



Presentazione



Una collana che, quale quella che curo, raccoglie studi dedicati alla comparazione giuridica come metodo di ricerca e via che guida alla conoscenza di sistemi, ordinamenti, leggi, orientamenti dottrinari e giurisprudenziali riferibili a Paesi diversi, non può ignorare i nessi che sussistono e vengono con forza reclamati da esperti e da comuni cittadini tra la trattazione scientifica dei temi scelti e la vita che scorre toccando i destini individuali, che a loro volta si convertono in problemi, in drammi, in crocevia sociali.

Il libro che viene pubblicato nella Collana, con maestria ed autentico trasporto anche umano presentato da Michele Graziadei, rappresenta un, fino ad oggi inedito, punto di collegamento tra contributo giuridico e dimensione, complessa, contraddittoria, drammatica e talvolta disperata, della Persona, colta nei momenti della sua esistenza inattesi, temuti, maggiormente reclamanti solidarietà, vicinanza, certezze. Momenti nei quali il puro dato proveniente dal diritto, anche quello frutto delle applicazioni pratiche, può spesso apparire inconsistente – come saggiamente nelle sue pagine ci ricorda Giuseppe Giaimo – ed anche deludere le aspettative della Persona, consegnandoLe l'impressione della solitudine e dell'altrui indifferenza.

In questo drammatico tratto esistenziale, non sempre colmabile con rassicuranti risposte del diritto, se non addirittura osteggiato da esso, si colloca “La volontà e il corpo”, allo scopo di descrivere, orientare, incanalare verso approdi umanizzanti i problemi, numerosi ed imponderabili, che il cedimento fisico e biologico determina. A questi problemi, anche strazianti per chi soffre e per chi empaticamente vede soffrire, l'Autore cerca di opporre una costruzione concettuale ed ideologica, non solo tecnica, fondata attraverso il riconosciuto valore dell'esperienza comparatistica, rivolta alla promozione della volontà umana, massimo valore distintivo della Persona nella sua essenziale fase autodeterminativa, quale selettiva immancabile in ogni contesto nel quale il dibattito tra la vita esistente, quella nascita, quella inesorabilmente declinante potrebbe trovarsi schiacciato tra *Nomos*, *Ethos*, *Pathos*, *Thanatos*.

Per questa opera, frutto di sensibilità personale e sapiente governo della ricerca comparatistica, la Collana ed il suo Curatore hanno più ragioni per essere orgogliosamente grati a Chi l'ha concepita.

Palermo, febbraio 2019

Il Curatore



Prefazione



L'opera che Giuseppe Giaimo affida al lettore è, al tempo stesso, ricerca giuridica di frontiera, riflessione sulla condizione umana, e indagine acuta intorno al rapporto tra il diritto e le altre discipline messe in causa quando si discute della vita, della salute, e della malattia.

La volontà e il corpo si misura con i temi più vivacemente dibattuti che la medicina oggi impone al diritto, dalle decisioni di fine vita, alla procreazione medicalmente assistita, al prelievo di organi o tessuti dal corpo umano. Nell'affrontare questi temi attualissimi e i relativi problemi, anche sotto il profilo etico, il volume sottolinea in primo luogo l'espandersi dell'autodeterminazione nelle decisioni delle persone sulla propria salute e sulla propria vita.

In Italia, la legge n. 219/2017, sui diritti della persona in relazione al trattamento sanitario e alle decisioni di fine vita, come già le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, ordinaria e amministrativa e dall'interno della stessa professione sanitaria, tramite il codice deontologico, offrono una testimonianza decisiva in tal senso.

Tuttavia, come ritiene l'Autore, il principio di autodeterminazione conosce confini e incontra difficoltà di sostanza rispetto a vari contesti cruciali, su cui la riflessione è aperta. Infatti, nel richiedere la capacità decisionale della persona, il principio fissa un confine, che non è dato senz'altro valicare, anche in frangenti nei quali il diritto, come la medicina sono messi alla prova. Inoltre, chiarire quali regole governano in difetto della capacità o della volontà del soggetto, è indagine delicatissima. Parliamo di ricerca giuridica di frontiera perché il linguaggio dei diritti, che ha ormai conquistato tutto il campo, svela a sua volta ambiguità e fragilità. Infatti, il diritto del singolo, inteso come insindacabile spazio di libertà, è sempre in tensione con quanto le norme, anche quelle costituzionalmente orientate, prescrivono, come illustra in modo esemplare l'indagine condotta in questo volume. Il rischio contro cui Giaimo si premunisce nettamente è quello di sostituire la realtà dei dilemmi portati all'attenzione del giurista con le risposte edulcorate offerte tramite sotterfugi o finzioni, praticate talvolta ancor oggi.

La rigorosa trattazione offerta dall'Autore, con il suo – solo apparente – distacco, racconta il coraggio di tutti coloro che, soprattutto con azioni in

giudizio, hanno spiegato le proprie ragioni e hanno domandato al diritto e alla giustizia di farsene carico. L'onere posto sulle spalle di questi litiganti e dei loro congiunti non è stato lieve. Dobbiamo essere loro grati per quanto hanno fatto, con sacrificio, nel rendere oggetto di dibattito pubblico, attraverso il sistema giudiziario e la stampa, i palpitanti drammi umani che hanno vissuto, per cercare di far avanzare il diritto verso traguardi di civiltà.

L'opera di Giuseppe Giaimo guida il lettore in modo limpido all'esame delle questioni aperte, attraverso un uso sapiente della comparazione giuridica.

La scelta di un ampio ricorso alla ricerca comparativa è ormai un dato acquisito nel trattare la materia. La stessa giurisprudenza rende chiaro quanto la comparazione giuridica può offrire in proposito. L'ordinanza resa dalla Corte Costituzionale sul caso Cappato (Corte cost., ord. 24 ottobre 2018 [dep. 16 novembre 2018], n. 207), ove sono richiamate le decisioni della Corte Suprema del Canada e della Corte Suprema del Regno Unito nella medesima materia, è un esplicito, ulteriore invito a non mettere da parte le esperienze straniere già maturate in proposito.

Si tratta un invito che Giuseppe Giaimo ha pienamente accolto, con sagacia e competenza.

Michele Graziadei

*Presidente della Società italiana
per la ricerca nel diritto comparato*



Introduzione dell'Autore



Un piacevole svago, dal sapore antico, consiste nel tracciare una linea continua che, unendo tra loro una serie di puntini numerati, restituisce un disegno finalmente visibile e definito nei suoi contorni.

Il richiamo a quel passatempo non è inutile, posto che il modo di risolvere il facile enigma presenta una forte analogia con la genesi del presente volume. Esso, infatti, è nato dal desiderio di collegare una serie di istituti – già oggetto di precedenti, sparse riflessioni – attraverso un ideale tratto. Il riferimento è a quelle condizioni esistenziali che coinvolgono gli aspetti più emotivamente rilevanti della vita umana – la malattia, la morte, la procreazione – e dai quali il giuridico parrebbe essere sideralmente distante; per poi, invece, impregnare di sé anche quei momenti che, ad un osservatore ignaro, sembrano confinati nella sfera intima delle persone.

Il ruolo di collante – o di segno di matita, per rimanere nella metafora – è stato assegnato alla volontà individuale, ricercando la funzione svolta dall'autodeterminazione nel disciplinare le situazioni nelle quali più avvertita è l'esigenza di reclamare come propria ogni decisione, soprattutto quando l'esercizio della volontà stessa pare costituire una sorta di riscatto contro uno stato di malattia che non si è scelto e del quale si subiscono le conseguenze.

Non è opportuno, adesso, anticipare oltre. Molto opportuno, invece, è procedere al doveroso e sentito ringraziamento all'Amico Michele Graziadei – che con la sua autorevole prefazione ha reso prezioso il volume – ed al mio Maestro Mario Serio, per l'ospitalità concessa nella Collana e per le Sue dotte parole di presentazione. Un ulteriore ringraziamento, inoltre, è rivolto alla Dott.ssa Rosalba Potenzano, alla cui paziente attenzione si deve l'opera di revisione, precisando comunque che rimane mia la responsabilità per le eventuali imprecisioni ed insufficienze.

Soltanto un'ultima notazione. Redigere un libro è difficile e logorante, non solo per il suo autore quanto – e soprattutto – per i familiari di chi scrive, che sono costretti a subirne quotidianamente le ugge, facendosi carico della sua stanchezza per restituirgli la serenità indispensabile all'opera. Per questa ragione, ringrazio con il più grande affetto Alessandra e Rosario, ai quali questo volume è dedicato.

