

Ricerche di Diritto comparato

Collana a cura di Mario Serio

Nuova serie

GIUSEPPE GIAIMO

LA VOLONTÀ E IL CORPO

Seconda edizione riveduta e ampliata



G. Giappichelli Editore



Presentazione



Il panorama scientifico suole offrire all'attenzione degli studiosi opere che, sin dal momento della loro originaria elaborazione, vengono concepite e pensate come naturalmente predittive di loro rinnovate edizioni. Plurime possono essere le ragioni di questa proiezione futura: la speciale affezione dell'autore al tema, la sua robusta esplorazione di esso, le prevedibili e cangianti modificazioni dell'assetto normativo, l'evoluzione dei formanti dell'istituto oggetto dell'indagine. Tutte queste ragioni felicemente concorrono nella scelta di Giuseppe Giaimo di dar vita, a distanza solo di pochi anni dalla prima pubblicazione, ad una nuova edizione del suo prezioso lavoro, dedicato ad una materia il cui continuo rimodellamento è efficacemente testimoniato nelle pagine che seguono. Ma al fondo del nuovo impegno dell'Autore giace una tensione molto più profonda ed esemplare che bene lo spiega, lo illustra e lo sorregge, una tensione che in sostanza connota l'intera attività scientifica di Giuseppe Giaimo. Si tratta della rete di indistinzione, o quanto meno di compenetrazione, che aleggia nel suo pensiero tra profili propriamente giuridici e riflessi sociali ed etici del tema che costituisce l'epicentro della ricerca. Esito del tutto connaturale in un territorio, come quello della bioetica, in cui l'intreccio tra la dimensione regolamentare, giurisprudenziale e dottrinarie e la ricaduta sui destini individuali ed esistenziali è in sé ineliminabile, perché la lingua parlante, alla quale devono adattarsi in pari misura decisori ed osservatori, non può che essere quella della dignità della vita umana. In questo percorso si inserisce con pienezza di titolo questa nuova, incrementata edizione, da cui promana l'ansia di coordinamento ad unità concettuale ed esperienziale della molteplicità delle suggestioni connesse al tema. L'ampliata portata del volume, il suo arricchimento con i rinnovati contributi degli attori della complessa e travagliata vicenda del rapporto tra sfera volitiva e deterministica da un canto e sofferenza fisica e psichica individuale e familiare dall'altro, l'analisi critica della giurisprudenza costituzionale, il vigile sguardo sulle innovazioni possibili di disciplina qualificano l'edizione che si presenta come un apprezzabile raffinamento della precedente, che senza quella attuale avrebbe potuto correre l'immeritato rischio dell'isterilimento.

C'è un aspetto essenziale del libro da sottolineare vigorosamente in conclusione che ne legittima il nuovo inserimento in una collana di studi di diritto comparato: la finezza del metodo di indagine, la vastità del dato conoscitivo, l'armonico raffronto tra l'ordinamento italiano e quello inglese che solo la maturità nel governo del metodo ha potuto creare.

Palermo, giugno 2022

Il Curatore



Prefazione



L'opera che Giuseppe Giaimo affida al lettore in questa seconda edizione ampliata – che appare a breve distanza dalla prima edizione del 2019, a testimonianza del successo dell'opera – è, al tempo stesso, ricerca giuridica di frontiera, riflessione sulla condizione umana, e indagine acuta intorno 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 misurava fin dalla prima edizione 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 sottolineava in primo luogo l'espandersi dell'autodeterminazione nelle decisioni delle persone sulla propria salute e sulla propria vita.

In Italia, la legge n. 2019/2017, 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, offrivano 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 di 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 e con il suo – solo apparente – distacco, raccontano 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.

Le più recenti vicende italiane e straniere vengono ora trattate in questo lucido volume, ove si fa il punto sulla proposta di legge italiana in tema di morte volontaria medicalmente assistita, con utili rilievi critici, e che approfondisce ulteriormente in modo esemplare il tema della donazione di organi e della procreazione medicalmente assistita, in relazione alla quale si registrano nuovi interventi giudiziari, tanto ricchi di interesse, quanto forieri di discussioni. In essi si confrontano diverse filosofie e approcci, su cui è necessario continuare a meditare.

