un

---

221 Nell'ambito di tale accezione, alcuni autorevoli ed illustri Autori (tra cui A. Passerin d'Entreves e K. Popper) hanno spesso parlato di "Stato laico", ossia di un tipo di ordinamento che, prendendo atto della varietà delle opinioni e delle credenze, ritiene che lo Stato debba praticare una rigorosa neutralità in materia di ideologia e di fede, al fine di assicurare l'esistenza di una "società aperta".

222 Cfr. A. Fiori, A. Pessina, E. Sgreccia, A.G. Spagnolo, *Laici tollerate l'autorità*, in E. D'Orazio, M. Mori, *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia?*, p. 98.

eventuale “progetto divino sulla vita” [...]. Come si può notare, ciò che distingue i bioeticisti laici dai bioeticisti cattolici è, in primo luogo, il rifiuto dell’idea teologico-metafisica di un “piano divino del mondo” con funzione normativa. Questo non significa che la laicità in senso forte si accompagni necessariamente all’ateismo e all’agnosticismo, in quanto la metodologia di pensare *etsi Deus non daretur* può essere fatta propria, almeno in sede di discussione “pubblica”, da quei credenti che, ritenendo Dio filosoficamente indimostrabile, propendono per la sua programmatica estromissione dai discorsi etici e bioetici. [...] Infatti mentre il cattolicesimo romano crede nella possibilità di dimostrare razionalmente le verità metafisiche, coloro che si pongono nella prospettiva laica ritengono che si debba prescindere da questo assunto. Di conseguenza, quando parliamo di una bioetica “laica” della qualità della vita antitetica alla bioetica “cattolica” della sacralità della vita intendiamo l’aggettivo “laico” in senso forte, cioè in un senso per il quale esso si oppone programmaticamente alla posizione di chi, facendo un uso strategico-normativo dell’idea di Dio, postula una metafisica

razionale in grado di cogliere il disegno divino delle cose e di fungere da piattaforma universale del discorso bioetico”<sup>223</sup>.

Prendendo, poi, in considerazione una tesi di origine aristotelica, ripresa da Seneca, secondo cui “non è un bene il vivere, ma il vivere bene”<sup>224</sup>, ebbene tale tesi viene posta a fondamento di questa bioetica che sostiene che non è la vita in quanto tale a possedere pregio, bensì la qualità o il benessere della vita.

Nell’ambito della cultura contemporanea, l’idea di qualità della vita è stata posta al centro di diverse interpretazioni, riconducibili a tra diversi filoni filosofici: le teorie *edonistiche*, le teorie delle *preferenze* e le teorie *perfezioniste*.

La prima teoria, richiamando l’utilitarismo qualitativo di Mill, subordina la qualità della vita alla presenza di condizioni e stati piacevoli e, soprattutto, all’assenza di stati dolorosi. La seconda teoria, invece, negando che il benessere possa essere ricondotto alla mera gratificazione edonistica, valorizza l’utilitarismo delle preferenze e degli interessi del soggetto, rendendo centrale ciò che quest’ultimo, in

---

223 Cfr. G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, 2005, p. 72-73.

224 L. A. Seneca, *Lettere a Lucilio*, vol. I, libro 8°, lettera 70, Rizzoli, Milano, 1999, p. 447.



base al proprio progetto di vita, bramano in modo più o meno esplicito<sup>225</sup>. La terza teoria, infine, ritiene che la qualità della vita debba essere rapportata con alcune capacità funzionali essenziali per lo sviluppo della persona umana; capacità che risiedono in prerogative quali il non morire prematuramente, la buona salute, l'essere adeguatamente nutriti, il possedere un'abitazione adeguata, il muoversi liberamente, l'essere in grado di esprimere i propri talenti creativi, di amare e di avere una vita in relazione con gli altri, il vivere in contatto con gli animali, le piante e il mondo della natura, il ridere e il giocare.

Di queste tre teorie, la più diffusa nella bioetica standard è, senza dubbio, la seconda, anche se attualmente non mancano tentativi di tenere conto anche del terzo. Ma “questa sensibilità nei confronti della nozione di scelta, intesa come prerequisito di ogni bocca laica, è uno dei tratti che avvicinano maggiormente le correnti consequenzialiste a quelle deontologiche. Infatti, se queste ultime fanno del principio del rispetto dell'autonomia decisionale dei singoli il principio cardine della bioetica, le prime (si pensi all'utilitarismo delle preferenze) ritengono

---

225 Questa concezione è denominata anche “*welfarismo*” (dall'inglese *welfare*) o “benesserismo”.

che l'utilità e la felicità si possano ottenere solo attraverso il rispetto (e la salvaguardia) della libertà di scelta degli individui"<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Cfr. G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, 2005, p. 76.

## Capitolo 3.

### L'argomentazione giuridica delle questioni di etica e bioetica.

#### 3.1. Problemi metodologici: Il paradigma dell'etica aristotelica

“I principi generali<sup>227</sup> hanno vinto, i casi particolari hanno perso”.<sup>228</sup>

Queste sono le parole icastiche di Stephen Toulmin, grande protagonista della rivoluzione epistemologica fondata sul modo dialettico-argomentativo di costruire il pensiero.

In queste parole è dato cogliere la difficoltà del giurista laddove debba misurarsi con la complessa e variegata casistica umana, laddove debba trovare una spiegazione razionale ed appunto giuridica senza poter

---

<sup>227</sup> Originariamente, la distinzione tra principi in senso stretto e regole si deve alle elaborazioni di Ronald Dworkin.

L'Autore ha distinto principi e regole sulla base di due principali criteri: le regole si applicherebbero alla maniera del tutto-o-niente, indefettibilmente (di due regole contrastanti, l'una sarebbe valida, l'altra no); i principi si applicherebbero in base al rispettivo peso o importanza, defettibilmente (due principi, tra loro in contrasto, sarebbero entrambi validi, ma il più importante per il singolo caso verrebbe applicato, l'altro, invece, disapplicato).

Il medesimo Dworkin, successivamente abbandona la distinzione regole7principi, facendo propria una ricostruzione della filosofia del diritto come interpretazione.

Per l'autore, tutto il diritto sarebbe “per principi”, proprio come la morale, dalla quale lo stesso risulta inseparabile.

La *practice theory* di Dworkin, in un certo qual modo, verrà riconosciuta come teoria plausibile in relazione alle regole convenzionali, da Hart, uno dei maggiori critici di Dworkin.

Hart, infatti, nel Poscritto pur non arrivando a riconoscere la *practice theory* dworkiana come teoria generale dell'obbligo, sostiene che la stessa può essere considerata una teoria valida in relazione alle regole convenzionali. Di qui, in dottrina, si suole parlare (seppur con la dovuta attenzione) di una svolta convenzionalista di Hart.

Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* Taking, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad.ital. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982; H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, 1961, 1994), trad.it. M.Cattaneo, Torino, Einaudi, 2002.

<sup>228</sup> S. Toulmin, *Cosmopolis, The Hidden agenda of Modernity*, Chicago, 1992, pag. 55.

contare su un modello matematizzante, ovvero su un tipo di ragionamento che, come un calcolo si serve di elementi astratti e di relazioni formali tra i concetti. In altri termini, la grandissima difficoltà di fronte alla quale viene a trovarsi il diritto è quella di dover aver a che fare – come ha osservato Rodotà <sup>229</sup> – con l'eccedenza della vita con compiti difficili. Paradossalmente lo stesso diritto dovrà prendere distanza dalla vita per poterla regolare: l'arduo compito, dunque, consiste in questa tensione tra regola e vita. In simili circostanze, nel tentativo di “giuridificare la vita” il diritto si costruisce come tecnica, e insieme potere, che aggiudica libertà e limiti, possibilità che si aprono e contingenze che ne riducono gli spazi. La dialettica che si instaura tra la *vita* e le *regole* si snoda sempre su equilibri provvisori e instabili tra le tante dimensioni della vita, gli ambivalenti poteri della tecnica e le domande crescenti che vengono rivolte all'etica e al diritto. Da qui nasce l'esigenza di pervenire ad una disciplina normativa che, senza affatto trascurare l'indispensabile salvaguardia dei soggetti a vario titolo coinvolti, sia quanto più possibile elastica, mite, in grado cioè di adeguarsi alle continue novità introdotte dalla scienza e, soprattutto

---

229 S.Rodotà, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

garante dell'autonomia dell'individuo, della sua libertà di scelta contro ogni forma di discriminazione o di esclusione sociale. La questione delle forme dell'argomentazione in etica applicata ed in particolare in bioetica, è problema, dunque, che da sempre si pone all'attenzione del mondo giusfilosofico, in particolare, negli ultimi decenni sotto la spinta di importanti innovazioni nel campo della bioetica. Le questioni morali suscitate da casi giuridici improntati a tali tematiche di etica e di bioetica, provocano il clamore dei media, e la pubblicistica ha ingenerato la convinzione che tali domini siano terreno aperto a qualunque specie di commento. Ma, al contrario, “la bioetica si differenzia da tali atteggiamenti proprio perché assume per le sue argomentazioni una valenza “scientifica”, nel senso di pretendere che a tali argomentazioni sia dato un metodo generale, un rigore per il quale sia possibile sostenere con ragioni i propri convincimenti ed eventualmente difenderli dagli attacchi di chi non li condivide”<sup>230</sup>.

Il modo in cui vengono condotte alcune discussioni in etica e in bioetica, mostra una sfiducia nella capacità dell'esperienza morale quotidiana di indirizzarci verso oggetti in cui collocare la coerenza

---

230 L.Canavacci, *La bioetica: una disciplina in cerca di metodo*, in “*bioetica*” 2/2000, pag.213.

esplicativa. In altri termini, si ritiene che l'esperienza morale non faccia accedere a un regno di ragioni morali. Dietro questa sfiducia “ vi è una certa immagine scettica nei confronti dell'etica: un'immagine che dallo scetticismo verso l'esistenza di un regno di valori morali, passa a uno scetticismo verso l'esistenza di una dimensione di intelligibilità specificamente morale”<sup>231</sup>. Lo scetticismo, quindi, investe non solo la possibile esistenza di valori morali, ma anche il linguaggio morale, accusato di non avere alcuna propria intelligibilità. Piergiorgio Donatelli, riprendendo l'idea dell'etica propria di alcuni autori neopositivisti, quali R.Carnap e C.Stevenson, ritiene che benché non esistano oggetti che meritano approvazione morale, tuttavia “esistono processi psicologici nei termini dei quali è possibile descrivere il meccanismo che ha prodotto l'illusione di intrattenere un giudizio su un certo oggetto”<sup>232</sup>. In altri termini, lo scetticismo riguarda l'idea stessa di una metodologia con la quale argomentare le questioni di bioetica.

Del resto sulla coerenza propria dell'etica e della bioetica, è bene fare una precisazione. La coerenza a cui ci si riferisce non è la coerenza di un sistema di norme morali o giuridiche, bensì la coerenza di un

---

231 P. Donatelli, *Concetti e critica morale*, in “*Bioetica*” 2 /2000, pag.266.

232 P.Donatelli, *ibidem*, pag.267.

ragionamento o di una posizione, e quindi anche delle giustificazioni di scelte, che sono ragionamenti pratici. “Un ragionamento o è coerente, o non è un ragionamento. Anche il ragionamento non analitico, anche quello non deduttivo, deve (nel senso che non può non) essere coerente. Cioè la proprietà della coerenza è costitutiva del concetto di ragionamento. Perché coerenza non vuol dire solo deduttività. Vuol dire, almeno, anche altre due cose, diverse dalla deduttività : 1) la mera assenza di contraddizioni, o compatibilità; 2) una cosa, un po' più vaga forse e più difficile da definire, ma che i giuristi conoscono bene, che oggi Ronald Dworkin chiama *integrity* e Neil MacCormick chiama *coherence*, distinguendola dalla *consistency*, che è insieme la coerenza come deduttività e come compatibilità.”<sup>233</sup>. Orbene, circa il tentativo di dare una spiegazione delle procedure di argomentazione e di giustificazione del giudizio in etica e più specificamente in bioetica, per quanto riguarda i grandi classici del pensiero filosofico, il riferimento principale non può che essere l'etica aristotelica. Per Aristotele l'argomentazione etica non fa emergere verità incontrovertibili, ma solo giudizi validi “per lo più”, idonei a costruire una regola di massima, che

---

233 L. Gianformaggio, *Natura/artificio nella politica dell'ambiente e nell'etica della vita*, in “*Bioetica*” a cura di A. Di Meo e C. Mancina, Sagittari Laterza, 1999.

ammettendo eccezioni in casi particolari, è soggetta ad imprecisione. In realtà Aristotele, nella sua “Ethica” aveva interesse alla costruzione del discorso capace di fornire modelli ed esempi<sup>234</sup> per la soluzione di casi particolari concreti, piuttosto che alla elaborazione di principi sempre validi con elevata cogenza normativa. Enrico Berti e Diego Gracia rilevano “il fatto che Aristotele era ben consapevole che il ragionamento pratico non appartiene al grado dell’episteme (scienza), bensì a quello della doxa (opinione), senza con questo voler relegare il discorso morale nell’ambito dell’irrazionalità: l’opinione, infatti, può non avere il carattere della certezza, ma è comunque modulata secondo l’uso dell’*orthos logos*, cioè il corretto uso della ragione, all’interno del quale è possibile la coesistenza di opinioni diverse<sup>235</sup>”.

Aristotele rappresenta, con questo suo approccio al problema, il precursore dell’attuale metodo deliberativo, in base al quale il procedimento, e quindi, l’argomentazione assume un valore in sé, pur non potendo mai arrivare ad una decisione univoca e valida *erga omnes*.

Le argomentazioni, infatti, non partono da premesse dotate di un

---

234 S.Mocellin, *L’argomentazione del giudizio bioetico: un percorso di approfondimento*, in “*L’argomentazione del giudizio bioetico*”, Franco Angeli, 2006, pag.208.

235 A. Abignente, *Voce argomentazione giuridica* in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II vol., Torino, Giappichelli, 2013



carattere universale ed astratto, ma si servono di opinioni notevoli o autorevoli: in altri termini, si servono di *endoxa*. Per quanto affermato, le conclusioni del ragionamento argomentativo non potranno mai dirsi condivisibili, in ogni tempo e sotto ogni riguardo, da chiunque. Infatti “mentre nel ragionamento dimostrativo il processo inferenziale garantisce la necessità della conclusione, in quello argomentativo la conclusione non è né univoca né necessaria”<sup>236</sup>. In tale approccio deliberativo la logica e l’argomentazione acquistano dignità scientifica. Toulmin, in questa direzione, ritiene necessaria una profonda revisione della logica come scienza, in quanto la stessa avrebbe tradito le posizioni aristoteliche relative all’*apodeixis*, ovvero al modo nel quale partendo da premesse date, se ne stabiliscono le conclusioni, e sarebbe diventata un ramo della matematica.<sup>237</sup> La logica, secondo Aristotele, sarebbe potuta, attraverso un suo naturale evolversi, diventare una *episteme*. Tuttavia, l’allontanamento *della logica dalle sue* possibili applicazioni pratiche sostituite da problemi astratti, avrebbe portato la medesima ad essere solo un mero postulato sopra il quale impostare, dogmaticamente, ogni tipo di ragionamento. Ma “la logica ha a che fare

---

236 G. Boniolo, P.Vidali, *Strumenti per ragionare*, Milano 2002, pag.52.

237 S. Toulmin, *Gli usi dell'Argomentazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1975

non con la maniera del nostro inferire, o con questioni di tecnica: il suo compito principale è retrospettivo e giustificatorio”<sup>238</sup>, e cioè riguarda le ragioni che possiamo avanzare per convalidare la nostra pretesa che le conclusioni raggiunte siano accettabili per il fatto che sono giustificabili. In questi termini Toulmin mostra il suo disappunto alla tradizione della logica che risale ad Aristotele, la quale si era orientata “unilateralmente al paradigma del sillogismo, ad una forma argomentativa, cioè, che a suo avviso non è molto importante per valutare le argomentazioni pratiche. In questo modo sarebbe andata persa la relazione della logica con l’argomentazione pratica”<sup>239</sup>.