Palermo, febbraio 2019

Giuseppe Giaimo

CAPITOLO I

Le decisioni in tema di trattamento sanitario

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni sull'argomentazione per principi. – 2. Differenti paradigmi del diritto alla salute. – 3. Il proteiforme significato di *dignità umana*. – 4. La natura giuridica del consenso al trattamento sanitario. – 5. La capacità del disponente. – 6. La nomina del fiduciario nell'ambito delle disposizioni anticipate di trattamento. – 7. La normativa inglese sulle disposizioni anticipate di trattamento sanitario. Il *lasting power of attorney*. – 8. *Segue*: le *advance decisions to refuse treatment*. – 9. Le decisioni in tema di trattamento sanitario nell'ordinamento francese. – 10. *Segue*: la *personne de confiance* e le *directives anticipées*.

1. Brevi considerazioni sull'argomentazione per principi

Le vicende che segnano in profondità – con connotazioni positive o avverse – il corso della vita umana recano sempre con sé un carico di emozioni e di sentimenti che, nonostante possano essere di natura omogenea, sono percepiti spesso in maniera ed intensità differente da ogni singolo individuo coinvolto. Le risposte emotive di ciascuno ad eventi particolari – soprattutto se questi ultimi riguardano le condizioni di salute, il cui stato vincola necessariamente ogni altro aspetto dell'esistenza – presentano, infatti, un grado di variabilità così elevato che solo con una considerevole difficoltà è possibile concepire ed adottare dei modelli di comportamento uniformi, utilmente destinati a soddisfare chi versa in una situazione di disagio dovuto ad una condizione patologica.

Una siffatta sensazione di incertezza assume ancora maggior vigore quando lo stato di malattia – insieme al suo portato di sofferenza non soltanto fisica e non soltanto inerente all'infermo, dato l'inevitabile coinvolgimento di chi a questi è affettivamente legato – si confronta con il dato normativo che, per sua natura, è poco duttile nel disciplinare, grazie alla sua conformazione astratta e generale, quegli aspetti dell'esistenza la cui regolamentazione non concerne una realtà univoca ed oggettiva muovendosi, piuttosto, in uno sce-

nario mutevole che dipende dalla personalità e dal modo di accostarsi alla vita propri di ciascun individuo.

Una considerazione di tal sorta comporta, quindi, che un ragionamento giuridico su questi temi, per risultare di più piana articolazione, debba essere condotto preliminarmente attraverso il richiamo ai principi generali immanenti all'ordinamento i quali – a differenza delle norme connotate da un certo livello di rigidità, dovuto alla loro necessaria connessione alla fattispecie di riferimento¹ – presentano “un elevato grado di elasticità e/o indeterminatezza; il che è reso ancor più evidente quando essi si limitino ad esprimere un valore ovvero il perseguimento di un fine senza indicare i relativi strumenti attuativi”². In altri termini, una volta tenute presenti le difficoltà che scaturiscono dalla molteplicità di differenti interessi e dalle diverse sensibilità che distinguono gli atteggiamenti individuali rispetto ad uno stato di malattia, è opportuno procedere – prima di valutare la portata e l'effetto delle norme a governo dei comportamenti inerenti alla salute umana, soprattutto quando questi concernono le decisioni dirette ad incidere sulle cure o, addirittura, a determinarne l'interruzione – alla tessitura di una tela concettuale, che faccia idealmente da sfondo alla trama ed all'ordito delle regole legislativamente poste.

Lo scopo dichiarato è, quindi, quello di rintracciare i principi sovraordinati – di rango costituzionale – all'enunciato normativo di cui alla legge n. 219/2017 (sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento sanitario) al fine di valutare la coerenza sistematica di quest'ultima, attraverso una analisi ermeneutica utile ad accertare l'aderenza della regolamentazione delle fattispecie in essa contemplate ai valori che permeano l'intero ordinamento³. Non si tratta, quindi, di considerare i dettami costituzionali quali norme immediatamente precettive, rivolte ad ordinare in via diretta la condotta dei singoli individui, senza alcun riguardo alle circostanze di fatto in cui essi si svolgono⁴; si tratta, invece, di individuare quei principi di portata genera-

¹ Secondo la condivisibile opinione di U. Breccia, “i principi appartengono al vasto genere delle norme giuridiche, ma presentano alcuni tratti distintivi: assenza del nesso con una specifica fattispecie ipotetica; fundamentalità, «sapienziale» o assiologica; costitutiva generalità; vaghezza; conseguente attitudine a produrre, a loro volta, norme giuridiche che sono passibili di puntuali applicazioni” (*Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 2014, p. 125).

² L. Balestra, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 1011. Cfr., anche, R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010, p. 201 ss.

³ Cfr. N. Lipari, *Il diritto civile dalle fonti ai principî*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, p. 22.

⁴ Una lucida argomentazione critica verso quella giurisprudenza che ha applicato in via diretta le norme costituzionali di indirizzo al concreto agire dei consociati, con il conseguente trascolorare della fattispecie, è stata espressa da C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 15 ss. Il fenomeno in questione è osservato – questa volta in chiave di plauso nei

le i quali, trascendendo le contingenze che accompagnano le scelte del singolo, operano come cornice di riferimento – al cui interno si collocano le norme sottordinate a disciplina dei comportamenti nel caso concreto – e, del pari, come parametro interpretativo “in una costante dialettica tra l’ordine dei principi e la realtà dei fatti”⁵.

L’ampiezza concettuale dei valori costituzionali consente, dunque, di scongiurare quel possibile disorientamento – dovuto ai variegati atteggiamenti individuali ed alle plurime e complesse esigenze di carattere soggettivo – che, se non correttamente governato, potrebbe condurre a scelte legislative divisive, apparentemente incomplete e, di conseguenza, di scarsa utilità quali opzioni a cui ricorrere per la regolazione di materie ove è ampiamente coinvolta la sensibilità personale (come, ad esempio, quando si versa in tema di decisioni sui trattamenti sanitari)⁶. In sintesi, il richiamo ai principi costituzionali serve a fissare un paradigma unico all’interno del quale rientrano ipotesi di fatto che – rese differenti dalla molteplicità delle istanze soggettivamente connotate – vengono piegate ed uniformate in funzione della tutela del bene protetto dai principi medesimi⁷. Il rimando stesso non è destinato, invece, a precisare un sistema di regole di portata generale che, sganciato per sua natura da ogni riferimento

confronti dell’opera della giurisprudenza – anche da N. Lipari (*op. cit.*, p. 12 ss.), il quale rileva come “non si tratta più semplicemente di auspicare una legislazione per principî, operando entro gli spazi di elasticità offerti dalle clausole generali, ma si tratta di individuare direttamente il principio, che oltre tutto non si riconduce quasi mai ad una formulazione esplicita e testuale, ma va ricavato da una serie di indici, in una difficile opera di bilanciamento con altri principî, potenzialmente confliggenti e destinati in ipotesi a prevalere in un diverso contesto fattuale”. Proprio quest’ultima osservazione, tuttavia, mostra in piena luce la potenziale stuttura insita in quelle decisioni giudiziarie che, invece di riferirsi a norme concepite ed indirizzate in funzione della regolamentazione delle vicende proprie della fattispecie, applicano un principio (per sua stessa natura, mobile e controvertibile già soltanto attraverso il richiamo ad un valore di segno opposto al primo, ma ugualmente significativo se rapportato a circostanze ed a protagonisti differenti) al fine di risolvere – con la dovuta certezza delle posizioni giuridiche di cui è (o, forse, dovrebbe essere) espressione una sentenza – una controversia. In altre parole, proprio quel bilanciamento tra principi diversi che – in forza ed in dipendenza della loro stessa natura di elementi ispiratori – possono permettersi di essere tra loro confliggenti, è ciò che toglie sicurezza allo *iussum iudicis*, che si esporrebbe facilmente a qualsiasi attacco portato sulla base di un principio diverso da quello che ne ha costituito il fondamento ma che, al contempo, è parimenti sostenibile e degno di rispetto. Ad ogni modo, il tema è vasto e, soprattutto, meritevole di un approfondimento critico e sistematico che, di certo, esula dai confini propri di questa sede.

⁵N. Lipari, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2017, p. 851.

⁶Cfr. S. Rodotà, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, p. 169 ss.

⁷Cfr. C. Camardi, *Brevi riflessioni sull’argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 1140.

concreto, sia suscettibile di una inopportuna applicazione diretta in sostituzione (o in supplenza) di norme ordinarie legate, al contrario delle prime, al modello della fattispecie.