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 alla I edizione



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



Introduzione alla II edizione



La relazione tra la persona e il suo corpo, posta sotto la lente del diritto, è materia destinata a un continuo lavoro, che non permette il sedimentare, con il trascorrere del tempo, di idee e regole. Le istanze dell'individuo in merito al proprio sé fisico, incrementate dall'ininterrotto progredire delle possibilità concesse dalla scienza medica, pongono questioni alle quali è necessario fornire tempestive risposte, nonostante la comprensibile sensazione di disorientamento che potrebbe cogliere chi è chiamato (legislatore o giudice che sia) al difficile compito di regolamentare comportamenti che – a fronte degli interessi coinvolti – non possono essere lasciati all'arbitrio del singolo ma che necessitano, invece, di una cornice di riferimento uniforme.

Queste brevi osservazioni in forma di premessa spiegano bene la necessità di rimettere mano, dopo appena un triennio, a un volume dedicato al rapporto tra la volontà e il corpo, quale proiezione materiale – e insieme supporto – della personalità di ciascun essere umano. La completa revisione dei capitoli della prima edizione è accompagnata, quindi, da nuovi contenuti ispirati sia alle consistenti novità (legislative e giurisprudenziali) intercorse nel frattempo, sia a riflessioni condotte in chiave prospettica cercando di individuare e offrire al dibattito potenziali sviluppi futuri. Alcuni elementi sono, invece, rimasti inalterati. Tra questi, l'uso del metodo comparatistico, particolarmente proficuo nella trattazione di argomenti che stentano a restare confinati entro i limiti di uno specifico ordinamento giuridico; così come il costante rimando a vicende – umane e pulsanti di vita – oggetto di pronunce giudiziarie, in modo da mantenere l'indagine ben ancorata alla realtà dei fatti concreti e svincolata da speculazioni eccessivamente teoriche.

Così come la prima edizione, pure questo volume trova generosa ospitalità nella prestigiosa Collana curata da Mario Serio, al quale va la mia profonda gratitudine anche per la ricca e sapiente presentazione. Altrettanta riconoscenza nutro nei confronti di Michele Graziadei che, ancora una volta, ha impreziosito l'opera con la sua prefazione. Sono molto grato, inoltre, a Maria Esmeralda Bucalo e a Rosalba Potenzano, con le quali ho intrattenuto numerosi e proficui dialoghi da cui ho ricavato utili spunti di riflessione. A quest'ultima, infine, è dovuta la paziente e inestimabile attività di revisione, anche se resta mia la responsabilità per le eventuali imprecisioni e insufficienze.

L'ultimo ringraziamento desidero rivolgerlo a chi, in modi diversi, mi ha sostenuto con un affetto che ha reso più semplice portare a termine lo scritto. A loro il volume è dedicato.

Palermo, giugno 2022

Giuseppe Giaimo

Capitolo I

Le decisioni in tema di trattamento sanitario

SOMMARIO: 1. Una breve premessa sull'uso dei principi generali. – 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 sanitario. – 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. Una breve premessa sull'uso dei principi generali

Le vicende che segnano in profondità – con connotazioni positive o avverse – il corso della vita umana recano con sé un carico di emozioni e di sentimenti che, per quanto possano essere di natura omogenea, sono percepiti spesso in maniera e intensità differente da ogni singola persona coinvolta. Le risposte emotive a fronte di eventi particolari – soprattutto se questi ultimi riguardano le condizioni di salute, il cui stato vincola necessariamente qualsiasi altro aspetto dell'esistenza – presentano, infatti, un grado di variabilità così elevato che solo con una considerevole difficoltà si riesce a concepire e ad adottare dei modelli di comportamento uniformi che possano riuscire utili nella gestione di ciascuna specifica situazione. Il dato normativo, infatti, a causa della sua conformazione necessariamente astratta e generale, perfettamente idonea a regolamentare una realtà univoca e oggettiva, risulta poco duttile quando occorre disciplinare uno scenario mutevole, la cui difformità dipende dalla personalità e dal modo di accostarsi alla vita propri di ciascun individuo.