---

238 S. Toulmin, *ibidem* , pag.8

239 R. Alexy , *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, 1998 pag.67.

### 3.1.2. Approcci argomentativi postaristotelici

Dall'approccio aristotelico, che considera preminente il corretto utilizzo dell' *ortos logos* discendono su fronti opposti il procedimento deliberativo e quello dilemmatico.

Il procedimento deliberativo presenta il carattere della fallibilità perché la deliberazione anche se ben condotta non potrà mai abbracciare esaustivamente tutta la realtà; non per questo, però, non deve essere considerata non valida.

Antitetico al metodo deliberativo - ora esaminato - è l'approccio dilemmatico, il quale considera assolutamente risolvibili con certezza matematica le questioni etiche. Tale impostazione formalistica del pensiero tende a ritenere semplicemente irrazionale tutto quanto sfugga al rigore del calcolo. Le maggiori perplessità che connotano l'approccio deliberativo, invece, riguardano la possibilità di creare un terreno comune in presenza di concezioni eticamente diverse, una "deliberazione collettiva, in cui l'opinione di più individui fornisca la base per la costruzione di una risposta non necessariamente risolutiva, ma certamente fortificata da un'interpretazione più articolata e ricca

possibile della realtà, proprio perché si avvale di esperienze plurime e non univoche”<sup>240</sup>.

C’è, in sostanza, la necessità di arrivare ad un consenso tra tutti i soggetti coinvolti. Proprio la necessità di un consenso rilevante circa “i principi dell’etica e della bioetica”, è il punto fondamentale da prendere in considerazione da parte di chiunque si accinga a problematiche di tale natura. Questi principi rappresentano il primo dato da cui partire in qualsiasi discussione che si intraprenda in questo ambito. Ma si tenti di capire cosa sono questi principi. “In accordo con l’eccellente sintesi effettuata da Diego Gracia,<sup>241</sup> gli autori [...] pensano che si tratti di principi prima facie, cioè che obblighino sempre e in quanto non entrino in conflitto tra loro; in caso di conflitto i principi vengono ordinati gerarchicamente rispetto alla situazione concreta; o, detto in altre parole, non vi sono previe regole che consentano di dare priorità all’uno o all’altro principio, e per questo motivo c’è la necessità di arrivare ad un consenso tra tutti i soggetti coinvolti”<sup>242</sup>. Tra questi autori, fa d’uopo ricordare Jonsen e Toulmin, che nella opera “The abuse of Casuistry”,

---

240 S.Mocellin, *ibidem*, pag. 209.

241 D.Gracia, *Procedimientos de decision en etica clinica*, Eudema, Madrid, 1993.

242 M.Atienza, *Giurificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in “*Ragion pratica*,” 6/1996, pag.124.

proposero una metodologia, sulle questione di etica, che si incentrasse sul caso concreto, ripudiando la cosiddetta “tirannia dei principi”, e cioè l’idea per la quale l’etica consisterebbe esclusivamente in un codice di regole e di principi generali.<sup>243</sup> Partendo dalla considerazione che non è possibile muovere da principi o regole generali per ottenere una conclusione concreta, i succitati autori, chiarirono che il punto di partenza, per l’argomentazione in etica, “sono semplicemente delle massime, dei *topoi* o dei luoghi comuni, che possono essere compresi solo in termini di casi paradigmatici che definiscono il loro senso e la loro forza”<sup>244</sup>. “Dove non è, né può raggiungersi come fra amici l’accordo sulle massime, o sui principi, non c’è in effetti spazio per cercare disputando le giustificazioni: nessuna ragione è una valida ragione per chi non condivide il principio che ne fa una ragione”<sup>245</sup>. Proprio con riguardo a tali principi, Uberto Scarpelli, uno dei massimi esponenti della filosofia analitica nonché uno dei pionieri della bioetica in Italia, ritiene che il tentativo di argomentare e giustificare in etica dovrà procedere risalendo eventualmente fino ad un determinato

---

243 R.Jones, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, University of Chicago Press, Chicago 1988.

244 *Ibidem*, pag.23.

245 U.Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Rivista di Filosofia*, 1985, pag.41.

principio morale, il quale però non potrà essere ulteriormente giustificato ma andrà collegato alla dimensione di una scelta vitale. Dunque, nessuna giustificazione etica è in grado di fondare da sola la validità di una opzione, ma richiede che si risalga ad una presa di posizione in termini extra-logici ed extra-scientifici. In tale solco di pensiero, Singer constata che “come la si pratica oggi la bioetica non è legata a nessun modo particolare di fare filosofia, giacché la sola condizione che deve rispettare è quella di adottare un approccio che faccia leva sul ragionamento e sull’argomentazione, limitando al minimo i preconcetti”<sup>246</sup>.

Orbene, l’indagine morale secondo la chiara illustrazione fornita da Manuel Atienza, i principi fondamentali della bioetica sarebbero il “principio di autonomia” - secondo il quale ogni individuo ha diritto a decidere su quello che lo riguarda -, il “principio di dignità” - per il quale nessun essere umano può essere trattato come mezzo -, il “principio di universalità” - in base al quale coloro che sono nelle stesse condizioni devono essere trattati nelle stesse condizioni - e il “principio

---

246 P. Singer , *Ripensare la vita*, Il Saggiatore, Milano 2000, pag. 15.

di informazione” - il quale stabilisce che tutti gli individui hanno diritto di sapere ciò che li riguarda.

Tali principi della bioetica avrebbero il pregio di soddisfare l'esigenza dell'universalizzabilità del giudizio etico e bioetico. L'etica implica la razionalità e la razionalità richiede l'universalizzabilità, anche se la connessione tra eticità e universalizzabilità è razionalmente argomentabile, ma mai connessione necessaria. Dato per postulato quanto ora affermato, dunque, tali principi, sui quali la comunità decidente a priori avrà convenzionalmente prestato il proprio consenso, sono necessari e sufficienti per risolvere i casi facili. Per i casi difficili, invece, risultano insufficienti e l'insufficienza di questi principi “non deriva dal fatto che riteniamo ci siano casi in cui non si possano rispettare questi principi. Vale a dire, non pare che per far fronte a queste difficoltà occorra accettare che ci siano situazioni in cui possa essere lecito conculcare l'autonomia, la dignità, ecc; se così fosse i principi morali avrebbero veramente uno scarso valore. Più precisamente - chiarifica Atienza - quello che si verifica è che questi principi stabiliscono ciò che si può o si deve fare, ma date certe

condizioni che, tuttavia, non possiamo precisare in anticipo”<sup>247</sup>. Atienza spiega bene questo concetto con un esempio. Si consideri la rilevanza del principio di autonomia, “nel senso che un individuo può decidere su ciò che lo riguarda, ma sempre quando costui sia in condizioni di farlo”<sup>248</sup>. Ora, nel caso in cui queste condizioni non sussistano, si è disposti ad accettare che altri possano decidere nel suo migliore interesse, per proteggere la sua dignità e perché non venga trattato in modo peggiore degli altri. Coerentemente con quanto detto, e quindi in base a questo nuovo insieme di circostanze, si dovrebbe arrivare alla formulazione di un nuovo principio, ulteriore rispetto ai quattro “principi di bioetica” suesposti, e cioè il “principio del paternalismo”, in base al quale “è lecito prendere una decisione che riguarda la vita o la salute di un altro se: quest’ultimo è in una situazione di radicale incapacità e la misura comporta un beneficio oggettivo per lui, e si può razionalmente presumere che egli acconsentirebbe se cessasse lo stato di incapacità”<sup>249</sup>. Ma così come un determinato caso difficile - quello esplicitato nell’esempio, per l’appunto - ha portato alla formulazione di

---

247 M. Atienza, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, op.cit. pag. 138.

248 M. Atienza, *ibidem*, pp.138,139.

249 *Ibidem*, pag.139.



un nuovo principio di bioetica, così è ragionevole pensare che altri insiemi di circostanze porteranno alla formulazione di nuovi principi, che per se stessi non permetteranno mai di risolvere definitivamente un caso in quanto, non si potrà, come nel caso preso in esempio, rifiutare categoricamente dall'inizio che altri decidano per la vita e per la salute di un soggetto (anche se vige il principio dell'autonomia), ma questo, del resto, non sarebbe ancora sufficiente per autorizzare o meno una tale scelta, dovendo ricorrere ulteriori circostanze per poter applicare il secondario principio del paternalismo. In considerazione di quanto detto, la proposta metodologica di Atienza, è quella di "giuridificare la bioetica". In pratica Atienza ritiene che oltre di principi, per la risoluzione di tali problematiche, si ha "bisogno di regole, che precisino, per esempio, fino a dove può arrivare il rischio per una persona e il beneficio per un'altra, oppure che cosa si debba intendere per "misure non degradanti", ecc."<sup>250</sup>. Insomma con Atienza si perviene alla consapevolezza che una nuova metodologia per l'argomentazione delle questioni di bioetica, deve poter costruire un insieme di regole a partire proprio dai suoi stessi principi, regole che permettano di

---

250 M.Atienza, *ibidem*, pag.140.

risolvere quei casi difficili nei quali il consenso non esiste. I “casi difficili”, secondo la definizione che ne dà Atienza, sono quei casi “nei quali la giustificazione della decisione - differentemente dai casi facili - non può racchiudersi unicamente nel ragionamento deduttivo. Ai criteri della logica [...] devono aggiungersi quelli della cd. “ragion pratica” che appartengono a principi come l’universalità, la coerenza, il consenso ecc.”<sup>251</sup>. Dalla sua, Pablo Navarro - richiamato dallo stesso Atienza nella sua definizione di “casi difficili” - ha provveduto ad enunciare una chiara tassonomia dei “casi difficili”: “un caso C è considerato difficile se: non c’è risposta corretta a C; le proposizioni normative sono ambigue e/o i concetti che esprimono sono vaghi; il diritto è incompleto o inesistente; non esiste consenso sulla soluzione di C presso la comunità dei giuristi; C non è un caso ordinario o di applicazione meccanica della legge; C non è un caso facile ed è risolvibile solo valutando disposizioni giuridiche in conflitto, mediante argomenti non deduttivi; richiede per a sua soluzione un ragionamento

---

251 M.Atienza, *I limiti dell’interpretazione costituzionale.Di nuovo sui casi tragici*, in “ *Ars Interpretandi*” 1999, pag.296.

basato sui principi; la soluzione di C coinvolge necessariamente giudizi morali”<sup>252</sup>.

Interessante appare la proposta metodologica di Atienza in considerazione delle difficoltà riscontrate nei casi cosiddetti difficili. La proposta metodologica di Atienza, è quella di “giuridificare la bioetica”. In pratica Atienza ritiene che oltre di principi, per la risoluzione di tali problematiche, si ha “bisogno di regole, che precisino, per esempio, fino a dove può arrivare il rischio per una persona e il beneficio per un'altra, oppure che cosa si debba intendere per “misure non degradanti”, ecc.”<sup>253</sup>. Insomma con Atienza si perviene alla consapevolezza che una nuova metodologia per l'argomentazione delle questioni di bioetica, deve poter costruire un insieme di regole a partire proprio dai suoi stessi principi, regole che permettano di risolvere quei casi difficili nei quali il consenso non esiste. In altri termini Atienza sostiene che attraverso l'utilizzo di tale metodologia “la bioetica dovrebbe offrirci, per così dire, la soddisfazione di comprovare che i nostri problemi pratici possono essere risolti senza

---

252 P.E. Navarro, *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho*, in “*Doxa*”, 14/1993, pp.252-3.

253 M. Atienza, *ibidem*, pag.140.

smettere di essere fedeli ai nostri principi”<sup>254</sup>. Due sono le strade proposte dall’autore, per poter passare dai principi alle regole: la via legislativa e la via giudiziale. La via legislativa mostra sicuramente il vantaggio di godere di maggiore legittimazione rispetto a quella giudiziale. Tuttavia la stessa presenta l’inconveniente di legiferare su materie imprevedibili, soggette a continui cambiamenti scientifici; inoltre, seguendo questa via, si presenterebbe il rischio che “le norme prodotte non raggiungano il livello di concretezza desiderabile e/o risultino eccessivamente rigide”<sup>255</sup>. la via giudiziale, sarebbe invece quella da preferire, intendendo con ciò dire non che i giudici debbano assumere un ruolo di assoluto primo piano che, invece, spetterebbe ai comitati etici, ma che per la risoluzione di questioni di bioetica, debba essere utilizzato il metodo della ponderazione dei principi, proprio appunto dell’operare per via giudiziale.

È da farsi presente che parlare di principi etici fondamentali in una maniera sufficientemente chiara da rendere tali principi utilizzabili praticamente, sollevi grosse inquietudini se si prende in considerazione il problema del pluralismo morale. In altri termini “proprio il concetto

---

254 *Ibidem*, pag.140.

255 M.Atienza, *ibidem*, pag.141.

di “principi fondamentali” è filosoficamente discutibile se con ciò si intende che una valutazione etica debba necessariamente essere basata su valori e standard immutabili e assoluti e non, più modestamente, che essa sia guidata da norme che sono state determinate nel tempo e quindi sia dipendente dal contesto e possa evolvere. Il “fondamentalismo” è solo un modo di considerare la questione etica e morale”.<sup>256</sup>

Orbene, quando si tratta di principi fondamentali, non ci si riferisce a verità assolute ritenute costitutive del mondo o della natura umana, universali e immutabili. Ci si riferisce, bensì, a regole che, sebbene differentemente connotate a seconda delle interpretazioni di cui sono oggetto, sono comunque frutto della cultura e della sensibilità umana e, in quanto tali, mutabili, non necessarie e non universalmente valide. La disputa su detti temi, detto anche dibattito tra “generalisti e particolaristi”, vede schierati su di una stessa linea due posizioni limite. La prima delle due posizioni è quella riferibile a coloro i quali sostengono che, affinché si possano risolvere i problemi bioetici concreti, è necessario elaborare la migliore teoria etica normativa possibile o i migliori principi morali fondamentali. In siffatto modo di

---

256 Report: *the Ethical Aspects of the 5th Research Framework Programme*, cit. par. 2.2.1, capoverso 3, pag.8.

procedure “I processi di di deliberazione morale seguono un movimento dall’alto verso il basso (“top-down”), per il quale la giustificazione passa dai principi morali generali ritenuti corretti ai singoli casi particolari”.<sup>257</sup> Sul versante opposto si collocano, invece, i sostenitori delle posizioni cosiddette particolariste o contestualistiche, secondo i quali “la dimensione della moralità è prioritariamente quella del contesto particolare; dunque, nella loro opinione, le teorie morali con pretesa universalità e astrattezza sono costituzionalmente inadatte a spiegare e, con maggior ragione a risolvere, i problemi morali concreti. Per i particolaristi i procedimenti argomentativi seguono infatti un movimento inverso, dal basso verso l’alto (“*bottom-up*”). Ogni caso può essere risolto unicamente a partire da ciò che lo caratterizza nella sua specificità e, se generalizzazioni sono contemplabili, esse procedono di caso in caso, andando a formare una rete di acquisizioni che costituiscono il nostro personale bagaglio di norme morali: in ogni modo, se di codificazione generale si può parlare, essa segue

---

257 L.Canavacci , *Per una metodologia casistica, in Studi e saggi sull’argomentazione in Bioetica* 2/2000 , pag.245.

l'esperienza particolare, e certo non la precede quale suo fondamento giustificativo"<sup>258</sup>.