Una volta chiariti questi presupposti, si può procedere nell'indagine attraverso l'individuazione della corretta declinazione del diritto alla salute – quale principio costituzionale di respiro ampio – nel suo intersecarsi con il consenso informato sottostante alla relazione terapeutica ed, inoltre, in rapporto con le disposizioni anticipate di trattamento di cui alla recente legge n. 219/2017.

2. Differenti paradigmi del diritto alla salute

La nuova disciplina che regola i diritti dell'individuo nel decidere i trattamenti sanitari nella fase finale dell'esistenza “non nasce in un vuoto normativo, ma solo in un vuoto legislativo; e non è affatto la stessa cosa. I lunghi anni di attesa sono stati anni di elaborazione graduale e sofferta di un *diritto vigente* della relazione di cura: è il *diritto dei principi*, che ha la sua fonte nella Costituzione, nella Carta dei diritti UE, nelle convenzioni internazionali”⁸.

Sulla scorta di una siffatta condivisibile affermazione, il riferimento più immediato a ciò che fa da sfondo all'attuale normativa⁹ è, senz'altro, quello che conduce al concetto di «salute» – quale valore di natura sovraordinata e di portata generale – ed al modo in cui essa deve essere intesa nel particolare ambito delle decisioni che riguardano le scelte terapeutiche e le disposizioni relative ad un futuro trattamento sanitario, anche a fronte di un eventuale successivo stato di incapacità. La riflessione sul significato da assegnare alla salute stessa – nonostante possa apparire superflua, dato il senso univoco di assenza di malattia che a questa può essere attribuito con una osservazione soltanto superficiale – ha il carattere della necessità, soprattutto se si tiene

⁸P. Zatti, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2017, p. 5 (corsivi dell'Autore). Cfr., anche, G. Ferrando (*Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2018, p. 49) e R. Masoni (*Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/2017: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Riv. Dir. Fam. Pers.*, 2018, p. 1139). I principi richiamati, di carattere generale, sono stati anche oggetto di una elaborazione giurisprudenziale che ne ha fissato i contorni attraverso una loro applicazione diretta – in assenza di una normativa specifica – ai casi concreti. In questo senso, è d'obbligo richiamare Cass. n. 21748/2007 (il noto “caso Englaro” che sarà oggetto di più dettagliata trattazione *infra*, al capitolo II, anche con riferimento, in bibliografia, alla copiosa letteratura a cui ha fornito spunto), che esibisce “motivazioni fondate non soltanto sul richiamo dei principi costituzionali e di quelli della Carta di Nizza (a buon titolo da considerarsi diritto interno), ma soprattutto su fonti del tutto prive di efficacia e di incidenza formale nell'ordinamento italiano” (C. Camardi, *op. cit.*, p. 1141).

⁹Il richiamo, come detto, è alla legge n. 219/2017.

conto, alla luce delle considerazioni che seguono, della natura soggettiva dalla quale il concetto medesimo è caratterizzato.

Il punto di partenza del ragionamento è costituito dalla circostanza per cui la condizione di benessere dell'organismo non sarebbe declinabile assecondando eventuali differenze rilevanti sul piano individuale, atteso che non sembra possano esistere esigenze così poliedriche e diversità così profonde tra gli esseri umani, tanto da incidere su un eventuale modo disuguale di concepire ciò che è meglio per sé stessi in ordine all'assenza di infermità. La volontà del singolo circa il progetto di cura destinato alla propria sanità non avrebbe, infatti, alcun peso, posto che occorrerebbe affidarsi integralmente alle deliberazioni di chi, in virtù del suo sapere e della sua esperienza, sia in grado di assicurare il miglior stato di salute possibile, intesa come mera condizione di prossimità (la maggiore prossimità possibile) all'ideale di corpo sano. In questa prospettiva, il medico incarna "la figura eminente nella relazione col malato, il quale decide in luogo del secondo la scelta terapeutica più corretta in sé, in astratto, per il suo benessere psico-fisico"¹⁰. Il diritto alla salute, in questo senso, corrisponde in maniera piatta alla possibilità di accedere alle cure utili al conseguimento del miglior benessere oggettivamente ottenibile in una determinata situazione, senza alcuno spazio per l'esercizio di una volontà del malato espressa in contraddittorio con chi è deputato a decidere ed a praticare le cure stesse. In altre parole, una volta che il paziente abbia richiesto l'intervento del medico – al quale ciascuno ha diritto, proprio per la vigenza dell'inderogabile principio per cui la salute è un valore fondamentale, immanente all'ordinamento nel suo complesso – non avrebbe alcuna possibilità di partecipare consapevolmente alla pianificazione del progetto terapeutico, al quale rimarrebbe del tutto estraneo e che sarebbe esclusivamente affidato alla sapienza del medico stesso, "sulla base della disparità di conoscenze tra essi intercorrente con riguardo a competenze e conoscenze"¹¹; disparità, questa, tale da giustificare una raffigurazione del professionista come unico soggetto capace di assumere decisioni indirizzate alla cura di un paziente inconsapevole e destinato a svolgere un mero ruolo passivo, a causa di una irrimediabile spequazione in ordine alle capacità tecniche¹².

¹⁰ R. Masoni, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico sanitario*, in *Riv. Dir. Fam.*, 2017, p. 1311.

¹¹ R. Masoni, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico sanitario*, cit., p. 1312.

¹² In passato "il medico, come custode del bene del paziente, si ergeva a suo tutore e poteva decidere in suo luogo, secondo scienza e coscienza, entro i confini della morale propria di una società fortemente stratificata, in cui il paternalismo era incarnato visibilmente dalla figura del monarca e in cui il magistero della chiesa spiegava tutto il suo effetto. Il messaggio rivolto al paziente in questo ambiente culturale era semplicemente quello di affidarsi al medico" (M.

La rappresentazione appena descritta del diritto alla salute ha come suo fondamento una desueta lettura dell'art. 32 Cost. – che, come è noto, qualifica la salute stessa come pertinenza essenziale dell'individuo – orientata sul concetto di dominio sul proprio corpo (lo *ius in se ipsum*)¹³ e, insieme, su una visione solipsistica della persona. L'intangibilità fisica, infatti, potrebbe essere violata da un intervento sanitario soltanto nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse autorizzato dal soggetto che ha la disponibilità del corpo medesimo, attraverso l'espressione di una volontà diretta esclusivamente a concedere il permesso al medico di intervenire, ma senza alcuna efficacia nella determinazione della natura e delle modalità di una azione lasciata interamente alla competenza del professionista. In sintesi, il titolare del diritto decide di aprire il confine del suo corpo a chi deve praticare su di esso la propria scienza e, immediatamente, si ritrae lasciando ogni opzione tecnica a quest'ultimo, senza alcuna interazione nel compiere le scelte terapeutiche. Il paziente ed il medico rimangono, all'interno di questo schema, come due protagonisti muti di una vicenda che, con ruoli differenti, li vede entrambi impegnati in una giostra dove, in assenza di comunicazione reciproca, scambiano tra loro il ruolo attivo e passivo: dapprima, infatti, l'azione è dell'ammalato che acconsente all'intervento sul proprio corpo da parte del professionista, senza che quest'ultimo possa incidere nella genesi della scelta; una volta concessa l'autorizzazione, il medico diventa l'unico attore di un processo di cura, nel quale il paziente è mero oggetto su cui si esercitano altrui decisioni.

La concezione del corpo umano appena tracciata – parecchio influenzata, come si diceva, dalle categorie mentali proprie della logica individualistica – ha tosto ceduto il passo all'evidenza che “parlando di persona, la Costituzione non intende l'astratto individuo, ma la «persona sociale»”¹⁴. In altri termini, ciò significa che l'essere umano – soprattutto in relazione ai suoi attributi giuridici fondamentali, riconosciuti dall'impianto costituzionale nel suo complesso – non può essere considerato quale entità autonoma ed indipendente rispetto al contesto di riferimento, atteso che è proprio nelle formazioni sociali (e nei conseguenti rapporti che in queste si creano e si innervano) che si ha il pieno sviluppo della personalità, intesa come struttura volitiva e cognitiva che connota ogni individuo rispetto agli altri.

Il diritto alla salute, se letto attraverso la lente dell'art. 2 Cost.¹⁵, assume

Graziadei, *Autodeterminazione e consenso all'atto medico*, in L. Lenti, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 209).

¹³ Cfr. A. Nicolussi, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2013, p. 468 ss.

¹⁴ S. Rodotà, *op. cit.*, p. 181.