Tale evidenza comporta, quindi, che un ragionamento giuridico su temi tanto sensibili (come sono quelli che riguardano, in senso ampio, i trattamenti sanitari), per risultare di più piana articolazione, debba essere condotto attraverso un preliminare 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 a 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 a incidere sulle cure o, addirittura, a determinarne l’interruzione – alla tessitura di una tela concettuale, che faccia idealmente da sfondo alla trama e all’ordito delle regole legislativamente poste.

L’obiettivo adesso perseguito è, quindi, quello di esaminare i principi sovraordinati – di rango costituzionale – all’enunciato normativo in tema di autodeterminazione sanitaria, di cui alla legge n. 219/2017 (relativa al consenso informato e alle disposizioni anticipate di trattamento), al fine di valutare la coerenza sistematica di quest’ultima attraverso un’analisi ermeneutica diretta ad accertare l’aderenza della regolamentazione delle fattispecie in essa contemplate ai valori che permeano l’intero ordinamento³. Non si tratta – è bene precisare – di considerare i dettami costituzionali quali norme immediatamente precettive, rivolte ad ordinare in via diretta le condotte dei consociati, senza alcun riguardo alle circostanze di fatto in cui esse si svolgono⁴; si tratta, invece, di individuare quei

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 degli individui, 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 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 stortura insita in quelle decisioni giudiziarie che, invece di riferirsi a norme concepite e indirizzate in funzione della regolamentazione delle vicende proprie della fattispecie, applicano un principio (per sua stessa natura, mobile e con-

principi di portata generale 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 e 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 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 e uniformate in funzione della tutela del bene protetto dai principi medesimi⁷. Il rimando stesso non è destinato, invece, a formulare un sistema di assiomi di portata generale che, sganciato per sua natura da ogni riferimento concreto, sia suscettibile di un’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 parametro costituzionale, di respiro ampio, inerente alle scelte di cura – nel suo intersecarsi con la consapevole autodeterminazione individuale sottostante alla relazione terapeutica e alle disposizioni anticipate di trattamento sanitario.

trovertibile già soltanto attraverso il richiamo a un valore di segno opposto al primo, ma ugualmente significativo se rapportato a circostanze e 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 e 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.

2. *Differenti paradigmi del diritto alla salute*

La legge n. 219/2017, che regola il contenuto e le modalità di esercizio dell'autonomia decisionale di ciascun individuo in relazione alla propria salute, “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.

L'attuale normativa⁹, dunque, è stata elaborata sulla scorta di una nozione di salute dal contenuto ampio – così come accade quando sono in gioco i valori di portata generale, riconosciuti e tutelati al più elevato livello normativo – e, per questa ragione, è indispensabile chiarire il modo in cui la salute stessa dev'essere intesa nel particolare ambito delle deliberazioni che riguardano le scelte terapeutiche e delle disposizioni relative a un futuro trattamento sanitario al quale sottoporre una persona, anche a fronte di un eventuale successivo stato di incapacità del disponente. Tale riflessione sul significato del termine non è superflua, nonostante il senso univoco di assenza di malattia che a questo può essere attribuito attraverso un'osservazione soltanto superficiale, soprattutto se si tiene conto – come meglio si vedrà con le considerazioni che seguono – della natura soggettiva dalla quale il concetto medesimo è caratterizzato.

Il punto di partenza di un siffatto approfondimento semantico è costituito dall'osservare come la condizione di benessere dell'organismo parrebbe possedere un'accezione univoca e non sarebbe declinabile assecondando eventuali differenze rilevanti sul piano individuale, atteso che è difficile immaginare che possano esistere esigenze così poliedriche e diversità così profonde tra gli esseri umani, tali da determinare un modo disuguale di concepire ciò che è meglio per

⁸ P. 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), R. Masoni (*Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/2017: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, p. 1139) e M. Mantovani (*Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, p. 193). 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 cap. 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).

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

sé stessi. La volontà del singolo non avrebbe, quindi, alcun peso nella definizione del progetto di cura destinato alla propria sanità, 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 più consistente risultato 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 e 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 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 in grado di assumere decisioni indirizzate alla cura di un paziente inconsapevole e destinato a svolgere un mero ruolo passivo, a causa di un'irrimediabile sperequazione in ordine alle capacità tecniche¹².