Dunque, la prima strada di possibile argomentazione giuridica dell'etica, quella caratteristica delle strade generaliste, descrive l'argomentazione morale come una catena di proposizioni nella quale la correttezza è assicurata dalla coerenza delle deduzioni formali da un principio astratto e assoluto, ad un giudizio pratico particolare. Il punto debole di tale impostazione risiede nella circostanza per la quale la sola constatazione della correttezza formale non possiede la forza sufficiente a motivare l'agente morale all'azione; in altri termini non si può pensare che la sola correttezza o razionalità di una inferenza morale possa motivare l'agente pratico.

Agli antipodi di questa concezione, si colloca il metodo argomentativo particolarista. Tale approccio, proprio di autori quali Jonsens e Toulmin, rifiuta l'esistenza delle "essenze" nel dominio dell'etica, sostenendo che il modo appropriato di argomentare l'etica comporti l'immersione fin dall'inizio nella concretezza dei casi.

---

258 *Ibidem*, cit. pag.245.

È dunque da evidenziare che anche quest'ultimo metodo argomentativo riconosce un ruolo fondamentale ai principi e alle massime morali; tuttavia si peculiarizza dall'altro metodo in quanto ritiene che tali principi e *topoi* morali non debbano essere colti in astratto e cioè elaborati ad un livello teorico, ma che vadano conosciuti nel loro significato solo per mezzo dell'esperienza concreta dei casi morali stessi. Per autori come Jonsen e Toulmin, la costruzione di teorie morali rigorose, comporta l'uscita dal contesto reale della vita morale <sup>259</sup> <sup>260</sup>. L'etica, così come la medicina, è caratterizzata da natura e orientamento essenzialmente pratico. Le motivazioni che spingono a rigettare l'appello a principi astratti, preesistenti alla concreta esperienza morale, dedotti attraverso procedure logiche dalla teoria morale, risiedono proprio in questa caratteristica della praticità propria dell'etica (e ancor più della bioetica).

Restando all'interno dell'alveo della possibilità di argomentare razionalmente i casi di etica e di bioetica attraverso un corretto uso della argomentazione e della giustificazione, il metodo di Jonsen e Toulmin è

---

259 S.Toulmin *La tirannia dei principi*, op.cit.

260 A. Jonsen, *The weight and weighing of Ethical Principles*, in H.Y. Vanderpool(e.), *The ethics of research involving human subject*, University Publishing Group, Frederick, Maryland, 1996.



propriamente casistico, data la loro già indicata posizione relativa ai principi e ai topoi dell'etica. Tale metodo casistico propone un modello argomentativo che si sviluppa per intero a livello esperienziale. Lo stesso prende in considerazione tutte le circostanze in cui un caso morale si realizza concretamente e non solamente, dunque, quelle relative ai principi etici. "Il cuore dell'esperienza morale non risiede in una padronanza delle norme generali e dei principi teorici, per quanto fondati e ben costruiti questi principi possano apparire. Esso è invece situato, piuttosto, nella saggezza che deriva dal vedere come le idee che sono dietro a queste regole funzionano nel corso della vita delle persone: in particolare, essa deriva dal vedere più esattamente cosa consegue dall'insistere (o dal rinunciare) su questa o quell'altra norma in un insieme o in altro di circostanze"<sup>261</sup>

L'ancoraggio fortissimo di tale metodo argomentativo casistico all'esperienza, si traduce, sul piano fattuale, nell'applicazione del ragionamento analogico: attraverso il ricorso ad esso è possibile trovare una giustificazione razionale comparando i nuovi casi e le circostanze che li caratterizzano con l'esperienza che in passato si è avuta di casi

---

261 A.Jonsen, S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry, A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 1988, cit.pag.314.

simili, sia in quanto persone single, sia in quanto società. I casi presi in considerazione, come punto di riferimento del metodo analogico, diventano casi paradigmatici.

Tuttavia, tale metodo argomentativo della casistica trova un limite invalicabile laddove sorgano problemi etici del tutto nuovi, nel senso che derivano da circostanze empiriche del tutto nuove nemmeno pensabili in passato. In tali situazioni, infatti, l'assoluta novità rende impossibile il ragionamento analogico con casi paradigmatici passati.

A tal proposito, secondo l'impostazione di Jonsen, la soluzione praticabile consisterebbe nella circostanza per la quale laddove un paradigma non trova una strada per essere risolutivo in quanto inapplicabile per la novità dei contesti, "sono proprio le considerazioni relative a questo altro oltre i principi a far sì che l'ago della bilancia si sposti in una determinata direzione, attribuendo le dovute priorità a particolari circostanze"<sup>262</sup>. Dunque, anche per la risoluzione di tali casi nuovi, il metodo casistico suggerisce di guardare le specifiche circostanze proprie di ciascun caso. Sarebbero proprio tali circostanze empiriche il *focus* dell'argomentazione morale in etica applicata.

---

<sup>262</sup> L.Canavacci, *op.cit.* pag. 259.

Partendo dalle circostanze bisognerà reinterpretare i principi generali e i paradigmi : “I principi pesano sulla decisione finale; tuttavia, le scale scendono, non sotto il peso dei principi, ma sotto il peso delle circostanze accumulate che spingono un principio o un altro. (...) Le circostanze funzionano come caratteristiche di una situazione “ valutate moralmente”. Mentre esse stesse non sono derivate da un principio morale, esse sono valutate in relazione a principi e valori. (...). Per “circostanze moralmente valutate” si intende il modo in cui certi fatti sono associate a determinati scopi e prospettive che possono essi stessi essere oggetto di valutazione morale”<sup>263</sup>.

L’idea che, dunque, le circostanze specifiche dei singoli casi concreti siano sempre il punto di partenza da cui iniziare l’analisi di siffatti casi, anche laddove ci si trovi dinanzi a casi completamente nuovi o difficili, pare essere in contrasto con ogni possibile pretesa che un tale materiale, frutto dell’analisi morale, possa poi essere oggetto di vaglio critico razionale, per il tramite di quegli stessi principi etici astratti ritenuti per via logica e formale corretti e universalmente validi. In questa

---

263 A. Jonsen, *The weight and weighing of Ethical Principles*, op.cit.pag.72.

prospettiva troppo forte è lo scollamento del piano teorico da quello pratico per poter ambire ad un simile risultato.

In linea con questo approccio casistico e quindi in netta contrapposizione con la tendenza principialista più intransigente, si colloca la teoria di Roberto Dell'Oro, "il quale afferma che un sistema di principi e regole, per quanto coerente ed articolato al suo interno, rimane una costruzione senza fondamento quando non sia alimentato da una riflessione previa, volta ad illuminare il significato delle esperienze alle quali questi stessi principi e regole si riferiscono. Ciò verso cui una prospettiva ermeneutica influenzata da una visione fenomenologica come quella di Dell'Oro, vuole attirare l'attenzione, è la necessità che l'argomentazione morale e la declinazione dei principi prenda le mosse da una "fenomologia del vissuto" degli agenti morali, in gradi di "interpretare e chiarire la complessità dei fattori che concorrono a determinare una decisione responsabile".<sup>264</sup>

Nella sua analisi del problema Dell'Oro precisamente sostiene che "l'oggettività morale si definisce non indipendentemente ma correlativamente alle condizioni antropologico-concrete (...). La cura

---

<sup>264</sup> S.Mocellin, *L'argomentazione del giudizio bioetico: un percorso di approfondimento*, op.cit. pag 214.

per una tale correlazione, lungi dal relativizzare l'oggettività morale, la esprime piuttosto nella sua singolarità propria di verità di senso, la cui autorevolezza si dischiude al soggetto morale gratuitamente in una storia di appropriazione libera e responsabile".<sup>265</sup> Il medesimo autore si rifà ad autori quali Rotter, per il quale "soggettività e oggettività non possono essere viste come alternative in concorrenza, ma indicano dimensioni dell'atto morale che si condizionano mutuamente. Perciò proprio l'oggettività diventa più chiara nel suo carattere e può essere anche meglio salvata in un metodo teologico-morale, se non le si chiede di più di quanto essa può dare, volendo fondare sotto tutti gli aspetti su di essa l'esigenza morale"<sup>266</sup>.

In altri termini il tentativo condotto da autori come Dell'Oro, consiste, sulla scia dell'approccio casistico, nel mettere al centro della riflessione il soggetto umano. Proprio con riguardo all'evento morte, l'autore constata come per quanto siano importanti principi e regole, non ci si potrà dimenticare che il morire è un atto dal senso profondamente umano. Orbene, l'indagine morale non potrà prendere le

---

<sup>265</sup> R.Dell'Oro, *Esperienza morale e persona. Per una reinterpretazione dell'etica fenomenologica di Dietrich von Hildebrand*, Roma, 1996, pag. 12.

<sup>266</sup> H.Rotter, *Soggettività ed oggettività dell'esigenza morale*, in Demmer K. Schuller B ( a cura di ), *Fede cristiana e agire morale*, Assisi, 1990, pag. 246.

distanze dal senso propriamente umano del morire né tanto meno del soggetto che si ha contestualmente dinanzi, con tutto ciò che lo definisce, non solo a livello biomedico, ma anche a livello psicologico, relazionale ed esistenziale.

### 3.1.3. Riflessioni in tema di argomentazione in bioetica

La domanda alla quale si è tentato di rispondere, analizzando i contributi in materia è se anche le questioni di etica, e più in particolare di bioetica, possono essere spiegate e dunque risolte in maniera razionale. In questa analisi è stata fondamentale, *in primis*, l'analisi dell'importanza dell'argomentazione giuridica, la quale assume rilevanza in sé se condotta correttamente e coerentemente, prescindendo dunque dalla possibilità di dover arrivare a soluzioni universali ed astratte. Analizzando l'*Ethica* di Aristotele si sono scorti proprio in essa i capisaldi di tale impostazione. L'utilizzo ben strutturato e ben condotto dell'*orthos logos*, per lo Stagirita, pur non potendo mai arrivare ad una decisione univoca e valida *erga omnes*, condurrebbe comunque a giustificare in termini di logica e razionalità le scelte etiche.

Partendo, dunque, dalle considerazioni aristoteliche, per le quali – come si è constatato - la logica ha a che fare non con la maniera del nostro inferire, o con questioni di tecnica: il suo compito principale è retrospettivo e giustificatorio, si è poi concentrata l'attenzione sulle diverse metodologie argomentative delle questione dell'etica

sviluppatesi nel mondo giusfilosofico. Collocate agli antipodi, le due diverse principali metodologie sarebbero entrambe discendenti dal pensiero aristotelico. L'una orientata unilateralmente al paradigma del sillogismo, ad una forma argomentativa, cioè, non propriamente adatta per valutare le argomentazioni pratiche. In questo procedere sarebbe andata persa la relazione della logica con l'argomentazione pratica. Tale impostazione avrebbe tradito le posizioni aristoteliche relative all'*apodeixis*, ovvero al modo nel quale partendo da premesse date, se ne stabiliscono le conclusioni, e sarebbe diventata un ramo della *mathematic*, ossessionata dal rigore del calcolo e della precisione inferenziale.

L'altra, invece, attributiva di massimo valore all'argomentazione in sé stessa, riprende dal pensiero aristotelico la aderenza della logica dalle sue possibili applicazioni pratiche, conscia che il *proprium* delle questione di etica e bioetica a fortiori, è la practicalità. Se nella prima metodologia si è trovata la sua fallimentarietà nel descritto totale scostamento ai casi concreti e dunque al versante dell'esperienza, nel secondo approccio proprio di autori come Jonsen e Toulmin, si è constatata la difficoltà di trovare un terreno comune necessario per



rendere se non universali quanto meno condivisibili se ben argomentate le scelte risolutive di siffatte questioni pratiche in presenza di concezioni eticamente diverse.

A questo riguardo, si è spostato il *focus* del lavoro sul ruolo svolto dai principi dell'etica e della bioetica, ovvero su quegli elementi minimi e socialmente condivisi, da cui partire laddove ci si approcci a problematiche di tale natura.

Anche con riferimento all'utilizzo di siffatti principi si sono riscontrate, all'interno del medesimo metodo deliberativo, differenti visioni. Da una parte, autori come Atienza e Scarpelli sostengono che tali principi siano il dato principale da cui partire per la risoluzione dei problemi di etica e bioetica, sebbene i medesimi siano profondamente ancorati alla realtà ed esperienza.

Dall'altra, autori come Jonsen e Toulmin, padri della nuova casistica, pur non negando rilievo a siffatti principi, ne subordinano l'utilizzo alla prioritaria immersione, fin dall'inizio dell'analisi, nella concretezza stessa dei casi e nella scoperta delle loro precipue circostanze.

È dunque da evidenziare che anche quest'ultimo metodo argomentativo riconosce un ruolo fondamentale ai principi e alle massime morali;

tuttavia si peculiarizza dall'altro metodo in quanto ritiene che tali principi e *topoi* morali non debbano essere colti in astratto e cioè elaborati ad un livello teorico, ma che vadano conosciuti nel loro significato solo per mezzo dell'esperienza concreta dei casi morali stessi. In questo solco si colloca anche l'evidenziata "fenomenologia del vissuto" di Roberto Dell'Oro, volta a far fronte alla tendenza principialista più intransigente attraverso la centralità del soggetto e del suo vissuto sopra ogni aprioristico insieme di regole e principi.

Quale è allora la relazione fra principi e casi? In che modo i principi e le regole per la condotta giusta si relazionano ai singoli casi di comportamento?

Una teoria sulla argomentazione giuridica in etica e soprattutto in bioetica dovrà fornire una spiegazione di come muovere dai principi ai casi ( o – a quanto pare - probabilmente dai casi ai principi). Allo stato dell'arte non pare essersi trovato un accordo né a livello internazionale, né tanto meno a livello nazionale. A fronte di atteggiamenti più liberali che favoriscono approcci più situazionali, intesi come una barriera contro applicazioni legalistiche delle regole morali, ve ne sono altri ostili alle teorie utilitariste dell'atto e allo specificazionismo "in favore

di un impegno più rigido e vecchio stile a seguire la regola, forse vestito nell'ambito rispettabile del nome datogli dal filosofo John Rawls - la teoria delle regole della pratica (rules of practice view)<sup>267</sup>. Temono – quest'ultimi - che il *situazialismo* lasci troppo spazio a quanti hanno l'autorità di imporre i loro giudizi fatti su misura su quanti non hanno potere e sui deboli per utilizzarli come soggetti per la ricerca, nascondere loro la verità e indirizzare risorse di loro diritto ad altri di status più elevato e il cui trattamento possa essere più utile per la società. (...). Solo recentemente abbiamo visto un altro potenziale rovesciamento di campo in questa oscillazione fra sostenitori dell'adesione ad una regola e fautori della decisione caso-per-caso”<sup>268</sup>.