¹⁵ Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 106; M. Graziadei, *op. cit.*, p. 197.

dunque un significato diverso, più ampio rispetto a quello di mera declamazione dei principi sovraordinati di intangibilità del corpo in mancanza di consenso e, al contempo, di possibilità di accedere alle cure mediche destinate a contrastare uno stato di malattia: la salute diviene, infatti, uno dei canali che rende possibile lo “sviluppo della persona realizzato attraverso la costruzione di relazioni sociali costitutive della propria identità”¹⁶. Il mutamento di prospettiva è netto: il paziente non rimane più chiuso nella sua entità giuridica soggettiva, in base alla quale il consenso a ricevere le cure ha il solo effetto di legittimare l'intervento sanitario, senza rilevare in alcun modo circa i contenuti e le modalità dell'intervento medesimo che rimane, invece, nell'esclusiva determinazione del medico sulla quale non può incidere la volontà del malato. Al contrario, secondo questo differente punto di vista, l'esercizio del diritto alla salute comporta una necessaria interazione tra i due componenti del rapporto terapeutico, in quanto esso diviene espressione dell'autonomia volitiva del paziente non più confinata negli angusti limiti dell'autorizzazione al trattamento sanitario, ma manifestazione di una informata e cosciente adesione ad un progetto condiviso. In questo modo, una volta calato il diritto alla salute in una dimensione sociale, è evidente come esso diviene il presupposto dell'autodeterminazione del malato in maniera aderente alla propria personalità, attraverso un rapporto dialogico con il medico con il quale condivide la ricerca della soluzione terapeutica più vicina alle necessità soggettive, che non sempre coincidono con un astratto e generico concetto di affrancamento dalla malattia, da perseguirsi anche con sistemi che – pur appartenenti alla scienza ed alla prassi medica – potrebbero risultare insopportabili ad un particolare individuo¹⁷. Potrebbe allora dirsi che “attratto nell'orbita costituzionale della libertà personale, il controllo sul proprio corpo perde l'originaria connotazione proprietaria, legata alla prospettiva in cui soggetto ed oggetto vengono contrapposti, per assumere la diversa configurazione di scelta dalla quale dipende la propria identità personale”¹⁸.

L'autodeterminazione sanitaria – adesso riguardata come possibilità del paziente di informata interazione con il medico, in ordine alla predisposizione del piano terapeutico e non più quale mero ed acritico assenso alle cure decise da altri – è, quindi, espressione e strumento di un più ampio principio, connesso in maniera indissociabile con il riguardo dovuto, da parte di chiun-

¹⁶ G. Marini, *Il consenso*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, p. 381.

¹⁷ “In quest'ottica assumono rilievo le valutazioni insindacabili del paziente in ordine alla propria condizione fisica e psichica, valutazioni che possono non coincidere con quanto la scienza medica prescrive nel caso specifico, attingendo a fattori soggettivi ed individuali, quali le concezioni spirituali, religiose e sociali del paziente” (R. Masoni, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico sanitario*, cit., p. 1312).

¹⁸ G. Marini, *op. cit.*, p. 383.

que, al complesso di elementi di natura spirituale, emotiva, filosofica e culturale che connotano ciascun individuo nella propria unicità: il richiamo è alla dignità umana, intesa quale valore di portata maggiormente estesa rispetto alla nozione di salute e sovraordinato a qualsiasi altro modello etico potenzialmente concorrente. L'opportunità di esprimersi consapevolmente in merito al proprio stato clinico ed alle eventuali cure è segno, infatti, del pieno rispetto – dovuto dall'intera comunità di riferimento al singolo suo componente – dell'essere umano inteso quale individuo unico ed irripetibile, portatore di esigenze eventualmente difformi da quelle dei suoi simili, senza alcuna etero-determinazione di trattamenti terapeutici esclusivamente demandati all'altrui volontà¹⁹. Non si tratta, quindi, di un generico diritto alla salute – interpretato quale pretesa tutelata all'assistenza sanitaria ovvero, per altro verso, come potere di limitare un intervento di altri su di sé in assenza di consenso – ma della possibilità di modellare le determinazioni inerenti al modo di gestire una patologia nel senso più aderente a ciò che ognuno considera per sé stesso appropriato e confacente ai propri bisogni materiali e spirituali.

3. Il proteiforme significato di *dignità umana*

Il percorso argomentativo teso ad esporre, sebbene in maniera schematica, i principi generali rilevanti in tema di scelte terapeutiche si è snodato attraverso alcune tappe che, al termine, hanno condotto all'idea di autodeterminazione dell'individuo quale fondamento e presupposto del concetto di dignità: su quest'ultimo occorre adesso soffermarsi, posto che si tratta di una nozione sul cui significato, contenuto ed effetti non è semplice trovare una convergenza piana e condivisa²⁰.

¹⁹ Sulla dimensione identitaria del concetto di salute si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, II, p. 404; G. Marini, *op. cit.*, p. 383 ss.; S. Rodotà, *op. cit.*, p. 210 ss.; V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 579 ss.; E. Savarese, *Questioni sul fine vita a vent'anni dalla Convenzione di Oviedo: consolidati principi e permanenti incertezze*, in *Dir. Umani e Dir. Internaz.*, 2017, II, p. 344 ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. St. n. 4460 del 2 settembre 2014, in *Foro Amm.*, 2014, p. 2229, ove si legge che “la nozione statica e «medicale» di salute, legata cioè ad una dimensione oggettiva e fissa del benessere psico-fisico della persona, deve cedere il passo ad una concezione soggettiva e dinamica del concreto contenuto del diritto alla salute, che si costruisce nella continua e rinnovata dialettica medico-paziente, di modo che tale contenuto, dal suo formarsi, al suo manifestarsi sino al suo svolgersi, corrisponda effettivamente all'idea che di sé e della propria dignità, attraverso il perseguimento del proprio benessere, ha il singolo paziente per realizzare pienamente la sua personalità”.

²⁰ In ordine al senso che può essere attribuito al termine «dignità», è facile rilevare come

Si è detto poco sopra che, quando la riflessione giuridica verte su argomenti forieri di cesure ideologiche nel contesto sociale dovute alle differenti risposte individuali alle questioni di coscienza, è opportuno riferirsi preliminarmente ai principi di ampia portata, una volta precisati i quali può procedersi con la definizione della normativa a regolamento delle fattispecie. Tuttavia, un inciampo ostacola la linearità di un siffatto modello argomentativo, quando la molteplicità delle opzioni riferite alle diverse sensibilità riguarda non soltanto le situazioni da disciplinare in concreto (come, ad esempio, le scelte in ordine alla determinazione di un percorso di cura, ovvero le decisioni assunte in caso di patologia terminale) coinvolgendo, invece, il contenuto proprio di quegli stessi principi generali che, al contrario, dovrebbero fungere da bussola. Tra queste clausole generali dal significato caleidoscopico si trova la dignità umana, sul cui senso e sulla cui capacità semantica – come si diceva – esistono profonde incertezze di differente natura.

La questione principale che si pone all'interprete è quella relativa alla delimitazione della portata del termine, "perché questa, al di là delle raffinate riflessioni che ha determinato, si sottrae, in buona sostanza, ad ogni tentativo di definizione compiuta"²¹. Con ogni probabilità, la difficoltà classificatoria discende da una caratteristica intrinseca al contenuto della locuzione: è evidente, infatti, che il concetto di dignità umana appartiene alla categoria dei principi elastici, cioè quelli che non sono fondati su un insieme di valori specifici e definitivamente individuati e che, proprio per tale ragione, possono essere costantemente rideterminati nel loro significato, in modo da renderli facilmente adattabili alle diverse circostanze storiche e necessità applicative²². Questa peculiarità, se per un verso ha i connotati di un vantaggio derivante dall'assenza di una rigida ed immutabile consistenza solo nozionistica del termine, per altro verso presta il fianco ad un eccessivo relativismo che – nella pluralità di accezioni attribuibili alla parola – potrebbe comportare una complessità, difficilmente sormontabile, nella comunicazione tra gli interpreti appartenenti a differenti correnti di pensiero. In particolare, due opposte accezioni del lemma²³ segnano una profonda cesura ermeneutica, dalla quale di-

“sia questa, sia altre espressioni che assolvono la medesima funzione, sono affidate alla cultura, alla sensibilità, alla attenzione dell'interprete, al quale spetta quindi il compito di «riempirle» di significati” (G. Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, II, p. 416).

²¹ N. Lipari, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 852.

²² Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 46.

²³ Il concetto di dignità umana e del differente significato ad essa ascrivibile è stato oggetto di una acuta analisi da parte di D. Beylveled e R. Brownsword (*Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001), i quali hanno spiegato le accezioni di *dignity as empowerment* e di *dignity as constraint* come nozioni in contrasto tra loro e dai diversi effetti.

scendono conseguenze notevoli in ordine agli esiti ed alle applicazioni pratiche del principio.