La rappresentazione appena descritta del diritto alla salute ha come suo fondamento una desueta lettura dell'art. 32 Cost. – che, com'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

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

¹¹ R. Masoni, *op. ult. 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. 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. Dir. Priv.*, 2013, p. 468 ss.

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 un'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 e 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 e indipendente all'interno del 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 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 rendono attuabile 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

¹⁴ S. Rodotà, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, 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.

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

consenso a ricevere le cure ha il solo effetto di legittimare l'intervento sanitario, senza che abbia rilievo alcuno circa i contenuti e le modalità dell'intervento medesimo che resta, invece, nell'esclusiva determinazione del medico, su cui non può incidere la volontà del malato¹⁷. 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 intesa come manifestazione di un'informata e cosciente adesione a un progetto condiviso. In questo modo, una volta calato il diritto alla salute in una dimensione sociale, è evidente come esso sia il presupposto dello spiegarsi dell'autodeterminazione del malato in maniera aderente alla propria personalità¹⁸, attraverso la creazione di un rapporto dialogico con il medico con il quale condivide la ricerca della soluzione terapeutica più vicina alle necessità soggettive. Necessità, queste ultime, che non sempre coincidono con un astratto e generico concetto di affrancamento dalla malattia, da perseguirsi anche con sistemi che – pur appartenenti alla scienza e alla prassi medica – potrebbero risultare insopportabili a un particolare individuo¹⁹. 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”²⁰.

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

¹⁷ Secondo I. Rapisarda (*Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, p. 45), “la valorizzazione ‘personalistica’ del corpo ha contribuito al superamento di quella visione oggettivistica e asimmetrica (*rectius* paternalistica) della medicina, in base alla quale il paziente si affida al medico – esclusivo depositario della scienza e come tale operante nell'interesse generale della società – in posizione di totale subordinazione, ‘consegnandogli’ il proprio corpo, considerato quale mero sostrato materiale dell'attività sanitaria”.

¹⁸ “L'interpretazione sistematica dell'art. 32 Cost., concreta espressione dei principi personalista e pluralista dell'ordinamento costituzionale (artt. 2 e 3), ha determinato l'affermarsi di una nozione ‘soggettiva’ e identitaria di salute che, in taluni casi, come quello in esame, finisce sostanzialmente per identificarsi con la libertà di autodeterminazione” (I. Rapisarda, *op. cit.*, p. 50).

¹⁹ “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).

²⁰ G. Marini, *op. cit.*, p. 383.

maniera indissociabile con il riguardo dovuto, da parte di chiunque, al complesso di elementi di natura spirituale, emotiva, filosofica e culturale che connotano ciascun individuo nella propria unicità. Il richiamo è alla dignità umana, quale valore di portata maggiormente estesa rispetto alla nozione di salute e sovraordinato a qualsiasi altro modello etico potenzialmente concorrente²¹. L'opportunità di esprimersi consapevolmente in merito al proprio stato clinico e alle eventuali cure è segno, infatti, della considerazione – dovuta dall'intera comunità di riferimento al singolo suo componente – dell'essere umano inteso come individuo unico e irripetibile, portatore di esigenze eventualmente difformi da quelle dei suoi simili, senza alcuna etero-determinazione di trattamenti terapeutici esclusivamente demandati all'altrui volontà²². 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*

L'indagine appena svolta sull'accezione propria del diritto alla salute nel contesto della legge n. 219/2017 è approdata a un'idea di autodeterminazione dell'individuo, in ordine alle scelte inerenti alla tutela della salute stessa, quale prodotto del più ampio valore costituito dalla dignità umana. Quest'ultimo con-

²¹ Secondo M.N. Bugetti (*La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, p. 118), la legge recepisce la “visione di supremazia dell'autodeterminazione del paziente a vivere le fasi finali della propria esistenza secondo i propri personali canoni di dignità umana”.

²² 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”.

chetto, a sua volta, necessita di un accurato approfondimento, posto che si tratta di un principio sul cui significato, contenuto ed effetti non è semplice trovare una convergenza piana e condivisa²³.