---

267 J. Rawls, “Two Concept of Rules”, in *La giustizia come equità* . Saggi 1951-1969, Napoli, 1955.

268 R.M.Veath, *Teorie della bioetica*, in *Bioetica* 2/2000, pag. 223.

### **3.2. I principi e la difficoltà del loro bilanciamento nelle questioni di bioetica.**

Alla base del tema del fine vita, come si è avuto modo di specificare, possono essere individuati due principi fondamentali: il principio di autodeterminazione della persona ed il principio dell'indisponibilità della vita. Si tratta dei principi con i quali qualsiasi caso c.d. tragico deve necessariamente confrontarsi. Il preminente rilievo dei principi all'interno dell'ordinamento giuridico dipende dalla loro duplice valenza, in quanto da un lato rappresentano elementi indispensabili per l'interpretazione delle norme e dall'altro rappresentano lo strumento principale per l'integrazione del diritto in tutte le ipotesi in cui è possibile riscontrare un vuoto legislativo. Infatti laddove l'ordinamento presenti delle lacune che devono essere colmate, i principi possono essere utilizzati “per introdurre eccezioni alla disciplina legislativa, tramite l’argomento della dissociazione, o per colmare le lacune, tramite l’argomento dell’*analogia iuris* (o anche talvolta come sostegno al

ragionamento compiuto utilizzando l'argomento dell'*analogia legis* o l'argomento a contrario)<sup>269</sup>.

Tuttavia è estremamente complesso individuare la natura dei principi, in quanto da un lato alcuni autori<sup>270</sup> li considerano delle vere e proprie norme giuridiche, mentre altri autori<sup>271</sup> sostengono la loro natura trascendente rispetto alle norme. Nel primo caso la loro fonte viene rinvenuta nelle stesse norme positive, le quali svolgono un ruolo fondamentale nell'individuazione dei principi. Nel secondo caso, invece, i principi non avrebbero puramente funzione normativa, ma piuttosto programmatica, in quanto non possono essere costretti all'interno del concetto di norma. Di talchè i principi non deriverebbero dalle norme positive, ma anzi sarebbero posti in una posizione autonoma e più alta, in grado di dare risposta a tutto ciò che l'ordinamento non riesce a normare. In pratica, secondo tale tesi, i principi avrebbero la capacità di superare il dato positivo per riempire di significato aspetti del reale che non trovano una disciplina nelle norme esistenti.

---

269 E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999,

270 V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1970

271 E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1955

Va rilevato, peraltro, che il concetto stesso di principio sfugge ad una definizione univoca, laddove è *in re ipsa* connaturato nel termine la natura maggiormente astratta e generica del contenuto precettivo rispetto ad una regola.

Orbene, pur a fronte di tale distinzione, appare *ictu oculi* evidente il ruolo fondamentale che i principi possono avere in ordine a questioni particolarmente complesse e prive di risposte univocamente validanti. Nella premessa della analisi ora condotta vi è la contrapposizione tra due principi che hanno analoga pretesa di applicazione, laddove, però, la prevalenza di uno potrebbe implicare la completa obliterazione dell'altro. Di talché assume assoluta preminenza il tentativo di bilanciare i diritti e le modalità attraverso le quali tale tentativo si debba esplicare. Ci si trova di fronte all'esigenza di bilanciare principi ogni volta in cui la fattispecie concreta posta al vaglio dell'operatore del diritto possa essere sussunta in più norme contrapposte. In tali ipotesi non esistendo, o comunque non apparendo esistente, un criterio di risoluzione del contrasto o quantomeno di coordinamento, si deve necessariamente procedere con il bilanciamento dei principi. Interpretato in tal senso il concetto di bilanciamento dei diritti emerge,

quindi, la sua estrema necessità di fronte ai c.d. casi tragici, nei quali le norme applicabili sono assolutamente in contrasto.

Tale contrasto, tuttavia, può emergere solo sul piano concreto, in quanto, se considerati sul piano astratto, tutti i principi sono compatibili tra di loro, non esistendo esclusioni di natura ontologica tra gli stessi. Infatti, nell'ipotesi che qui più ci interessa, tra diritto alla vita e libertà di coscienza non vi è alcun elemento di inconciliabilità. E', quindi, nel momento della loro applicazione a fattispecie concrete che i principi si trovano in possibile contrasto. In realtà tale inconciliabilità in concreto ha spinto alcuni a sostenere che il conflitto è la vera natura dei principi, in quanto “data una fattispecie cui sia applicabile un principio P1, vi è sempre almeno un altro principio P2 egualmente applicabile alla medesima fattispecie e incompatibile con P1. Incompatibile, nel senso che l'applicazione di P2 avrebbe esiti diversi dall'applicazione di P1”<sup>272</sup>.

Tra le ipotesi più note di conflitto tra principi vi è l'aborto. Sul punto la Corte costituzionale ebbe a pronunciarsi già nel 1975 cercando di individuare una modalità concreta di risoluzione del contrasto tra la

---

272 R.Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, op.cit.

tutela del diritto del concepito a nascere ed il diritto della madre ad evitare che quella gravidanza possa compromettere la sua salute. Ci si trovava, quindi, di fronte ad un classico esempio di conflitto tra diritto alla vita e diritto alla salute, un conflitto che, però, poteva emergere solo in relazione ad un'ipotesi concreta, laddove in astratto non pare rinvenibile alcuna contrapposizione tra i due diritti. In quell'occasione il Giudice delle Leggi si pronunciò nel senso di dare prevalenza al diritto della madre a vedere tutelata la propria salute, sulla base della non “equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora divenire”<sup>273</sup>.

Pur avendo valenza concreta, i conflitti hanno caratteristiche generali a cui si può accedere in via teorica. In particolare la contrapposizione tra principi è un'antinomia che non può essere risolta né grazie al criterio cronologico, laddove si tratta di norme coeve, né grazie a quello gerarchico atteso che assumono la stessa posizione nell'ambito delle fonti. Si tratta, però, di antinomie del tipo parziale bilaterale, cioè le due classi di fattispecie, disciplinate dalle due norme, si intersecano, sicché

---

273 Corte cost. sent. 27/15



alcune, ma solo alcune, delle fattispecie disciplinate da una norma coincidono con alcune, ma solo alcune, delle fattispecie disciplinate incompatibilmente dall'altra<sup>274</sup>.

Proprio alla luce di tali peculiarità emerge l'impossibilità di risolvere il contrasto tra principi con gli ordinari strumenti di risoluzione dei conflitti tra norme. Infatti, come si è detto, non è applicabile alcun criterio ordinario di risoluzione delle antinomie, nemmeno quello del rapporto di specialità trattandosi sempre di norme generali. Dall'assenza di un criterio dirimente<sup>275</sup> deriva, quindi, la necessità di applicare il criterio del bilanciamento, che permette di applicare al caso concreto i principi più opportuni senza obliterare completamente quelli in contrasto, che hanno analoga legittimazione ad essere applicati. Si tratta di un intervento molto delicato e che richiede precisione ed equilibrio al fine di evitare la prevalenza assoluta di un principio su un altro e, quindi, di fatto l'instaurazione di un criterio gerarchico tra principi. E', però, altrettanto ovvio che in tale attività il contenuto discrezionale sia particolarmente elevato e rischi di operare una discriminazione di fatto

---

274 R. Guastini, *op.cit.*

275 A. Abignente, *Decisioni senza legge. L'individuazione della regola di giudizio tra lacuna dell'ordinamento e principi sovraordinati*, in S. Boccagna (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici sul caso Englaro*, Dike, Roma, 2014

assolutamente non auspicabile. Infatti l'attività di bilanciamento opera su due piani, quello legislativo e quello giudiziario. Nel primo caso ci si trova di fronte all'esercizio di un potere legittimo da parte del Legislatore che dovrebbe operare quale espressione della sovranità popolare. Nel secondo caso, invece, il giudice del caso concreto, operando il bilanciamento tra principi, rischia di violare il suo compito che resta sempre l'applicazione della legge. Infatti attraverso la ponderazione è ben possibile che il giudice si faccia legislatore del caso concreto superando i suoi compiti ed operando in modo creativo, cioè paralegislativo<sup>276</sup>.

Se questi sono i rischi sul piano concreto, non minori sono quelli relativi al piano costituzionale. Infatti non vi è dubbio che attraverso il bilanciamento dei principi vi sia una riduzione dell'effettività degli stessi, laddove la loro concreta operatività viene condizionata. Orbene, in tal modo si rischia di far perdere forza precettiva ai principi costituzionali, che non avendo compito normativo verrebbero limitati al piano programmatico e valoriale. Si tratterebbe di una situazione paradossale laddove si consideri il ruolo gerarchico sovraordinato che i

---

<sup>276</sup> G.Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali, una mappa dei problemi*. In “*Ragion Pratica*” 28/giugno 2007,

diritti costituzionali hanno all'interno dell'ordinamento. Privati del loro contenuto normativo e trasformati in una sorta di dichiarazione d'intenti, i principi non potrebbero svolgere alcuna funzione di orientamento delle pronunce dei giudici, che, quindi, avrebbero la possibilità di operare scelte altamente discrezionali e, in quanto tali, prive di razionalità. Tale posizione è chiaramente ribadita da J. Habermas, il quale afferma che “Giacché non abbiamo qui a disposizione dei criteri razionali, il bilanciamento viene compiuto o in maniera arbitraria o in maniera irriflessa (cioè secondo standard e gerarchie frutto dell’abitudine) [...] si presenta come soluzione che non pretende di porsi come unico significato normativo ricavabile dal testo legislativo; anzi più precisamente, nulla essa ha a che fare con il mondo dei significati e dei relativi fondamenti ermeneutici bensì appartiene al mondo delle decisioni e delle relative giustificazioni retoriche”<sup>277</sup>.

In tale ottica emerge, quindi, l'impossibilità di considerare il bilanciamento dei principi come uno strumento argomentativo valido erga omnes, laddove la sua funzione è strettamente connessa alla

---

277 J.Habermas, *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva de diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996,

risoluzione di conflitti concreti ed è solo all'interno di tale ambito che può avere utilità.

Sebbene tale posizione sia criticata da J. Habermas va rilevato che altri autori sostengono che sia proprio tale caratteristica la forza del bilanciamento dei principi. In pratica viene la sua stretta relazione con il caso concreto viene considerata un elemento positivo. Su tali posizioni è Riccardo Guastini il quale afferma che “il bilanciamento dei principi consiste nell’instaurare tra i due principi confliggenti una gerarchia assiologica mobile [...] gerarchia assiologica è una relazione di valore istituita dall’interprete [...], e una gerarchia mobile è una relazione di valore instabile, mutevole, che vale per il caso concreto ma che potrebbe invertirsi in relazione ad un caso concreto diverso”<sup>278</sup>.

Tale tipologia di bilanciamento, teorizzato da Guastini, crea le condizioni per una maggiore discrezionalità. Infatti in tal modo si viene sia ad istituire una sorta di gerarchia valoriale tra principi sia viene operata una trasformazione del valore relativo dei principi sulla base delle concrete vicende che vengono sottoposte all'interprete. In altre parole non solo i principi vengono differenziati tra di loro, ma tale

---

278 R.Guastini, *l'interpretazione dei documenti normativi*, op.cit.

differenza, poi, viene a dipendere dalle fattispecie concrete. Di talché è opportuno che tale eccessiva discrezionalità trovi un contemperamento, laddove rischierebbe di trasformarsi in un atto di arbitrio, incapace di resistere alle critiche formulate da chi come Habermas ritiene non sia possibile procedere in tal modo. Per tale ragione lo stesso Guastini ritiene che debba essere introdotto il criterio di specialità come strumento di contemperamento della discrezionalità dell'interprete. In questo modo, quindi, si potrebbe risolvere il problema dell'eccessiva contingenza dell'ordine valoriale imposto, facendo emergere una gerarchia assiologica rigida in cui la discrezionalità è limitata solo all'ordine valoriale e non anche alla casistica concreta. Si viene a creare una vera e propria scala di valori in cui un determinato principio viene ritenuto prevalente rispetto ad un altro che, a sua volta, viene considerato sovraordinato rispetto ad un altro ancora. Mediante tale scala di valori si limita la discrezionalità dell'interprete e si soddisfa l'esigenza di certezza del diritto che è alla base dei moderni sistemi ordinamentali, nei quali la prevedibilità delle decisioni assume un valore relevantissimo.

Tali conclusioni non appaiono comunque appaganti per chi ritiene che “le nette definizioni che si intendono alle disposizioni costituzionali, sono in fin dei conti tanto creative e arbitrarie quanto lo potrebbe essere un bilanciamento tra diritti costituzionali”<sup>279</sup>. D'altra parte in tal modo non si otterrebbero risultati universalmente soddisfacenti, in quanto la conflittualità tra diritti è potenzialmente infinita laddove, invece, la capacità predittiva dell'uomo è sicuramente limitata. Di talché i conflitti tra diritti non verrebbero risolti una volta per tutte, ma semplicemente governati nel limite del possibile e del prevedibile. Una soluzione del genere resta, quindi, nel regno del derogabile e del contingente senza offrire soluzioni valide ai problemi generali a cui ritiene di dare una risposta. Si tratta di un metodo applicabile con maggiore semplicità ed utilità in relazione a diritti ordinari che hanno natura profondamente diversa rispetto a quelli costituzionali in cui vengono coinvolti principi e libertà fondamentali. L'immediato effetto indotto da un'operazione del genere sarebbe l'estensione dei poteri degli interpreti i quali si troverebbero a creare una scala di valori non prevista dai testi costituzionali. In altre parole l'interprete assumerebbe il ruolo di un

---

279 J. Shaman, *Constitutional interpretation*, 2001

creatore del diritto nella specie addirittura di Legislatore costituzionale, generando un'evidente ed intollerabile lesione dell'assetto costituzionale, anche in ordine alla divisione dei poteri dello Stato. In definitiva il bilanciamento operato su casi concreti non permette di giungere a conclusioni appaganti, in quanto estende oltremodo il potere di valutazione discrezionale dell'interprete.