La tesi che occupa un lato del campo è quella per cui la dignità è un concetto inerente all'essere umano, dalla quale derivano – collegandosi ad essa in una relazione di dipendenza logica – tutti i diritti fondamentali dell'individuo. In questa accezione del termine, quindi, può senz'altro sostenersi che “human dignity is the rock on which the superstructure of human rights is built”²⁴, nel senso che essa è il principio in assenza del quale non si potrebbe nemmeno parlare di ulteriori facoltà o pretese le quali, prive di quel presupposto, rimarrebbero carenti di significato e sganciate da quel soggetto che, pure, dovrebbero garantire. La dignità costituisce, dunque, il sostrato sul quale si edifica la personalità di ogni (e di ciascun) essere umano e, in tale significato, diviene strumento di rafforzamento (*empowerment*) dell'individuo nei confronti di qualsiasi potenziale interferenza esterna che sia perturbatrice delle prerogative che gli sono proprie²⁵ ed alle quali è dovuta una necessaria ed inderogabile considerazione: prerogative, queste ultime, che si esercitano attraverso la capacità di libera autodeterminazione la quale, quindi, è il nucleo fondante ed il significato più profondo del concetto stesso di dignità che si esplicita (a) nel diritto ad ottenere rispetto in quanto essere umano, da parte di ogni altro essere umano; (b) nel diritto, di segno negativo, a non subire interventi indebiti nella propria sfera personale; (c) nel diritto, di segno affermativo, ad essere posto nelle migliori condizioni perché possa svilupparsi la propria personalità²⁶.

Una volta esplicitati questi presupposti, è agevole dedurre come la dignità – intesa come valore che segna la peculiare individualità di ciascun essere umano – svolga una funzione di conferimento alla persona della potestà di autodeterminarsi, anche e soprattutto nei confronti di ogni ingerenza esterna (da parte di

²⁴ D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 13.

²⁵ La tragica esperienza della seconda guerra mondiale, con i più orrendi abusi perpetrati a danno della dignità umana, ha condotto alla fondazione di un apparato normativo – sia a livello nazionale, con le moderne Costituzioni, sia a livello sovrastatale con le Carte dei diritti – a tutela di ogni individuo in quanto tale, senza alcuna distinzione che, a fronte del principio inderogabile di pari dignità, risulterebbe artificiosa ed in alcun modo sostenibile. In altri termini, “intrinsic human dignity is a seminal idea that acts as the background justification for the recognition of human rights and as the source of the fundamental freedoms to which all humans (*qua* humans) are entitled. In this context, human dignity as empowerment (specifically, the empowerment that comes with the right to respect for one's dignity as a human, and the right to the conditions in which human dignity can flourish) is the ruling conception” (D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 11). In sintesi, allora, il concepire la dignità come conferimento del potere di autodeterminazione dell'individuo a fronte di potenziali ingerenze esterne è una concezione che nasce come reazione alle atrocità di cui furono impregnati gli eventi connessi alla seconda guerra mondiale, connotati dall'insignificante valore assegnato alla persona.

²⁶ Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 15.

poteri pubblici o dai privati) nelle scelte che riguardano il soggetto, il quale rimane privo di qualsiasi vincolo alla propria autonomia su sé stesso²⁷. In sintesi, allora, può dirsi che il principio opera in questo senso come garanzia, di cui ognuno gode, di poter esprimere una volontà circa le decisioni che lo riguardano, senza che alcuno possa intervenire in senso difforme ad essa o limitarla per esigenze diverse da quelle di pubblico interesse²⁸.

In contrapposizione con la teorica appena descritta si trova una ulteriore accezione del termine secondo la quale, come per la precedente, la dignità è un principio che costituisce l'indefettibile presupposto di ogni diritto fondamentale: con la differenza, tuttavia, che essa non è propria esclusivamente di ciascuna persona ma, trascendendo il singolo, appartiene all'intero genere umano. Ciò significa che "la dignità umana si riflette nella dignità sociale, ove si ritenesse che la prima riguardi l'individuo in sé e per sé e l'altra riguardi la sua collocazione nell'aggregato sociale, e la seconda si riflette sulla prima, in quanto la dignità in sé e per sé non sarebbe apprezzabile perché interpreterebbe l'individuo come una monade"²⁹. In altri termini, il principio in questione – proprio perché informa di sé il consorzio umano inteso non come somma di specifiche personalità, ma come entità collettiva e sovraordinata ai singoli – non si risolve nell'autodeterminazione del soggetto di cui il principio medesimo (secondo l'accezione in precedenza descritta) costituirebbe il presupposto, rappresentando, invece, una sorta di valore meta-individuale al quale ognuno non può sottrarsi attraverso l'esercizio di decisioni autonome, che rischierebbero di alterare interessi di natura sociale e, per questa ragione, non disponibili.

La dignità, intesa secondo questa nuova accezione, "should be driven not by the vagaries of individual choice, but by a shared vision of human dignity that reaches beyond individuals"³⁰: ciò significa, quindi, che se la dignità stes-

²⁷ Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, pp. 16 e 23.

²⁸ Non pare del tutto fondato il rilievo, operato dai medesimi autori, secondo cui l'equivalenza tra il principio di dignità e quello di autodeterminazione – sottostante alla teorica adesso riferita – comporterebbe una limitazione del riconoscimento della dignità stessa soltanto in favore di coloro che godono della capacità di compiere scelte autonome, con la conseguente esclusione dalla portata del principio di coloro che, per varie ragioni, non hanno tale attitudine (*op. cit.*, p. 23). In realtà, la dignità deve essere più correttamente intesa come libertà di esprimere il proprio volere in ordine a sé stessi in senso potenziale, invece che rimanendo avvinti ad una effettiva capacità decisionale che può essere limitata, anche per questioni contingenti, per differenti ragioni. In altre parole, il principio consiste nell'identificare la dignità umana con il divieto di assumere deliberazioni in ordine ad un individuo – capace o meno di autodeterminarsi – in assenza di una sua decisione o in maniera contraria ad essa, salvo che le medesime deliberazioni non corrispondano all'interesse ed al benessere oggettivo di una persona in quel momento impossibilitata a formulare una volontà cosciente e consapevole.

²⁹ G. Alpa, *op. cit.*, p. 416.

³⁰ D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 29.

sa è concepita come uno dei valori fondanti dell'intera società, le scelte compiute dal singolo – se dettate dalle esigenze individuali e se incidenti sull'interesse dell'intera collettività – non possono ricevere alcuna considerazione o tutela, in quanto contrarie ad un ordine pubblico costituito e condiviso dalla comunità di riferimento³¹. La conseguenza più diretta di un siffatto mutamento di prospettiva “consiste nel netto scivolamento da una concezione della dignità come fonte di diritti ad una della dignità come fonte di obblighi, gravanti in capo allo stesso titolare della garanzia e consistenti specificamente nel dovere di non contraddire con la propria azione la dignità di tutti gli appartenenti alla specie umana”³².

Una dimostrazione plastica e concreta del principio ora enunciato è offerta da una vicenda che ebbe luogo in Francia, intorno alla metà degli anni novanta del secolo scorso. Un tale, di nome Manuel Wackenheim, era affetto da nanismo e, insieme con una società che si occupava di intrattenimento nelle discoteche, aveva ideato «il gioco dei nani»: questa attività consisteva nel far sì che gli avventori del locale ove Wackenheim si esibiva potessero afferrare costui e, quindi, lanciarlo quanto più lontano possibile, sopra dei materassi ben imbottiti. L'impiego procurò allo stesso Wackenheim una certa notorietà (dato che questi era regolarmente ospite in numerosi programmi televisivi di approfondimento e costume) e consistenti compensi. Il gioco, tuttavia, dovette cessare quando il *Conseil d'État* – nel giudizio di impugnazione di alcune delibere amministrative, adottate da un paio di Comuni che vietavano lo svolgimento del *jeu de nains* perché ritenuto contrario all'*ordre public* – proibì la manifestazione, asserendo come questa fosse antitetica all'inderogabile concetto per il quale la salvaguardia della dignità umana (nella specie rilevante quale componente dell'ordine pubblico) è principio assoluto che non tollera limitazioni neanche ad opera del suo stesso titolare³³. L'esito ultimo della de-

³¹ Una chiara descrizione del fenomeno è compiuta da V. Scalisi (*Per uno statuto normativo della dignità della persona*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, Vol. II., p. 1855), il quale osserva che, in una situazione di “diffuso relativismo etico e un vero e proprio politeismo di valori (...) il principio di dignità vuole essere fondativo di un ordine giuridico nuovo, di un principio assiale al quale attingere il finale criterio di valutazione della legittimità di ogni manifestazione dell'agire privato, di ogni iniziativa dei pubblici poteri, di ogni esito interpretativo, dello stesso diritto positivo”.

³² G. Resta, *La dignità*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 266.

³³ *Conseil d'État* 27 oct. 1995, n° 136727, req. n° 136-727 (Commune de Morsang-sur-Orge) e req. n. 143-578 (Ville d'Aix-en-Provence), in *Les petites affiches*, 1996, 11, p. 28 con nota di M.C. Rouault, *L'interdiction par un maire de l'attraction dite de «lancer de nain»*. Cfr., anche, O. Cayla, *Jeux de nains, jeux de vilains*, in G. Lebreton (a cura di), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, Paris, 1998, p. 149 ss.; J-P. Théron, *Dignité et libertés: propos sur une jurisprudence contestable*, in AA.VV., *Pouvoir et liberté: études offertes à Jacques*

cisione consistette, quindi, nella perdita del lavoro (insieme ai cospicui guadagni ed alla celebrità dipendenti dal lavoro stesso) nel quale era impiegato il nano, in nome di una accezione della dignità interpretata come valore sovraordinato alle scelte del singolo, in quanto elemento connotativo dell'intero umano consorzio.

La questione posta da un siffatto modo di intendere il principio richiede alcune riflessioni, anche in vista della possibile declinazione della dignità medesima quale elemento fondativo dell'autodeterminazione sottesa alle decisioni in tema di trattamenti sanitari ed alle scelte relative al termine della vita.

Il punto di partenza del ragionamento risiede nella distinzione – di cui si è già dato conto – fondata sull'intendere il concetto quale presidio dell'autonomia volitiva dell'uomo (*dignity as empowerment*), ovvero quale fonte di “una serie di interdizioni e divieti non suscettibili di essere derogati neanche attraverso il consenso del titolare della garanzia, data la valenza tipicamente meta-individuale dei valori coinvolti”³⁴ (*dignity as constraint*). Il significato di questa classificazione ideologica rimane uguale se questa è riformulata identificando la dignità, per un verso, come origine dei diritti che l'individuo in quanto tale vanta nei confronti della società ovvero, per altro verso, come fondamento delle pretese che il consorzio umano – inteso come entità astratta – può esercitare nei riguardi di ogni suo singolo componente, obbligato dalla sua stessa natura a determinati atteggiamenti che non offendano il gruppo sociale di appartenenza³⁵. In sintesi, quindi, la distinzione è tracciata usando come discriminine la rilevanza dei comportamenti dell'individuo che attengono la propria sfera personale, a seconda che ad essi si attribuisca una efficacia soltanto interna all'agente, ovvero si opini che questi possano avere una incidenza sugli interessi di tutti i consociati collettivamente considerati: con il conseguente divieto, in quest'ultimo caso, posto alle condotte contrarie a quel sentire comune che permette di differenziare ciò che è «dignitoso» da ciò che non lo è.

Le osservazioni critiche nei confronti di entrambe le accezioni del termine sono di semplice formulazione. L'adesione al primo dei due significati descritti (l'esaltazione dell'autonomia volitiva) potrebbe condurre, infatti, ad una visione solipsistica del soggetto, riguardato quasi come una sorta di monade in-

Mourgeon, Bruxelles, p. 295 ss.; G. Lebreton, *Ordre public, ordre moral et lancer de nain*, in Dalloz, 1996, p. 177 ss.; H. Thomas, *Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social*, in *Raisons Politique*, 2002, p. 37 ss.

³⁴ G. Resta, *op. cit.*, p. 268.

³⁵ Secondo T. Pech (*La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation*, in *Éthique publique*, 2001, vol. 3, n. 2, p. 18), “la dignité humaine est un étroit chemin de crête entre deux précipices: celui de l'individu-roi, d'un côté, et celui d'une religion de la personne humaine qui menace d'asphyxier l'individu, de l'autre”.

teramente dedita alla coltivazione dei propri interessi in una completa indifferenza per il vivere in comune³⁶. Rischio, questo, che è comunque temperato dai doveri di solidarietà (dei quali, ad esempio, è espressione l'art. 2 Cost.) che, in ogni caso, impongono un inderogabile rispetto delle esigenze e dei diritti di ogni altro individuo, considerato come unità e come componente di formazioni sociali. Ciò significa, in altri termini, che le scelte compiute da ciascuno incontrano l'unico limite posto dall'elementare principio di coesistenza pacifica delle libertà individuali³⁷ senza che, quindi, le scelte medesime possano essere sindacate (anzi, con la necessità di difenderle) quando attengono alla determinazione di sé stesso e da esse non discenda alcuna incidenza negativa *diretta* nella sfera di interessi di ogni altro partecipante al consorzio umano. In sintesi, allora, l'autonomia decisionale di una persona su di sé dovrebbe essere coerente esclusivamente a ciò che l'agente ritiene soggettivamente utile e decoroso per sé medesimo e – proprio in funzione di quella libertà che sta a fondamento del concetto di dignità – dovrebbe essere difesa e tutelata fin quando essa non leda la libertà altrui: “altro è il comportamento che reca danno *anche* ad altri, altro è quello dannoso solo per chi lo compie”³⁸.

L'ulteriore senso in cui può essere inteso il concetto (la dignità come un limite alle scelte del singolo, a tutela di un interesse super-individuale dell'intera collettività genericamente considerata) è affetto, a sua volta, da difficoltà e dubbi di non poco momento. Posto, infatti, che il fondamento di questa teorica risiede nella circostanza per cui i comportamenti umani dovrebbero essere tali da risultare sempre aderenti a valori meta-individuali e, per questa ragione, essere soggetti a divieti non suscettibili di deroga nemmeno con il consenso del titolare – singolarmente osservato – delle garanzie di cui i valori stessi sono a presidio, la questione consiste nella complessità di individuazione e di definizione di quello che dovrebbe essere il contenuto condiviso di essi. Il modello attuale di società pluralista, all'interno della quale esistono principi considerati tutti egualmente primari e non riducibili uno all'altro, rende particolarmente complicata, infatti, una enunciazione univoca del significato dei principi medesimi³⁹; con la conseguente difficoltà di orientamento nel tentativo di rintracciare uno schema ideale di dignità umana al quale conformare la condotta, senza che ciò comporti il pericolo di una inaccettabile sovrapposizione di un pensiero dominante su altre accezioni del tema più deboli, in quanto proprie di classi di individui numericamente più esigue.

³⁶ Cfr. G. Cricenti, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009, p. 26.

³⁷ Cfr. M. Métayer, *La philosophie éthique: enjeux et débats actuels*, Montréal, 1997, p. 42 ss.

³⁸ G. Cricenti, *op. cit.*, p. 32. Il corsivo è dell'Autore.

³⁹ Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 45.

Un altro rischio insito nel concetto di *dignity as constraint* risiede nell'identificazione di quel soggetto astratto (la collettività umana) che, in quanto beneficiario del valore della dignità, risulterebbe leso da una azione del singolo individuo il quale – attraverso un proprio atto di autodeterminazione contrario alla nozione dominante della dignità medesima – arreca un danno non soltanto a sé stesso, ma anche alla comunità intera. La questione è acutamente indicata e descritta da Cricenti, secondo cui “chi eleva l'Umanità (o altra astratta entità) a soggetto danneggiato dalla condotta, rivolta invece esclusivamente verso di sé, si autoproclama interprete e tutore di un ordine simbolico e trascendente che identifica con l'Umanità stessa”⁴⁰. In altri termini, nel momento in cui la dignità (o qualsiasi altro valore) è identificata come un bene di natura collettiva che può essere leso da una azione compiuta da un soggetto su di sé, ciò si traduce nel divieto di autodeterminazione del singolo individuo, quando le scelte operate da costui collidono con quelle effettuate da coloro che, in un dato momento storico, sono in maggioranza nel convenire su un principio da essi stessi definito universale e, perciò, intangibile⁴¹. La finzione risiede, quindi, nell'enunciare come unanimemente condiviso (e, dunque, indisponibile) un concetto il quale, invece, non è accettato come proprio da chi pone in essere delle azioni contrarie ad esso, con la conseguente imposizione di un pensiero dominante⁴² su chi, in definitiva, si trova costretto a subire una altrui decisione che ha effetti su quell'insieme di interessi che costituiscono la sfera personale di ogni individuo.

Il paradosso di questo modo di concepire la dignità consiste, quindi, nel volersi evitare che la determinazione con cui un soggetto dispone di sé stesso danneggi, in via riflessa, tutti coloro che appartengono alla categoria astratta di cui fa parte l'agente: risultato, quest'ultimo, ottenuto attraverso la compressione della libertà individuale del singolo consociato di decidere e porre in essere ciò che egli reputi più confacente ai propri interessi, sulla scorta di

⁴⁰ G. Cricenti, *op. cit.*, p. 33.