Di talché appare opportuno abbandonare tale scelta per orientarsi verso un bilanciamento definitorio in grado di “individuare una regola che, fissate certe condizioni di applicazione, indichi la prevalenza di uno dei due diritti sull’altro [...]. La regola sarà applicabile a tutti i casi di conflitto che presentino le caratteristiche previste nella “fattispecie” della regola. In tal modo, il bilanciamento non sarebbe una attività decisionale del tutto aliena e incompatibile rispetto alla sussunzione, [...] e la decisione assunta a seguito del bilanciamento sarebbe razionalmente controllabile al pari di una decisione adottata applicando una (qualsiasi altra) regola”<sup>280</sup>. Il vantaggio di tale approccio consiste nella maggiore capacità di rispettare il principio della certezza del diritto e di garantire la prevedibilità delle decisioni. Infatti mentre nel

---

280 G.Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali, una mappa dei problemi* in “*Ragion Pratica*” 28/giugno 2007

bilanciamento caso per caso l'interprete non esplicita la regola che viene seguita, perché la stessa non esiste prima del giudizio, nel bilanciamento definitorio, invece, viene individuata una regola capace di applicarsi a tutti i casi simili che dovessero ripresentarsi in futuro. In questo modo viene individuato uno spazio di operatività ben più ampio, in quanto viene costruita una regola generale capace di applicarsi a casi comuni. Infatti il bilanciamento definitorio, nel momento in cui valorizza determinati conflitti tra diritti, permette anche l'emersione di regole da applicarsi ad altre ipotesi di conflitto.

In pratica è possibile individuare delle ipotesi generali e paradigmatiche di conflitto tra diritti, dalle quali far derivare regole di risoluzione tendenzialmente universali. Tra le più tipiche ipotesi di conflitto abbiamo la concorrenza tra soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto, la concorrenza tra interessi individuali non omogenei e la concorrenza tra interessi individuali e interessi collettivi. In modo più esplicito abbiamo un conflitto del primo tipo ogni volta in cui le risorse sono limitate e, quindi, risulta complesso regolare la concorrenza nell'esercizio di un diritto, come avviene, per esempio, in relazione al diritto di espressione che si scontra con la limitatezza dei



mezzi di comunicazione e degli spazi disponibili. Si ha un conflitto del secondo tipo quando vi è una contrapposizione tra gli interessi dei consociati, che porta allo scontro tra l'interesse, per esempio, alla salute della madre e quello alla vita del concepito. Si tratta di un'ipotesi in cui si scontrano diritti diversi vantati da soggetti diversi. Il terzo tipo di conflitto, invece, può essere esemplificativamente rappresentato dalla contrapposizione tra il diritto alla segretezza delle fonti giornalistiche con l'esigenza del funzionamento della giustizia.

In tutte queste tipologie di conflitti resta sempre il problema di individuare la regola generale che deve essere applicata, ma parallelamente si pone anche la questione della modalità attraverso la quale si giunge all'individuazione di tale regola. Infatti la sua individuazione rischia comunque di essere soggetta ad un procedimento non razionale che la renderebbe comunque non pienamente soddisfacente. Infatti il problema del conflitto tra diritti non è strettamente l'individuazione di una regola generale da applicare ai casi concreti, ma anche la razionalità insita in tale regola.

Sul punto è da rilevare la posizione di Alexy, il quale ritiene che il bilanciamento tra diritti in conflitto è una procedura assolutamente

razionale e che tale razionalità permetta di misurare i risultati di tale operazione. Infatti “il bilanciamento costituisce una porzione di quanto richiesto da un principio più comprensivo, ovvero dal “principio di proporzionalità”. Questo è a sua volta costituito da tre sottoprincipi, ovvero dai criteri di “adeguatezza”, “necessità” e “proporzionalità in senso stretto”. Tutti e tre i criteri richiamati danno congiuntamente espressione all’idea di ottimizzazione [...] quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di interferenza con, un diritto, tanto maggiore deve essere l’importanza della soddisfazione dell’altro”<sup>281</sup>.

La misurabilità dei rapporti tra diritti si lega alla soddisfazione di un diritto rispetto ad un altro, generando, quindi, un sistema che è razionale proprio perché è misurabile sulla base di criteri predeterminati. Tuttavia tale impostazione appare poco convincente laddove basti considerare che non è possibile desumere dai testi costituzionali una sorta di peso dei diritti tale da rendere misurabile il rapporto tra gli stessi. Anche in questo caso non si risolve il problema dell’assenza di una gerarchia dei diritti e, quindi, la loro organizzazione in termini di maggiore o minore preminenza rispetto ad altri diritti resta un atto discrezionale. Si tratta

---

281R.Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in “*Ars interpretandi*” 7, 2002

dello stesso problema che abbiamo segnalato in relazione alla gerarchia assiologica mobile teorizzata da Guastini.

Di fronte a tali critiche risulta evidente, quindi, l'impossibilità di preferire il bilanciamento definitorio a quello caso per caso, perché anche il primo dipende strettamente dalle fattispecie concrete, che quindi ne influenzano il contenuto in modo determinante. In pratica si tratta soltanto di un'illusoria supremazia di un sistema di bilanciamento che non riesce in realtà a prescindere dai casi concreti.

Con tali conclusioni non si può sostenere che il bilanciamento dei diritti non sia uno strumento argomentativo da utilizzare, in quanto il connotato di discrezionalità di cui è portatore consiglia semplicemente di evitarne l'abuso, in quanto potrebbe diventare un sistema di arbitrio per l'interprete che potrebbe sostituirsi alla volontà del Legislatore.

### **3.3. Casi a confronto: diverso approccio argomentativo su questioni simili.**

È interessante analizzare le diverse declinazioni del diritto all'autodeterminazione all'interno dei due casi nostrani più paradigmatici sul tema del fine-vita, e cioè, il caso Welby e il caso Englaro. È interessante, in particolare, scoprire il diverso ruolo assunto dal giudice nell'argomentare casi pressoché simili (si badi, *a fortiori*, il caso Englaro è anche più dilemmatico in quanto lo stato vegetativo permanente della paziente rende la medesima priva di volontà attuale necessaria per il consenso informato, a differenza del caso Welby). Lo stesso diritto può attraverso l'uso dell'argomentazione giuridica portare (ed ha portato, per l'appunto) ad esiti diametralmente opposti.

Nel primo episodio la giurisprudenza ha negato la possibilità di dare attuazione alla volontà espressa da un paziente cosciente, il quale richiedeva per sé medesimo l'interruzione di un trattamento definibile salva-vita.<sup>282</sup> Nella vicenda Englaro, invece, sulla base del medesimo quadro normativo di riferimento, le Corti giudicanti hanno,

---

<sup>282</sup> Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16.12.06 Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 06.01.07, pag. 32 – 36; P. Becchi, *La vicenda Welby: un caso al limite della denegata giustizia*, in *Ragion pratica*, 2007, n. 1, Il Mulino.

antitetivamente, tutelato la volontà presunta di una paziente incosciente, permettendo al suo tutore legale di rappresentarla nell'esprimere il dissenso alla prosecuzione del trattamento salva-vita (interruzione, nel caso di specie, della idratazione e alimentazione artificiale).<sup>283</sup>

Nel caso di Piergiorgio Welby secondo il giudice civile, il diritto dell'autodeterminazione del paziente è senz'altro inattuabile, se esercitato per ottenere la morte mediante l'interruzione di terapie salva-vita in corso. È da chiedersi a che tipo di modello di bio-diritto sia ispirata tale convinzione, solo apparentemente frutto di asettici tecnicismi giuridici o di una interpretazione meramente burocratica<sup>284</sup>.

La risposta è da cercarsi su due piani: quello prettamente giusfilosofico e quello etico, ed è assolutamente indispensabile chiarire che entrambi i piani si influenzano a vicenda. Una ricostruzione impositiva della vita, come quella fornita dal giudice civile nel caso Welby, è improntata ad una considerazione giuspositivista del diritto e ad una concezione biologista della vita. *In primis*, per quanto in questa sede più interessa, per giuspositivismo, si intende quella concezione , propria di molte

---

283 Cass. Civ. Sez. I, sent. 16.10.07 n. 21748 in *Corriere giuridico* 2007 n. 12; cfr. C. A. Defanti, *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2007 n. 4

284 U. Mattei, *Il giudice e le scelte difficili. Lezioni da Israele*, in *Il foro italiano*, 1989, pt. 5 coll. 10

teorie e dottrine moderne e contemporanee, secondo cui solo il diritto positivo è diritto, un insieme di norme formulate in atti prescrittivi ed emanate dall'autorità competente secondo procedure prestabilite. L'affermazione del giuspositivismo è avvenuta in buona parte nel Novecento europeo. Ispirate al giuspositivismo sono tuttavia anche le teorie del normativismo di Hans Kelsen, del giusrealismo scandinavo di Alf Ross, del positivismo analitico di Hebert Hart e in Italia, le teorie di Norberto Bobbio. Secondo l'analisi di Villa<sup>285</sup>, il *focus* comune a correnti di pensiero pur così diverse tra loro è dato dal concetto stesso di giuspositivismo, che si compone di una tesi c.d. ontologica e una c.d. metodologica. Secondo la prima, il diritto è il prodotto normativo, di tipo convenzionale, di decisioni e/o comportamenti umani, storicamente contingenti, inevitabilmente influenzati, se non determinati, dal contesto culturale ed etico-politico. In base alla seconda, si ritiene possibile descrivere il diritto positivo (esprimendo giudizi di fatto), senza valutarlo (evitando giudizi di valore).

La giuridicità di una norma è fatta discendere dalla sua positività, e cioè dal fatto di essere stata “posta” (*positum*) dall'autorità competente nelle

---

285 V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 29

forme e secondo le procedure, prevista dalla sua produzione. “Si tratta di una prospettiva che, per origine storiche e presupposti culturali, è fortemente condizionata dal razionalismo<sup>286</sup>, per il quale la ragione umana, intesa come facoltà calcolante, è capace di stabilire relazioni fra elementi con lo stesso rigore proprio del modello analitico-matematico”<sup>287</sup>. Tornando al caso di specie è a dirsi che tra gli indici che esprimono l’adesione del giudice alla teoria giuspositivista, vi è, *in primis*, l’argomento che funge da chiave di volta del rigetto della domanda del ricorrente Welby, ossia la ricostruzione della natura del diritto azionato come diritto perfetto ma non tutelato. Aderendo a tale concezione, la fattispecie concreta, presenterebbe una aspettativa giuridica senz’altro riconosciuta, ma priva di garanzie, ossia priva di quelle modalità imperative capaci di dare attuazione coattiva alla pretesa. Significativa a tal proposito la posizione di Tomas Hobbes, quando ricordava “senza il terrore di qualche potere a far sì che siano osservate”, le leggi di natura non sono che parole, “patti senza spada”<sup>288</sup> prive della forza di dare sicurezza agli uomini. Secondo quando

---

286 P. Moro, *Alle origini del nomos nella Grecia classica. Una prospettiva per la legge del presente*, Franco Angeli, Milano, 2014; ID. *La via della giustizia*

287 A. Pintore, *I diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, n. 2 pag. 3\20

288 T. Hobbes, *Leviatano*, 2, 27 trad.it. A. Luppoli, Laterza, Roma Bari, 1991, pag. 139

sviluppato, in particolar modo, dal pensiero normativista di Kelsen, il diritto esiste, dunque, solo assieme alla sua sanzione Kelsen.”<sup>289</sup> In tempi recenti il problema è stato, diversamente affrontato come possibilità di applicazione diretta dei diritti fondamentali, dai teorici del diritto nei termini di una possibili “autoesecutività” dei diritti soggettivi. Icasticamente, secondo Ferrajoli, ad esempio, i divieti e gli obblighi corrispondenti ai diritti sono deducibili dall’enunciazione di questi ultimi, tanto da comportare de plano l’obbligo dell’interprete e /o del legislatore di colmare le eventuale mancanza di garanzie a tutela dei diritti.<sup>290</sup>

Contrariamente alle affermazioni più liberali di Ferrajoli, si stagliano quelle di Pintore, il quale ritiene che, non sia lecito ravvisare una lacuna colmabile, quando manchino le garanzie primarie a completamento della affermazione di un diritto. Sulla scia del normativismo Kelseniano, dunque, per Pintore (il cui pensiero legittima la posizione della Corte giudicante il caso Welby 2006) laddove l’ordinamento affermi semplicemente un diritto senza disciplinare anche la sua tutela,

---

289 L. Mingardo, *op.cit.*

290 L. Ferrajoli, *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomaticizzata del diritto*, in L. Lombardi Vallauri, a cura di *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Bari, 1999



questa forma di tutela non può essere applicata in maniera “creativa” dal giudice *de quo*. “Se colleghiamo giuspositivisticamente la giuridicità dei contenuti del diritto ad atti di posizione di norme”, non si può non riconoscere che eventuali obblighi i abbisognano anche essi di essere posti da norme, al pari dei diritti. Inoltre, secondo l’autore, delegare al giudice la formulazione delle garanzie primarie, comporta un inevitabile deficit democratico, con esautorazione del legislatore a beneficio di figure politicamente non responsabili.”<sup>291</sup> Si violerebbe, in tal modo, il principio costituzionalmente garantito della riserva di legge, per il quale il potere normativo è affidato esclusivamente all’organo democratico massimamente rappresentativo del Parlamento. Il giudice in questa prospettiva sarebbe esclusivamente bocca della legge, secondo il modello montesquiniano<sup>292</sup>. Ulteriormente, il giudice “bocca della legge” del caso Welby correla tale concezione giuspositivistica del diritto con una concezione dell’esistenza umana di impronta latamente biologista. Tale concezione è basata sulla idea basilare che la tutela della sopravvivenza non può assolutamente passare in subordine rispetto alla tutela della qualità della vita medesima.

---

291 A. Pintore, *op.cit.*

292 C. L. Montesquieu, *Lo Spirito delle leggi*, Utet, Torino, 2005

La vita va tutelata solo per il suo essere ontologicamente vita, (secondo la concezione aristotelica dell'uomo-essere in potenza già nella fase embrionale) a prescindere dalle condizioni di qualità di benessere in cui essa si svolga e dal grado di insopportabilità che essa possa aver assunto per il soggetto. Il principio della indisponibilità della vita prevale su quello dell'autodeterminazione. Come meglio indicato in altra sede del presente lavoro, trattasi, di un argomento compatibile con l'orizzonte della bioetica, in *pro life*, che difende la "sacralità della vita". Chiaramente, in primis, coerentemente con l'impostazione generale del lavoro, secondo il quale è necessario trovare un consenso sui termini *scivolosi* utilizzati, è necessario chiarire cosa si intende per "vita". D'Agostino<sup>293</sup> offre a tal proposito una lucida analisi dei diversi termini con cui in greco si indicava la vita : il termine "zoe" alludeva al principio della vita, alla vitalità che pervade tutti gli esseri organici, il termine "bios" si riferiva alla vita individuale, empirica e mortale degli esseri, ma, in senso più specifico, anche alla vita dell'uomo, in quanto cittadino della polis; infine *psyche*, indicava il soffio vitale, l'anima, la

---

293 F. D'Agostino, *Bios – Zoe – Psyche*, in *ID, parole di bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 27\34

coscienza (come direbbero i moderni), ossia l'apertura di senso dell'esistenza.

Secondo D'Agostino, uno dei massimi sostenitori della bioetica *pro life*, in Italia, compito del diritto è tutelare il legame tra *bios* e psiche, ossia la vita personale, a tutela dell'umanità che vi è nell'uomo.

Una prospettiva differente se non opposta, per la quale è da tutelare in termini massimi se non esclusivi la qualità del *bios* è quella del celebre bioeticista *pro choice*, Peter Singer.<sup>294</sup> L'autore, nella convinzione succitata, e cioè spinto dalla assolutizzazione del bene qualità della vita, ha elaborato una morale non più antro-pocentrica, ma bio-centrica, che, sulla base del possesso di caratteristiche di sensibilità cosciente e capacità progettuali, estende la qualifica di persona tutelabile ad animali come i primati e i delfini, per restringerla ai soli soggetti umani in grado di autodeterminarsi, escludendo i più deboli, come, ad esempio, i disabili gravi, o gli infanti.