⁴¹ Ciò che potrebbe bene essere definito come «tirannia della dignità» è descritto lucidamente da M.R. Marella (*Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, p. 75), secondo la quale la dignità stessa, quando è intesa come limite, “rispecchia l'identità dominante all'interno di un gruppo o di una comunità e così facendo tende a tutelare un modello di «rispettabilità» contro individualità e/o comportamenti «devianti» (...). Tutto ciò che non è in linea con il modello della dignità è automaticamente fonte di stigma e tutto ciò che mette in discussione l'immagine prevalente – e rispettabile – che il gruppo intende offrire di sé stesso, dev'essere represso o nascosto. La dignità mostra così di avere un lato oscuro, la vergogna, e la vergogna finisce paradossalmente con l'essere coinvolta nel medesimo processo di giuridificazione”.

⁴² Cfr. S. Rodotà (*La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, p. 27 ss.), secondo il quale la dignità, se intesa come verità assiomatica, rischia di diventare “l'indebito strumento di un inammissibile e oppressivo superiore ordine morale”.

una sottintesa gerarchia per cui l'*universale* prevale sul *particolare*. In buona sostanza, si scongiura un'offesa *indiretta* ad una collettività indistinta di persone, mediante l'inflizione di un danno arrecato in via *diretta* a chi – attraverso un comportamento libero, cosciente e deliberato⁴³, ma contrario al comune sentire – vorrebbe sottrarsi (senza, per questo, violare alcuna norma di diritto positivo) ad un concetto di dignità etero-imposto la quale, invece che presupposto di libertà personale, diviene così un obbligo a cui occorre sottostare⁴⁴. In questo senso, il *jeu de nains* è un esempio paradigmatico.

Le considerazioni adesso svolte dimostrano l'inadeguatezza del modo di intendere la dignità quale strumento di ostacolo all'autonomia individuale – consistente in un limite posto alle scelte che incidono sul rapporto che l'uomo ha con sé stesso – in nome di un rispetto dovuto a ciò che una maggioranza di persone decide essere il contenuto necessario ed inderogabile del principio medesimo⁴⁵. Opzione ermeneutica, quest'ultima, che se praticata avrebbe come esito necessario la mortificazione della libertà del soggetto di decidere in merito alla propria sfera di interessi: la quale libertà invece – se esercitata in maniera consapevole e priva di costrizioni e senza che ciò comporti un danno diretto ad altri individui – costituisce il fondamento stesso del concetto di dignità umana e, al contempo, ciò che quel valore deve garantire⁴⁶.

⁴³ L'assenza di costrizioni e la consapevolezza circa gli effetti del proprio agire costituiscono il migliore antidoto contro la possibilità – la quale è il presupposto implicito della teoria della dignità come limite all'agire umano – che le decisioni individuali possano comportare la reificazione della persona, attraverso il compimento di scelte che ne degradino l'umanità. Il libero arbitrio – quando è esercitato in mancanza di coercizioni che, se presenti, indirizzerebbero i comportamenti verso strade obbligate estranee alla reale volontà dell'agente – è il principio che consente l'identificazione tra la dignità e l'autodeterminazione, quali elementi costituenti dell'identità della persona (cfr. P. Zatti, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, p. 46. Cfr., anche, T. Pasquino, *op. cit.*, p. 50, secondo la quale “il concetto di dignità della persona indica una predisposizione dell'uomo ad improntare la propria condizione esistenziale verso la costruzione di una propria identità”).

⁴⁴ Secondo G. Cricenti (*op. cit.*, p. 35), intendere la dignità come un obbligo di natura generale al quale bisogna piegare le proprie istanze individuali “comporta che l'individuo non appartiene a sé stesso, ma appartiene alla sua natura, come a qualcosa che lo trascende (...) Attraverso un tale concetto di dignità si fornisce lo strumento per combattere l'idea di sovranità individuale (o di autodeterminazione individuale), controllando e sorvegliando il rapporto che il soggetto intrattiene con sé stesso”.

⁴⁵ Cfr. V. Scalisi (*op. cit.*, p. 1863): “Un punto deve restare in ogni caso chiaro e cioè che in nessun caso dev'essere consentito di ancorare il principio e la sua operatività a un necessario consenso sociale (...) come pure a modelli valoriali dominanti che mortificherebbero il pluralismo e la diversità”.

⁴⁶ “La dignità è il presidio dell'autonomia in quanto fonte di un corredo di diritti che accompagnano la persona: è il fondamento che dà forza all'autonomia individuale” (P. Zatti, *Maschere del diritto, volti della vita*, cit., p. 45).

In conclusione, allora, è del tutto chiaro come l'unica interpretazione del termine coerente con l'attitudine di ogni uomo di potersi determinare con autonomia, in relazione alle scelte che riguardano il proprio corpo e la propria salute, è quella di *dignity as empowerment*. La dignità, infatti, in questo senso coincide perfettamente con la facoltà piena dell'individuo di assumere ogni decisione su sé stesso, con la garanzia che nessun potere sociale interferisca sulla decisione medesima in nome di un astratto interesse collettivo sovraordinato a quello del singolo⁴⁷. In questo scenario, naturalmente, gioca un ruolo essenziale – oltre alla capacità volitiva – la piena coscienza del soggetto agente in merito agli effetti che discendono (anche soltanto in maniera potenziale) dalla sua volontà⁴⁸: consapevolezza, questa, che può essere raggiunta soltanto attraverso una informazione completa in ordine alle circostanze del caso specifico, resa in modo tale da porre il soggetto medesimo nelle condizioni ideali per compiere ogni scelta destinata ad incidere sulla propria sfera personale.

4. La natura giuridica del consenso al trattamento sanitario

Quanto adesso esposto permette di giungere ad una semplice conclusione: il valore dell'umana dignità si identifica con la facoltà, di cui gode ciascuno, di assumere ogni decisione sulla propria salute, senza che chiunque altro possa sovrapporre alle scelte compiute una differente determinazione. L'individuo, quindi, partecipa con il medico all'organizzazione di un piano terapeutico, attraverso l'espressione di una volontà che, per volgersi utilmente al suo scopo, deve essere preceduta da una piena cognizione di tutti gli elementi suscettibili – anche in via potenziale – di incidere sulle sue scelte e che, al contempo, deve mancare di qualsiasi condizionamento o carenza di capacità decisoria.

Rimane adesso da scandagliare la natura di quel consenso e precisarne le caratteristiche, considerando lo specifico ambito (il modo di affrontare una malattia in atto, ovvero un eventuale futuro stato patologico) in cui esso è prestato, ontologicamente parecchio distante dal contesto tradizionale in cui si è

⁴⁷ Secondo la condivisibile opinione di G. Marini (*op. cit.*, p. 378), “una volta posto al centro il problema delle scelte esistenziali che coinvolgono la propria identità, è la dignità che giustifica la reazione nei confronti di tutti gli interventi che comprimono ed impongono una determinata identità all'individuo e sostiene l'autonomia individuale”.

⁴⁸ In questo senso, G. Piepoli (*Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 49), secondo il quale la dignità “definisce semplicemente l'attitudine del soggetto sovrano e libero ad autodeterminarsi in funzione dei fini che egli stesso si è dato. Ed in questa prospettiva, al rifiuto di una gerarchia di valori oggettivi ed imposti dall'esterno si accompagna la garanzia di una eguale libertà di tutti i soggetti dell'ordinamento, nonché il riconoscimento in ogni individuo della qualità di soggetto razionale, capace di azioni conseguenti”.

svilupata la teorica della volontà quale fondamento dell'autonomia privata⁴⁹. In altri termini, occorre una particolare attenzione nell'esame dei requisiti della volontà stessa, se esercitata in materie che attengono in maniera stretta alla propria identità personale, tenendo ben presente come il volere sottostante alle scelte esistenziali debba essere valutato secondo parametri (ad esempio, la capacità o vizi del consenso) che potrebbero anche differire rispetto a quelli inerenti alla circolazione dei beni.

Una volta operata questa necessaria premessa, appare opportuno distinguere preliminarmente le fattispecie, a seconda che le decisioni riguardino la predisposizione di un piano terapeutico relativo ad un rapporto di cura già instaurato tra medico e paziente, ovvero che il volere sia espresso da una persona attualmente sana, al fine di manifestare il proprio intendimento – con efficacia impegnativa per i terzi – circa il trattamento sanitario al quale essere sottoposto nell'ipotesi di una futura patologia, che sia tale da privare il disponente della capacità di intendere e volere. Nel primo caso, infatti, la volontà è contemporanea alla malattia e produttiva di effetti destinati ad incidere con certezza nella sfera personale del paziente, anche in relazione a quanto è proposto a costui dai medici ed in seguito ad una consapevolezza acquisita attraverso l'aver ottenuto una serie di informazioni inerenti, in maniera specifica, alla patologia in essere. Nella seconda ipotesi, invece, le statuizioni sono deliberate in vista di una ipotetica futura malattia – di cui, al momento in cui sono compiute le scelte, non si conosce la natura ed i possibili esiti – al fine di sopperire con una decisione assunta in anticipo ad una eventuale incapacità di autodeterminarsi che dovesse successivamente intervenire.

Sulla scorta di questo discrimine, una attenta dottrina⁵⁰ si è utilmente esercitata nell'individuare la natura giuridica del volere rilevando come, nell'ambito di un rapporto terapeutico riferito ad uno stato patologico già esistente, la volontà del paziente assume la fisionomia dell'atto in senso stretto: dopo che essa, infatti, si sia correttamente formata e sia stata resa esplicita, produce degli effetti predeterminati la cui attuazione prescinde dal volere del dispo-

⁴⁹Secondo S. Rodotà (*Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, cit., p. 211), “consenso nelle transazioni economiche e autodeterminazione nel governo del corpo sono categorie irriducibili l'una all'altra (...). Basta questo per rendersi conto della improprietà dei tentativi di adoperare quei riferimenti e quelle categorie giuridiche per delineare il quadro istituzionale in cui si colloca il diritto all'autodeterminazione, che riguarda la vita, per sé irriducibile alla logica del mercato e che deve piuttosto essere riferito al tema della personalità”. La questione è affrontata in termini differenti – e maggiormente convincenti – da C. Castronovo (*Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2009, p. 100 ss.), che ha svolto una raffinata analisi (alla quale si rinvia, con convinta adesione) dell'estensione della categoria del negozio giuridico alla regolamentazione degli assetti di interessi di natura personale, tra i quali assume valore emblematico proprio il consenso informato al trattamento sanitario.

⁵⁰Cfr. T. Pasquino, *op. cit.*, p. 74 ss.

nente. In sintesi, quindi, l'ammalato ha una piena autonomia deliberativa nel risolversi in ordine al consenso od al rifiuto dei trattamenti sanitari ma, una volta assunta la decisione, si trova a doverne subire le conseguenze che si producono senza che l'ammalato medesimo possa stabilirne il contenuto⁵¹.

La natura giuridica della volontà del disponente sarebbe di segno differente, invece, nella seconda delle fattispecie sopra richiamate: quando, cioè, essa è indirizzata a stabilire in anticipo le modalità di intervento sanitario nell'ipotesi in cui il disponente stesso dovesse essere affetto, in futuro, da uno stato patologico tale da impedirgli di esprimere un volere attuale. In questo caso, infatti, "le direttive anticipate potrebbero esplicare tutta la loro potenziale funzione di atto di autonomia, preordinato (...) a dettare la regola dispositiva volta ad incidere sugli effetti che l'atto è finalizzato a produrre"⁵². La natura programmatica del volere, quindi, è tale da rinviare alla categoria giuridica del negozio che, come è noto, è consustanziale al potere del soggetto agente di esprimere una determinata volontà e di pianificare, al contempo, un assetto di interessi dipendenti dalla volontà medesima, con effetti (auto- e/o etero-) regolamentari vincolanti.

Una volta operata questa distinzione di massima – per la quale il consenso (o il diniego) alle terapie relative ad una malattia in corso avrebbe la natura dell'atto giuridico, mentre la pianificazione degli interventi sanitari in vista di una ventura ed eventuale patologia assumerebbe i caratteri del negozio giuridico⁵³ – occorre valutarne la coerenza con le disposizioni di cui alla legge n. 219/2017.

⁵¹ "In virtù di tale impostazione concettuale, sembra possibile ritenere che le direttive sui trattamenti sanitari, come dichiarazioni di volontà, possano valere nel contesto del rapporto medico-paziente per ciò che esse sono: atti umani, volontari e consapevoli, i cui effetti sono già stabiliti dalle legge" (T. Pasquino, *op. cit.*, p. 82). La medesima conclusione è stata raggiunta da S. Stefanelli (*Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011, p. 93 ss.), secondo la quale "il consenso si innesta in un rapporto esistente, le cui regole di funzionamento si rinvengono essenzialmente in un atto di autonomia privata, rappresentato dal contratto concluso in precedenza dal malato con il medico e con la struttura sanitaria. La sua funzione è in questa ipotesi quella di consentire la produzione di effetti giuridicamente predeterminati (da norme autonome), eliminando una situazione impeditiva al compimento della prestazione medica: questa funzione è propria dell'atto in senso stretto".

⁵² T. Pasquino, *op. cit.*, p. 84.

⁵³ La letteratura in merito alle categorie dell'atto e del negozio giuridico è tanto vasta da superare di parecchio i limiti imposti dal contenuto e dalle finalità del presente scritto. Soltanto in chiave rappresentativa si richiamano V. Trimarchi, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940; F. Santoro Passarelli, *Atto giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960; G. Criscuoli, *Atti giuridici e vizi della volontà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, p. 767 ss.; V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998; F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002; R. Sacco, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005 (al quale si rinvia anche per la completezza delle note bibliografiche sul tema); R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, rist. 2008.

Il perno attorno al quale occorre condurre l'indagine è costituito dalla volontà del disponente, tanto nel caso in cui essa sia declinata nelle forme di adesione (o di rifiuto) ad un trattamento medico attuale, quanto come determinazione preventiva del comportamento dei professionisti sanitari nell'ipotesi in cui, in un ipotetico futuro, il disponente stesso non fosse più in condizione di esprimere un proposito in maniera cosciente. Centralità del volere, questa, che discende dall'aver identificato – nei paragrafi che precedono – il concreto esercizio del diritto alla salute con la possibilità di modellare le decisioni a riguardo del modo di gestire una patologia, nel senso più aderente a ciò che ognuno considera per sé stesso opportuno e confacente ai propri bisogni materiali e spirituali; diritto che, a sua volta, è espressione immediata del più ampio principio per cui è la stessa dignità umana a coincidere con l'autonomia decisionale dell'individuo in ordine a sé medesimo⁵⁴.

Il fuoco dell'attenzione si concentra, dunque, sul ruolo della volontà nelle scelte relative alle cure, con riferimento particolare all'ipotesi in cui essa si espliciti per le determinazioni rese necessarie da una malattia attuale. Si è detto, poco sopra, che in questo caso le deliberazioni individuali avrebbero ad oggetto esclusivamente l'alternativa tra il sottoporsi o meno alle terapie, con una serie di effetti – derivati dalla scelta compiuta – del tutto immuni dalla possibilità di intervento del disponente sul loro contenuto. Tale circostanza, allora, per un verso conduce all'inquadramento della fattispecie nella categoria dell'atto giuridico; per altro verso, rinvia ad una concezione del rapporto tra medico e paziente che costringe la volontà di quest'ultimo entro gli angusti limiti dell'atto autorizzativo, utile soltanto a scongiurare l'antigiuridicità dell'intervento sanitario senza, al contempo, lasciare alcun margine al potere di controllo, circa il sé, di un'attività devoluta ad altri, basata su di una mera discrezionalità tecnica⁵⁵.

Una considerazione siffatta, tuttavia, si contrappone in un rapporto di anti-

⁵⁴ C. Casonato (*Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'Aloia [a cura di], *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012, p. 523 ss.) opera una condivisibile scissione, all'interno del rapporto tra medico e paziente, tra un momento tecnico (che si sostanzia in tutte quelle informazioni che il sanitario fornisce all'infermo, in relazione a tutte le circostanze che accompagnano la proposta terapeutica) ed uno morale, all'interno del quale si forma la deliberazione che conduce alle scelte del paziente stesso. In altri termini, la decisione "consiste in un giudizio di coerenza della proposta medica con la propria struttura morale, con la rappresentazione della propria umanità, con l'immagine che si ha di sé e con il ricordo che si vuole lasciare: in una parola, – se si vuole – con l'idea che si ha della propria dignità. In questa fase, non sono percentuali e statistiche a dettare la scelta ma significati di senso e giudizi di valore riferiti ad una parte cruciale della propria esistenza quale quella finale. Pare quindi logico che (...) sia la natura morale della scelta da adottare a imporre la prevalenza della volontà della persona (agente morale, appunto) cui il trattamento è rivolto".

⁵⁵ Cfr. C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., p. 103.