Se tutto quanto analizzato risulta essere a fondamento, giusfilosofico ed etico della decisione giudiziale del caso Welby, è a dirsi che, invece, come già accennato, nella sentenza Englaro, del 2007, invece si assiste

---

294 P.Singer, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano 1996

ad un totale cambio di rotta, o meglio, ad una definizione del concetto di auto-determinazione e del suo bilanciamento con il principio della “sacralità della vita” completamente differente. In particolare anche la sentenza della Cassazione 21748/07, meglio conosciuta come “sentenza Englaro”, deve essere analizzata, per comprendere appieno il diverso risalto dato al principio dell’autodeterminazione, sotto i due profili, quello giusfilosofico - argomentativo del ruolo del precedente e quello etico del pluralismo dei valori.

L’originalità della decisione della Cassazione del 2007 sul caso Englaro non risiede soltanto nel carattere estremamente innovativo del suo contenuto, ma anche nella sua innegabile portata normativa, tanto da comportare la creazione di una nuova regola biogiuridica.

In un sistema come il nostro di *civil law*, appare fortemente dirompente il ruolo della giurisprudenza creatrice di diritto. Tuttavia, data la peculiarità della materia biogiuridica, che impone all’interprete di districarsi tra fatti, scienze e valori, vagliando interessi che rientrano spesso nel novero di diritti umani fondamentali, e dei singoli casi tragici interessati, in tale materia il ruolo creativo delle Corti giudicanti è

ritenuto quale ancora di salvezza per la risoluzione di casi irrisolvibili<sup>295</sup>. Il fenomeno è più generale ed esteso, interessando ormai ogni settore del diritto. Le ragioni di tale espansione possono ricollegarsi ad un insieme di fattori concomitanti: l'avvento delle Costituzioni lunghe e rigide, la crisi della legificazione, la progressiva denazionalizzazione del diritto, la crescente integrazione giuridica tra Stati, il consolidarsi del sistema multi-livello di tutela dei diritto umani. In particolare, considerando come monista e dunque integrato il sistema di fonti, all'interno, per l'appunto, di un ordinamento normativo multilivello, appare secondo le più recenti pronunce della Corte Costituzionale in materia, che la presenza di una lacuna interna debba essere colmata attraverso l'applicazione del diritto sovranazionale. Gli ermellini nella motivazione della sentenza 21748/2007, invocano norme nazionali e sovranazionali, orientamenti anche stranieri, il c.d. diritto vivente, le regole di deontologia medica. L'uso del precedente giudiziale straniero da parte dei giudici nazionale, è sempre più frequente. In molti ravvisano in questo fenomeno, una forma particolare di quella

---

295 C. Casonato, *Judges and rights: activism, restraints, and legitimacy*, in C. Casonato, *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli studi di Trento, Trento, 2004, pag. 27-56

interazioni tra ordinamenti normativi e tra le varie giurisprudenze, nota come “dialogo fra corti”<sup>296</sup>, che è oggetto di attenzione crescente da parte della dottrina.

La Corte nell’argomentazione delle sue decisioni - in mancanza di disposizioni legislative in tal senso - richiama numerose sentenze di giurisdizioni straniere. Al punto 7.4, della sentenza in esame, richiama, tra le altre, la sentenza del 17 marzo 2003, con la quale il Bundesgerichtshof afferma che “se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli a vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente (e ciò in considerazione del fatto che la dignità dell’essere umano impone di rispettare il suo diritto di autodeterminarsi, [...], anche nel momento in cui questo non è più in grado di prendere decisioni consapevoli)”. E se non fosse possibile accertare tale chiara volontà de paziente, “si può valutare l’ammissibilità di tali misure secondo la sua presunta volontà,

---

296 M. Bianchini, G. Gioia, *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità. Atti del primo convegno dei colloquia dei ricercatori della scuola di giurisprudenza dell’università di Padova*, CEDAM, 2013; G. De Vergottini, *Il dialogo transnazionale fra le corti*, ESI, Napoli, 2010

la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni”<sup>297</sup>. Ora, il rilievo di tale sentenza della Corte federale tedesca, è duplice. “Da un punto di vista pratico, tale sentenza dirime alcuni conflitti interpretativi insorti nella giurisprudenza tedesca e pertanto apporta un notevole contributo alla certezza de diritto, [...]; dal punto di vista teorico, essa offre un importante contributo alla razionalizzazione dogmatica della disciplina del fine vita[...].Essa interessa particolarmente il cultore del diritto tedesco [...],ma suscita anche l’interesse del giurista straniero - e nella fattispecie in esame, l’interesse della Suprema Corte - sia per le indicazioni di carattere metodologico, sia per i contenuti fortemente innovativi”<sup>298</sup>. Dunque il fenomeno che qui occorre analizzare e che sembra caratterizzare i rapporti fra gli ordinamenti giuridici nel nuovo secolo, rafforzando linee di tendenza già evidente nella seconda metà del secolo scorso, è l’incontro tra ordini giuridici diversi e diversamente collocati (nel senso che sono sia nazionali, sia

---

297 Sent.21748/07 Cass. Civ, punto 7.4.

298 G.Resta, *Dignità e autodeterminazione nelle scelte di fine vita: il Bundesgerichtshof espande la frontiera dei diritti umani*, in “*Diritti umani e diritto internazionale*” 4, 2010, pag.566.

sopranazionali) che è anche incontro tra tradizioni giuridiche differenti , ognuna con una propria identità.<sup>299</sup> Ciò che ne deriva è un fenomeno del tutto nuovo, ossia un pluralismo normativo ed istituzionale destinato a rimodellare il tradizionale sistema delle fonti giuridiche. Tutto questo comporta il ridimensionamento della sovranità dello Stato, non più *dominus* esclusivo del potere normativo e giudiziario sul proprio territorio. “I poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche. Gli ordinamenti giuridici nazionali debbono affrontare problemi che vanno oltre la loro capacità di risolverli da soli. Ad essi si sovrappongono altri ordinamenti giuridici, su più livelli”<sup>300</sup>. Ovviamente si pone la necessità di dare un ordine a tale pluralismo giuridico: bisogna indurre i diversi sistemi a “dialogare” tra loro, a cooperare, per ridurre le distanze che li separano. E nella definizione dei rapporti tra i diversi ordinamenti giuridici, proprio le Corti giudiziarie stanno assumendo un ruolo di primissimo piano. Per l’appunto si parla di “*judicial dialogue*”, o di “*judicial conversation*”, e di una “*community*

---

299 C. Amirante, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2003.

300 S.Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, pag.3.



*of judges*<sup>301</sup>. Jurgen Habermas ha osservato che le corti “ parlano” e “ascoltano” come eguali e sono, allo stesso tempo, autori e destinatari delle norme. In particolare “i giudici interagiscono tra loro secondo il metodo discorsivo e la concezione proceduralista”<sup>302</sup>. Il dialogo tra le Corti presenta grandi vantaggi. Ad esso ci si appella quando se ne presenta la necessità e cioè quando all’interno del proprio ordinamento giuridico, il singolo giudice viene a trovarsi in una situazione di vuoto normativo. E il più grande vantaggio è dato dal fatto che, così lavorando, le Corti decidono sulla base dei precedenti, quindi “su binari fissati, progressivamente, dunque con un alto grado di prevedibilità, ma con possibilità di aggiustamenti successivi”<sup>303</sup>. E questo modo di procedere, ovviamente, facilita l’attività dei giudici, e li aiuta a trovare legittimazione per le proprie decisioni. Ma come si coniuga il prender decisioni sulla base dei precedenti delle Corti di *civil law*, con la non applicabilità della regola dello *stare decisis* alle medesime Corti? Come è noto, nel nostro paese, l’obbligatorietà del precedente è stata oggetto, specie negli ultimi anni, di un vivace dibattito dottrinale, dibattito cui

301 S.Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale, all’ordine giuridico globale*, in “*Rivista trimestrale di diritto pubblico*”, 3, 2007, pag.609.

302 J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996, pag.143.

303 S.Cassese, *I Tribunali di Babele, op.cit.*, pag.97.

corrispondono, come osserva Galgano, due opposte tendenze nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Per l'appunto, la prima tendenza mira a realizzare il massimo grado di certezza del diritto attraverso l'osservanza del precedente, mentre la seconda si identifica con l'ideologia tipica del giudice di *civil law*, il quale si ritiene sottoposto esclusivamente alla legge.<sup>304</sup> Tra le dottrine favorevoli all'obbligatorietà del precedente, in ordinamenti di *civil law*, è bene ricordare quella di Gorla, secondo il quale “sulla base dell'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario e dell'articolo 111 Cost., di fronte ai precedenti giudiziari della Cassazione, specialmente se a Sezioni Unite o costituenti giurisprudenza costante, vi è un dovere giuridico-funzionale della stessa Corte di Cassazione e dei giudici di prima e di seconda istanza,[...], di non distaccarsene se non motivando ed allegando gravi motivi”<sup>305</sup>. E ancora, secondo lo stesso Gorla, tale dovere giuridico-funzionale si estenderebbe “a tutte le giurisdizioni- e sussisterebbe- anche di fronte alla *communis opinio* dei giudici di primo e secondo grado nelle materie in cui la Cassazione non può

---

304 F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 1994.

305 G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, pag.87, in G. Sartor, *Il precedente giudiziale*, in [www.estig.ipbeja.pt](http://www.estig.ipbeja.pt).

intervenire”<sup>306</sup>. Ora, gli autori dell’Europa continentale che accettano il vincolo ai precedenti, giustificano tale loro scelta attraverso le teorizzazioni, proposte in materia da Robert Alexy. Secondo Alexy, “il fondamento dell’uso dei precedenti è costituito dal principio di universalizzabilità, l’esigenza alla base, come condizione formale, di ogni concezione della giustizia, che casi uguali vengano trattati in modo uguale”<sup>307</sup>. Egli ritiene, in pratica, che “nella trattazione dei precedenti bisogna conciliare il principio di universalizzabilità e la più ampia pretesa alla giustizia di cui l’universalizzabilità è solo un aspetto particolare”<sup>308</sup>. Dunque, per ottenere questa conciliazione tra giustizia e universalizzabilità, bisognerà richiedere in via generale l’osservanza dei precedenti, ammettendo però una deviazione da essi nella situazione in cui i due casi abbiano rilevanti differenze. Alexy, infatti, parte dall’assunto che “non vi sono mai due casi del tutto uguali”<sup>309</sup>, e che occorre, quindi, per prendere le distanze da un precedente, valutare l’entità delle loro differenze. Allora, posta come regola il vincolo al precedente e come eccezione l’allontanamento da esso, l’onere

---

306 G.Gorla, *Ibidem*.

307 R.Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 216.

308 G.Sartor, *Il precedente giudiziale*, op.cit., pag.267.

309 R.Alexy, *ibidem*.

dell'argomentazione verrà accolto a colui che intenderà discostarsene. Tuttavia, precisa Alexy, "il limite tra i casi che si assomigliano ancora così tanto da far sussistere un tale onere dell'argomentazione, e quelli che si distinguono già così tanto da escluderlo, è assolutamente flessibile"<sup>310</sup>. Ciò che giustificerebbe questa inversione dell'onere dell'argomentazione, sarebbero le importanti funzioni giuridiche e sociali che il rispetto dei precedenti riveste. Tra queste funzioni le più importanti sono, di sicuro, la funzione di stabilizzazione del diritto (intesa come certezza giuridica e tutela dell'affidamento) e quella di sgravio e cioè di alleggerimento dal peso della decisione (consistente, appunto, nella possibilità di adottare soluzioni già sperimentate in passato, senza dover improvvisare, in ogni caso, una nuova soluzione e la relativa motivazione).

Dunque, il contesto giuridico nel quale si muovono corti nazionali, sopranazionali e globali è quello caratterizzato da una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema, frammentati, separati l'uno dall'altro. Le Corti attraversano sempre più spesso queste frontiere, costruendo "passerelle" che tentano di collegare i diversi ordini nazionali e

---

310 R.Alexy, *ibidem*.

sovranazionali. Così operando, svolgono un ruolo fondamentale consistente nel sottrarre dall'isolamento ordini giuridici diversi e con tradizioni giuridiche differenti, e nell'offrire ai giudici, nella decisione dei singoli casi, una valida tecnica argomentativa, quella del prendere in considerazione il precedente straniero. E tale tecnica, a prescindere dalla natura vincolante o meno che si voglia attribuire al precedente, rappresenta sempre una importante possibilità di sgravio argomentativo per l'interprete, soprattutto ove quest'ultimo si trovi ad operare in un contesto di vuoto normativo.

Come ultimo argomento degno di nota, di questa attenta disamina della sentenza 21748/07 Cass., fa d'uopo richiamare il punto 7.5 della stessa. Al punto 7.5, la Corte mostra, la sua piena consapevolezza del fatto che “accanto a chi ritiene che sia nel miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza, c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitivamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno”<sup>311</sup>. In pratica, secondo la

---

311 Sent.21748/07 Cassaz.Civ., punto7.5.

Cassazione, uno Stato come il nostro organizzato per fondamentali scelte vergate nella Carta Costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto medico-paziente il principio di autodeterminazione, sancito nell'articolo 32 Cost., e la libertà di scelta, non può far altro che rispettare anche quest'ultima decisione. A riguardo, Luigi Ferrajoli, chiarendo la sua posizione sull'intera vicenda Englaro, sostiene che "proprio perché si riconosce e si intende garantire il pluralismo morale, religioso, ideologico e culturale che attraversa ogni società liberale e democratica, si deve ammettere la necessità di una convenzione legale che garantisca l'uguaglianza e consenta, secondo la nota formula kantiana - secondo cui nessuna persona può essere trattata come una "cosa" - la convivenza pacifica delle libertà di tutti, e perciò delle diverse morali e culture, escludendo come inammissibile e impraticabile la pretesa che talune di questa possa modellare il diritto esclusivamente a sua immagine"<sup>312</sup>. I principi di laicità e delle libertà fondamentali, che rappresentano i pilastri dello stato moderno, rendono assolutamente illecita l'imposizione, a tutti i consociati, di una sola posizione morale attraverso lo strumento del

---

312 L.Ferrajoli, *Trattamenti sanitari forzati*, in "Ragion pratica" 1, 2009, pag.359.

diritto e cioè nella forma della legge. Esistono, infatti, a riguardo, due posizioni morali assolutamente antitetiche ed inconciliabili, anche se entrambe legittime. Da un lato vi è la posizione della Chiesa e dei suoi fedeli, secondo la quale la vita, e più in generale la persona, appartiene a Dio e dunque non è concesso all'uomo disporne, nemmeno in situazioni tragiche quali coma irreversibile e malattie terminali; dall'altro, la posizione della cultura laica e liberale, che afferma il diritto esclusivo della persona di accettare la propria morte naturale e di rifiutare i trattamenti sanitari non voluti, in base al principio squisitamente laico ben rappresentato da John Stuart Mill nella massima: sul proprio corpo e sulla propria mente ciascuno è sovrano. Uno stato liberale, laddove prendesse le parti dell'una o dell'altra, facendone quindi *lex omnibus*, snaturerebbe il suo liberalismo, e *in primis* “la stipulazione in capo a tutti e a ciascuno delle libertà fondamentali, cioè dell'autodeterminazione della persona in tutto ciò che non produca danno agli altri”<sup>313</sup>. Proprio in questa condizione risiede il fondamento della laicità del diritto e dello Stato. Le condizioni necessarie del pluralismo culturale, morale e religioso, e quindi

---

313 L.Ferrajoli, *ibidem*, pag.359.

conseguentemente della pace, sono rappresentate dai diritti di libertà, che vanno dalla libertà di coscienza alla libertà di professare la propria religione, passando per tutti gli altri diritti fondamentali dell'uomo. E "il primo diritto di libertà affermatosi all'origine dell'età moderna, [...], fu proprio la libertà di coscienza, che è per l'appunto un diritto culturale che garantisce a tutti e a ciascuno di professare la propria cultura o religione. Solo questa libertà - prosegue Ferrajoli - insieme alla pari libertà di ciascuno di decidere della propria vita senza produrre danni a terzi, garantisce, con la reciproca tolleranza, la pacifica convivenza tra quanti professano morali, culture o ideologie diverse"<sup>314</sup>. Dunque il passaggio dallo Stato confessionale a quello laico, avvenuto attraverso il processo di secolarizzazione della società e, ancor prima dell'affermazione dei diritti di libertà in capo a ciascun suo membro, sembrerebbe essere il momento tipico della nascita del "pluralismo dei valori". Le regole sociali e istituzionali vergate nella nostra Carta Costituzionale, sono le regole tipiche della "società aperta". La società aperta, secondo la definizione di Dario Antiseri, è tale perché aperta al maggior numero di idee e ideali diversi e magari contrastanti, ed è

---

314 Ibidem.



chiusa solo ai violenti e agli intolleranti. Lo stesso Antiseri identifica la società aperta con la società laica, trovando, quindi, nella laicità dello Stato, la garanzia al “pluralismo dei valori” di cui sopra. “Viviamo in una società aperta e cioè laica, quando a nessuno e a nessun gruppo portatore di una specifica tradizione, è proibito di dire la sua , ma dove nessuno e nessuna tradizione è esente dalla critica nel pubblico dibattito. Laico è chi è critico, non dogmatico, [...], non reifica, non fa diventare cose, cioè realtà sostanziali, i concetti collettivi, [...], il laico sa che la democrazia è “l’alta arte” del compromesso, ma è colui che anche sa che non sempre il compromesso è possibile giacché esistono valori e ideali inconciliabili”<sup>315</sup>. Ed è giusto sottolineare, come fa Antiseri richiamando il pensiero di Friedrich von Hayek, che la laicità e il vero liberalismo non hanno nulla contro la religione. Dunque laico, in questa visione, non è affatto sinonimo di anticlericale, ma sinonimo di apertura a tutto ciò che rappresenta l’altro, il diverso. E, per chiudere con Ferrajoli, dal punto di vista laico “l’autenticità del comportamento morale risiede nel suo carattere autonomo, quale fine a sé stesso , sicché non solo non richiede, ma esclude che si richieda il sostegno eteronomo

---

315 D. Antiseri, *I campioni della laicità. Cittadini della società aperta*, dal “*Corriere delle sera*”, 23 maggio, 2011.

della legge statale. Un comportamento, in altri termini, [...], sarà tanto più moralmente valido ed autentico quanto più sarà spontaneo, e non prescritto dalla legge dello Stato”<sup>316</sup>.

Dunque, come analizzato, dinanzi alle differenti, o meglio contrapposte decisioni giurisprudenziali basate sui medesimi principi in gioco e cioè il principio dell' auto-determinazione e il principio dell'indisponibilità del bene vita, è lecito chiedersi quale sia la “scelta giusta”.

Appare evidente la tragicità<sup>317</sup> di questi casi che va ben oltre la loro difficoltà interpretativa e dunque argomentativa. Appare, pertanto evidente che morale e diritto in questi caso sono tra loro interconnessi in un una relazione forte e necessaria.

“Se [...], il diritto positivo non può risolvere definitivamente il caso tragico, allora le questioni ora sollevate si spostano inevitabilmente verso l'ineliminabile tensione tra diritto e morale, perché, in ultima analisi, la tragicità sarà di volta in volta risolta mediando il dato normativo con le istanze etiche di cui il singolo individuo risulta portatore. [...] si tratta [...] di un'interessante manifestazione di quel fenomeno che, in termini teorici, viene definito da Habermas ed Alexy

---

316 L.Ferrajoli, *Trattamenti sanitari forzati*, op.cit. pag. 360.

317 M. Atienza, *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion Pratica*, 2010, 34.

come “immigrazione” della morale nel diritto, non già di una morale positiva, ma della dimensione morale che parte dal riconoscimento dell'altro, della sua sfera soggettiva e lo assume come parametro delle proprie decisioni”.<sup>318</sup>

---

318 A. Abignente, *Il caso Englaro. Una riflessione frigidus pacatoque animo*, in *Sociologia del diritto*, 2013/3, Franco Angeli, Milano, cit.pag.67. Cfr. sui casi tragici V. Nitrato Izzo, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. Pomarici (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

## QUALCHE RIFLESSIONE CONCLUSIVA

La tematica del fine-vita nella sua immensa complessità, implica un'analisi che non sia esclusivamente normativa.

Il fine-vita, difatti, si presta ad analisi molteplici ricollegabili a vari settori del diritto.

In particolare, per quel che si è tentato di fare nel presente lavoro, calando la medesima tematica all'interno dell'area precipua della filosofia del diritto, ci si è accorti di come una indagine della stessa alla luce delle categorie proprie di quest'ultima, conduca ad esiti molto interessanti.

L'analisi, per l'appunto, ha rilevato come ogni categoria sottesa alla tematica *de quo* possa essere ricondotta ad un *topos* della cultura giuridico-filosofica senza forzatura alcuna.

Invero è come se fisiologicamente le categorie del fine-vita abbiano nei topoi della filosofia del diritto, prima ancora che nella bioetica, una loro naturale origine, e dunque, una loro fondazione morale.

Il percorso non ha di certo tralasciato una branca della filosofia del diritto, vale a dire, la teoria dell'argomentazione e dell'interpretazione

giuridica, in quanto anche in riferimento ad essa è stata analizzata, da un punto di vista più eminentemente pratico, la tematica in oggetto.

È come se il lavoro si fosse prima facie sdoppiato in due grandi aree di indagine, vale a dire quella più propriamente filosofica della analisi del fine vita alla luce dei topoi gius-filosofici, e quella dell'argomentazione giuridica delle fattispecie concrete in materia, per poi concettualmente riunificarsi sotto la stessa ratio sottesa all'analisi.

Tale *ratio*, come preannunciato nel preambolo del lavoro, tendeva a dare risposta all'interrogativo sull'*an* e sul *quomodo* circa la possibilità del giudice di affrontare tali questioni, apparentemente così estranee all'area giuridica, per le loro peculiarità ontologiche.

Il campo del bio-diritto, infatti, sotto vari aspetti pare sconfinare in una eccedenza di significato a cui il diritto non riesce ad accedere per dare stabilità e certezza.

Di qui il problema sul se tali questioni possano essere decise da un operatore del diritto quale è, appunto, il giudice.

È questo, del resto, problema ampiamente dibattuto nell'ambito giuridico essendo le questioni del fine-vita all'ordine del giorno.

Ed allora, *quid iuris?*

Presa consapevolezza dell'estrema complessità tecnica nonché emotiva della materia, è opportuno provare a fornire delle spiegazioni utili sul punto data la necessità della materia medesima.

La “freddezza” di cui potrebbe accusato il presente lavoro, risponde a tale esigenza di necessità e non si nasconde, nelle pieghe del lavoro, l'imbarazzo nel tentare una ricostruzione di tal genere data la vischiosità della materia. Si denota imbarazzo, in particolare, laddove, nelle premesse di carattere metodologico, si sceglie di dare risalto al c.d. “pendio scivoloso” caratterizzante la vaghezza dei termini coi quali si viene ad impattare nell'analisi della materia.

Provare a riportare la tematica nell'alveo di ogni *topos* gius-filosofico vuole, dunque, essere tentativo di fondare la ragione giuridica della materia e per tale via “consegnarla” al malcapitato giudice.

Da qui discende, successivamente, il secondo *step*, quello dell'analisi dell'argomentazione giuridica in materia che , come poc'anzi detto, risponde alla medesima esigenza di necessità nel fornire, o meglio tentare di fornire, un quadro di riferimento non statico (data la materia sarebbe oltraggioso!) di *modus operandi* del giudice, attraverso la disamina, *in primis*, dei diversi astratti approcci argomentativi in

materia di etica applicata e quindi degli strumenti utilizzabili, ed, *in secundis*, delle pratiche soluzioni offerte dalla giurisprudenza nostrana su casi concernenti il fine-vita.

Le due aree tematiche analizzate, quella gius-filosofica e quella dell'argomentazione, di nuovo si incontrano perché all'unisono giustificano, l'una a monte e l'altra a valle, le questioni del fine-vita.

## BIBLIOGRAFIA

A. Abignente, *Decisioni senza legge. L'individuazione della regola di giudizio tra lacuna dell'ordinamento e principi sovraordinati*, in S. Boccagna (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici sul caso Englaro*, Dike, Roma, 2014

A. Abignente, *Il caso Englaro. Una riflessione frigidò pacatoque animo*, in *Sociologia del diritto*, 2013\3, Franco Angeli, Milano.

A. Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto: il proceduralismo di Jurgen Habermas*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003

A. Abignente, *Verità e responsabilità nell'argomentazione giuridica dei valori*, in *Ars interpretandi*, n. 1\14

A. Abignente, *Voce argomentazione giuridica* in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II vol., Torino, Giappichelli, 2013

R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in “*Ars interpretandi*” 7,2002

R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998



C. Amirante, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2003

S. Amato, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, in Il Comitato nazionale per la bioetica :1990-2015. Quindici anni di impegno* (Comitato Nazionale per la bioetica, Atti del Convegno di studio, Roma 30 novembre/3 dicembre 2005) , Roma 2005

D. Antiseri, *I campioni della laicità. Cittadini della società aperta*, dal “Corriere delle sera”, 23 maggio, 2011

Apel, *Il problema di una fondazione di un'etica della responsabilità nell'età della scienza*, 1984

M. Aramini, *Eutanasia. Spunti per un dibattito*, Ancora collana Focus, 2006

Arist.Eth Eud.3.5.1233.

Arist.Eth.Nic. 4.3.1123 b.

M. Atienza, *Giustificare la bioetica.Una proposta metodologica*, in “*Ragion pratica*,” 6/1996,

M. Atienza, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in "Ars Interpretandi" 1999

M. Atienza, *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion Pratica*, 2010, 34

Aug. Trin. 14.12.15. Ulteriori riferimenti in E. Gilson, *Introduzione allo studio di Sant'Agostino*, Marietti, Genova, 2001

M. Azzalini, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, fasc. 10

F. Bacone, *Della dignità e del progresso delle scienze* (1605), tr. It. In ID. *Opere filosofiche* (a cura di F. De Mas), Laterza, Roma – Bari, 1965

A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Istit. Enc. Ital., Roma, 1989

A. Barbera, Art. 2, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1975

R. Barcaro, *Eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*,

Franco Angeli, Milano, 1998

A. Bondolfi, v. *living will*, in *Dizionario di Bioetica* Leone – Privitera, EDB – CBS, B-A, 1994, pp. 553\556

J. C. Bayon, *Why is legal Reasoning Defeasible?*, *Conflitti tra principi costituzionali in Ragion pratica*, 18/2002;

J. Betegon, J. De Paramo, L. Prieto Sanchis, *Constitucion y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios politicos y constitucionales, 2004.

P. Becchi, *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009

P. Becchi, *La vulnerabilità della vita. Contributi su Hans Jonas*, Scuola di Pitagora, 2008

P. Becchi, *Ridefinire la morte?* In *Ragion Pratica* 42 giugno 2014, Il Mulino

Bellocci Passaglia, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola, portoghese, Roma, Palazzo della

Consulta, 2007

K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892

E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1955

E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1955

M. Bianchini, G. Gioia, *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità. Atti del primo convegno dei colloquia dei ricercatori della scuola di giurisprudenza dell'università di Padova*, CEDAM, 2013; G. De Vergottini, *Il dialogo transnazionale fra le corti*, ESI, Napoli, 2010

R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992

R. Bin G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004

H. Blumenberg, *Die Legitimität*, in *Ver Neuzeit*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 1974, trad.it. *La legittimità moderna*, Marietti, Genova, 1992, *Parte I, Secolarizzazione. Critica di una categoria dell'ingiustizia storica.*

N. Bobbio, *Ancora sulla intono alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968

G. Boniolo, P. Vidali, *Strumenti per ragionare*, Milano 2002

P. C. Bori, *Pluralità delle vie. Alle origini del "Discorso" sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Feltrinelli, Milano, 2000

P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Giuffrè, Milano, 1999

P. Borsellino, *Bioetica "Tra morali" e diritto*. Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009

P. Borsellino, *Consenso informato: riconoscimento di principi e strategie di svuotamento*, in *"Bioetica. Rivista interdisciplinare"*, n. 3, 1995

P. Borsellino, *I principi etici delle cure palliative e i diritti dei morenti*, in ID, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 2000

F. Botturi, *Principi morali e assoluti etici*, in I. Vaccarini, F. Marzano, F. Botturi, *Gli assoluti morali nell'epoca del pluralismo*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2001

M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000

F. Cavalla, *Libertà da, libertà per: ordine e mistero*, in AA.VV. *L'insopportabile peso dello Stato*, a c. della CIDAS, FACCO, Treviglio, 2000

L. Canavacci, *La bioetica: una disciplina in cerca di metodo*, in "Bioetica" 2/2000

S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in ID. (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Einaudi, Torino, 2006

E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Feltrinelli, Milano 2002

C. Carlo, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009

F. Carnelutti, *Diritto e processo*, in F. Carnelutti (diretto da) *Trattato del processo civile*, Napoli, Morano, 1956.

C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, *Testamento biologico. Quale autodeterminazione?*, Società editrice fiorentina, Firenze, 2007

C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto comparato ed europeo*, III; GIAPPICHELLI, 2009

C. Casonato, *Judges and rights: activism, restraints, and legitimacy*, in C. Casonato, *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli studi di Trento, Trento, 2004,

S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009

S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale, all'ordine giuridico globale*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 3, 2007

F. Cavalla, *Diritto alla vita e diritto sulla vita. Sulle origini culturali del problema dell' "eutanasia"* in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1988

B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in "Filosofia politica", 2005

M. Charlesworth, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma, 1996

Comitato Nazionale per la Bioetica, Dichiarazioni anticipate di trattamento, Roma 2003 in *Bioetica* 4, 2013

A. Comte-Sponville, *Il diritto di morire*, Feltrinelli, Milano, 2012

Consulta di Bioetica, *Sulle cure palliative e sull'eutanasia*, in “*Bioetica*”2, 2000

A.G.Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962

B.Constant, *La libertà degli antichi comparata a quella dei moderni*, Einaudi, 2005

Convenzione di Oviedo, Consiglio di Europa 1997, in “*Portale di bioetica.it*”

V.Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1970

M.D’Auria, *L’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010

F. D’Agostino, *Bios – Zoe – Psyche*, in *ID, parole di bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004,



G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1996,

M. De Carolis, *La vita nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*,  
Bollati Boringhieri

A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, Cicu, Messineo, Mengoni( a cura di), Milano 1982

R. Dell'Oro, *Esperienza morale e persona. Per una reinterpretazione dell'etica fenomenologica di Dietrich von Hildebrand*, Roma, 1996,  
pag. 12.

R. Di Canio, *Alla disperata ricerca della certezza. Criteri etici di orientamento nelle terapie intensive neonatali*, Franco Angeli, Milano, 2011

E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*,  
Giappichelli, Torino,1999

*Documenti giuridici*, Bioetica 1-2/ 2009.P. Donatelli, *Concetti e critica morale*, in *Bioetica 2 /2000*

R.Dworkin, *Il dominio della vita .Aborto, eutanasia e libertà*

*individuale*, Einaudi, Torino ,1994

R.Dworkin, *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* Taking, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad.ital. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982

L.Ferrajoli, *Trattamenti sanitari forzati*, in “*Ragion pratica*” 1, 2009

L. Eusebi, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C .Viafora ( a cura di) *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Cedam, Padova, 1996.

L. Ferrajoli, *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto*, in L. Lombardi Vallauri, a cura di *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Bari, 1999

L.Ferrajoli, *Trattamenti sanitari forzati*, in “*Ragion pratica*” 1, 2009

G.Ferrando, *Diritto di rifiutare e cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam.e Diritto*, 2008

- G.B. Ferri, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1997
- Fondazione Floriani, *Alcune precisazioni dovute a proposito di consenso e cure palliative*, in “*Bioetica*” 2, 2000
- G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005,
- H.G.Gadamer, *Sul circolo ermeneutico*, in *Aut-Aut*, 1987.
- F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna
- M.Gentile, *Intervento*, in AA.VV., *Il problema del dialogo nella società contemporanea*, Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1969
- L. Gianformaggio, *Natura/artificio nella politica dell’ambiente e nell’etica della vita*, in “*Bioetica*” a cura di A. Di Meo e C. Mancina, Sagittari Laterza, 1999.
- P. Giocolo Nacci, *Diritto allo sviluppo e diritto alla vita*, in *Giur.it*, 1992
- F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica* in C. M. Mazzoni, (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998

G. Giusti, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, CEDAM, Padova, 1982

W.Glasser, *Terapia della realtà*, Astrolabio, Roma 1971

G.Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981

T. Govier, *What's Wrong with Slippery Slope Arguments?*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1982, vol 12

D.Gracia, *Procedimientos de decision en etica clinica*, Eudema, Madrid, 1993

Gruppo di Studio Bioetica e Neurologia della Società italiana di Neurologia, *Documento sullo stato vegetativo persistente*, novembre 1992, "Bioetica", 2, 1993.

R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi. Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2004

P. Habermas, *Quaderni costituzionali 1993*. Habermas, *Dopo l'utopia*, a cura di W. Privitera, Marsilio, Venezia 1992

J.Habermas, *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva de diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996

Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Laterza Roma-Bari, 2010

T.Hobbes, *Libertà e necessità* , a cura di Andrea Longega, Bompiani, 2000.

T. Hobbes, *Leviatano*, 2, 27 trad.it. A. Luppoli, Laterza, Roma Bari, 1991,

Humboldt, *Idee per un saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, 1972.

Husserl, *Cartesianische meditationem und pariser vortrage*, Haag, Nihoff, 1950

H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1999,

N. Holtug, *Human Gene Therapy: down the slippery slope?*, *Bioethics* 1993

A. Iacona, *Argomenti basati sulla vaghezza dei termini*, in *Bioetica* 2/2000

L.Iapichino, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Ipsoa, 2000

H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la critica tecnologica*, trad. a cura di P.P. Parnaro, Einaudi, Torino, 1990

H.Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità* (a cura di P. Becchi), Einaudi,Torino, 1997

H. Jonas, *Tecniche di differimento della morte ed il diritto di morire*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino, Einaudi, 2006

R.Jones, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, University of Chicago Press, Chicago 1988

R.Jones, S. Toulmin, *The abuse of Casuistry*, University of Chicago Press, Chicago 1988

A. Jonsen, *The weight and weighing of Ethical Principles*, in H.Y. Vanderpool(e.), *The ethics of research involving human subject* , University Publishing Group , Frederick, Maryland, 1996.

A.Jonsen, S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry, A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berleley-Los Angeles-

London, 1988, cit.pag.314.

I.Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, a cura di P.Chiodi, Utet, Torino 1995

I. Kant, *Eine Vorlesung kants uber etihik*, P.Menzer (a cura di), Pan verlag rolf heise, Berlin, 1924, tr.it. a cura di A. Guerra, *Lezioni di etica*, Laterza, Roma – Bari, 1984.

I.Kant, *La metafisica dei costumi (1.Principi metafisici della dottrina del diritto 2.1.49D)*, Laterza, Bari 1970

Y.Kamisar “*Are laws against assisted suicide uncostituzionale?*” in R.Barcaro,*Breve rassegna del dibattito sul diritto di morire*, in Bollettino S.F.I.,1998,nuova serie n.163.

L.R.Kass “*Is there a right to die?*” in L.R.Kass,*La sfida della bioetica .La vita,la libertà e la difesa della dignità umana*,Lindau,Torino,2007.

Hans Kung, *Della dignità del morire*, Rizzoli, Milano, 2010.

E. Lecaldano, *Eutanasia*, in ID. *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma –

Bari, 2002;

J. Locke, *Saggio sul governo civile*, in *Trattato sul governo*, Editori Riuniti, 2006.

A. Loiodice, *Le incoerenze degli ordinamenti giuridici in tema di aborto: profili costituzionali*, in A. Tarantino (a cura di), *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1996

K.Lorenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1975N.

Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari 2002

C.Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990

M.B. Magro, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994

E.Malfatti, S.Panizza, R.Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003

G. Maniaci, *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in



*Ragion pratica*, n.40, giugno 2013, Il Mulino

A.Marra, *Non vale il si dato dai malati sotto 'effetto del dolore. Consenso difficile nelle cure palliative.* in “*Bioetica*” 2, 2000

G. Marramao, *Sovranità*, in *Lessico della politica*, Edizioni Lavoro, Roma, 1987

M. M. Marzano, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 1999

V. Marzocco, *Il consenso informato alla conservazione e all'utilizzo di materiale biologico umano. Persona e corpo tra realzione interrotta e nuovi scenari*, in C. Casonato, in C. Piciocchi, in P. Veronesi, a cura di, *Le biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, CEDAM, Padova, 2012

V. Marzocco, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità.* Editoriale Scientifica Napoli, *Collana Logon Didonai*, Napoli, 2012

U. Mattei, *Il giudice e le scelte difficili. Lezioni da Israele*, in *Il foro italiano*, 1989, pt. 5 coll. 10

N. Matteucci, *Sovranità*, in *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983

L.Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996

A.Mesiel “*the legal consensus about forgoing life\_sustaining treatment: it's status and prospects*” in *Bioethics.edu*.

Merleau-Ponty, *Phenomenologie della perception*, Paris, Gallimard, 1976

J. S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, 2009

L. Milone, *Il testamento biologico (living will)*, in “*Vita notarile*”, 1997

L.Mingardo, *Incontro alle Sirene. Autodeterminazione e testamento biologico*, ESI, Napoli, 2015

S. Mocellin, *L'argomentazione del giudizio bioetico: un percorso di approfondimento*, in “*L'argomentazione del giudizio bioetico*”, Franco Angeli, 2006

C. L. de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, curato da S.Cotta, Utet, 2005

V. Montrone, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, ed. Cirb *Quaderno 3, medicina ed etica di fine-vita*, 2002.

- F. Montuschi, *Art. 32 1° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1975
- R. Mordacci, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Feltrinelli, Milano, 2003
- M. C. Morelli, *Un passo avanti per l'uguaglianza tra competenti e incompetenti*, in *Bioetica*, 2/2001
- P. Moro, *Alle origini del nomos nella Grecia classica. Una prospettiva per la legge del presente*, Franco Angeli, Milano, 2014
- P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso, *Il fio delle Parche, Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- M. Mori, D. Neri, *Il Rapporto Oleari e la Convenzione di Oviedo*, in "Bioetica", 2, 2001
- M. G. Nacci, *Diritto alla vita e ordinamento costituzionale. Profili di diritto italiano e comparato*, Bari, 2008
- P. Navarro, *Sistema juridico, casos difficile y conocimiento del*

*Derecho*, in “*Doxa*”,14/1993U.G.

S. Natoli, *Progresso e catastrofe. Dinamiche della modernità*, Edizioni Christian Marinotti, Milano, 1999

D. Neri, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Laterza, Roma – Bari, 1995

V. Nitrato Izzo, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. Pomarici (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

U. G. Nannini, *Valore della persona e definizione legale di morte*, CEDAM, Padova, 1996

A. Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana*, Utet, Milano, 2008

Omero, *Odissea, canto XII*

L. Orsi, *Lo stato vegetativo permanente e la questione del limite terapeutico*, in “*Bioetica*”, 2, 2001

Ospedale Manzoni di Lecco “*Eluana Englaro sedici anni dopo: quali prospettive dopo la sentenza della Cassazione?*”,18 gennaio 2008, in

“*Eluana , Libertà e vita*”

F. Ost, *Mose', Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico.*  
Il Mulino, Bologna, 2007

B. Pascal, *Pensieri* 210 ( *Pensieri, opuscoli, lettere, a cura di A. Bausola, Rusconi, Milano, 1978*)

T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, CEDAM, 2009

F. Pessoa, L. Stegagno Picchio, *L'educazione dello stoico, testo originale a fronte*, Einaudi, Torino, 2005.

F. Pilotto, *Stato vegetativo: questioni terminologiche e conseguenze etiche*, in <http://www.timeoutintensiva.it/>

G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali, una mappa dei Problemi*, in “*Ragion Pratica*” 28/giugno 2007

A. Pintore, *I diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, n. 2

A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna  
2002

Platone, *Le leggi*. BUR, Milano, 2005

K. Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970

A. Porciello, *Eutanasia e principi fondamentali: la costituzionalizzazione del dilemma etico*, in *Thanatos e nomos*, Jovene, 2009

S. Pufendorf, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*

D. Quagliani, *La sovranità*, Laterza, Roma – Bari, 2004;

J. Rawls, “*Two Concept of Rules*”, in *La giustizia come equità . Saggi 1951-1969*, Napoli, 1955.

G. Resta, *Dignità e autodeterminazione nelle scelte di fine vita: il Bundesgerichtshof espande la frontiera dei diritti umani*, in “*Diritti umani e diritto internazionale*” 4, 2010

M. Riccio, *Il rianimatore e lo stato vegetativo permanente*, “*Bioetica*”, 2, 2005.

E. Riganti, *Lessico latino fondamentale*, Patron, Bologna, 1989

F. Rigotti, *L'onore degli onesti*, Feltrinelli, Milano, 1998

S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009

S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo "giuridificato"* in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4 , 1994

S. Rodotà, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011

N. Rose, *La politica della vita*, Einaudi, Torino, 2008

S. Rostagno, *La morte elemento della vita*, in Coltorti (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, Napoli, 2004

H. Rotter, *Soggettività ed oggettività dell'esigenza morale*, in Demmer K. Schuller B ( a cura di ), *Fede cristiana e agire morale*, Assisi, 1990

A. Rouvroy, *Genes and neoliberal governance: a foucauldian critique*. Routledge, 2007

J. Rudinow, *On the Slippery slope, Analysis* , 1974,D. Jaquette , *The Hidden logic of Slippery slope Arguments*, in *Philosophy and Rethoric*, 1989

A. Ruggeri,*La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti*

*costituzionali, Giappichelli, Torino, 1994*

A. Ruiz, voce *Autodeterminazione dei popoli (diritto alla)*, in *Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988*

R. Sacco, *L'interpretazione*, in G. Alpa, *Le fonti del diritto italiano, 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione. Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999

G. Salito, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in "Notariato", 2004  
J. Shaman, *Constitutional interpretation*, 2001

G. Salito, *Il testamento biologico e nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, in *Quaderni diretti da P. Stanzone*, Salerno, 2003

G. Salito, *Cure palliative e terapia del dolore: brevi riflessioni a margine della legge n. 38/2010* in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

F.C. Von Savigny, *System des Heutigen Romischen Rechts*, 1840

R. M. Veath, *Teorie della bioetica*, in *Bioetica* 2/2000, pag. 223.

U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Rivista di Filosofia*, 1985, pag. 41.



- A. Schopenhauer, *La volontà del volere umano*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- L. A. Seneca, *Lettere a Lucilio*, vol. I, libro 8°, lettera 70, Rizzoli, Milano
- E. Sgreccia, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, vol. I, 1988, Milano
- E. Sgreccia, *Questioni emergenti nell'ambito della bioetica*, in "Medicina e Morale", 1995
- J. Shaman, *Constitutional interpretation*, 2001
- P. E. Singer e M. Siegler, "Euthanasia-a critique" in R. Barcaro, *A proposito del diritto di morire*, in *Bioetica* 3, 1996.
- P. Singer, *Ripensare la vita*, Il Saggiatore, Milano 2000, pag. 15.
- P. Stanzione, G. Salito, *L'(in)disponibilità del bene vita, tra autodeterminazione e norma*, San Paolo, Milano, 2010
- E. Stefanini, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, n. 2

A. Tarantino, *Il rispetto della vita – Aborto Tutela del minore ed Eutanasia*, ESI, Napoli, 1998.

G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980

A. de Toqueville, *La democrazia in America*, BUR, Rizzoli, 1999

Tribunale Civile e Penale di Lecco, Sentenza di primo grado, 15 luglio 2002, in “*Bioetica*”, 1, 2004.

C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, Iovane, 2004

S. Toulmin, *Cosmopolis, The Hidden agenda of Modernity*, Chicago, 1992

S. Toulmin, *Gli usi dell'Argomentazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1975

F. Vecchi, *Caso Englaro: l'infondata certezza giudiziaria per l'adversio vitae di fronte ai fondati dubbi della scienza medica e del giurista*, in *Thanatos e nomos*

J. D. Velleman “*Against the right to die*” in *The journal of Medicine*

and Philosophy, anno 6,n.17,1992

U. Veronesi M. De Tilla, *Nessuno deve scegliere per noi*, a cura di L.Militerni, Sperling e Kupfer, 2007

V. Ventafridda, *Le terapie del dolore in fase terminale*, in *Riv.it. Cure palliative* , 1988

C. Vezzoni, *Advance Treatment directives and autonomy for incompetent patients: an internationale comparative survey of law and practice, with special attention to the Netherlands*, Edwing Mellen Press, Lewiston NY, 2008

V. Villa, *Costruttis mo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino,1999

V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004

G. Zagrebelsky, *Il diritto mite.Legge, diritti, giustizia*, Einaudi,Torino, 1992

P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009

V. Zeno Zencovich, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani*,

Roma 1990