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 a confronto riguarda non soltanto le situazioni da disciplinare in concreto (come, ad esempio, la possibilità di compiere delle scelte in ordine alla determinazione di un percorso di cura, ovvero di assumere decisioni sulla fine della vita in caso di patologia terminale), coinvolgendo anche il contenuto proprio di quegli stessi principi 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 *dignità*, “perché questa, al di là delle raffinate riflessioni che ha determinato, si sottrae, in buona sostanza, ad ogni tentativo di definizione compiuta”²⁴. 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 applicative²⁵. Questa peculiarità, se per un verso ha i connotati di un vantaggio derivante dall'assenza di una rigida e immutabile consistenza solo nozionistica del termine, per altro verso presta il fianco a un eccessivo relativismo che – nella pluralità di accezioni attribuibili alla parola – potrebbe comportare una complessità, difficilmente sor-

²³ In ordine al senso che può essere attribuito al termine «dignità», è facile rilevare come “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). Secondo R. Bin (*La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2019, p. 1), inoltre, “questa espressione (...) è una specie di *commodus discessus* che consente di giungere ad una conclusione che si vuole persuasiva per il semplice appello a un ‘valore’ troppo importante per essere messo in discussione”.

²⁴ N. Lipari, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 852.

²⁵ Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 46.

montabile, nella comunicazione tra gli interpreti appartenenti a differenti correnti di pensiero. In particolare, due opposte accezioni del lemma²⁶ segnano una profonda cesura ermeneutica, dalla quale discendono conseguenze notevoli in ordine agli esiti e 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 e da essa derivano – 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”²⁷, nel senso che questa 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*) e tutela dell'individuo nei confronti di qualsiasi potenziale interferenza esterna che sia perturbatrice delle prerogative che gli sono proprie²⁸ e alle quali è dovuta una necessaria e inderogabile considerazione. Prerogative, queste ultime, che consistono (a) nel diritto a ottenere rispetto, in quanto essere umano, da parte di ogni altro essere umano; (b) nel diritto, di segno negativo, a non subire interventi in-

²⁶ Il concetto di dignità umana e del differente significato a questa ascrivibile è stato oggetto di una acuta analisi da parte di D. Beylveeld 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.

²⁷ D. Beylveeld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 13.

²⁸ 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 e 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. Beylveeld, 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: “in tale rinnovato contesto, i capisaldi della centralità dell'uomo e della sua anteriorità rispetto allo Stato vengono non solo confermati, ma escono addirittura rafforzati dall'esperienza del nazismo, che ha drammaticamente richiesto di porre maggiore attenzione sul valore della dignità dell'uomo” (M. Meli, *Dignità della persona e diritto all'autodeterminazione: l'incidenza del diritto sovranazionale sul diritto privato*, in *Nuove Leg. Civ. Comm.*, 2019, p. 12). Cfr., anche, F.D. Busnelli, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, p. 1071 ss.

debiti nella propria sfera personale; (c) nel diritto, di segno affermativo, a essere posto nelle migliori condizioni perché possa svilupparsi la propria personalità²⁹.

Una volta chiarito il contenuto della dignità, è agevole dedurre come da essa – intesa come valore che segna la peculiare individualità di ciascun essere umano – dipenda il potere della persona di autodeterminarsi, anche e soprattutto nei confronti di ogni ingerenza (da parte di poteri pubblici o dai privati) nelle scelte che riguardano il soggetto, il quale rimane privo di qualsiasi vincolo alla propria autonomia su sé stesso³⁰. In sintesi, allora, può dirsi che il principio opera in questo senso come garanzia, di cui ognuno gode, di poter esprimere una volontà circa tutto ciò che lo riguarda, senza che alcuno possa intervenire in senso difforme alla volontà medesima, ovvero possa limitarla per esigenze diverse da quelle di pubblico interesse³¹.

In contrapposizione con la teorica appena descritta, si trova un'ulteriore accezione del termine secondo la quale, come per la precedente, la dignità è l'indefettibile presupposto di ogni diritto fondamentale: con la differenza, tuttavia, che essa non concerne la persona nella sua particolarità 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”³². 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 soggettiva, di cui il principio medesimo (secondo il significato in precedenza descritto) costituirebbe il presupposto, rappresentando, invece, una sorta di valore meta-individuale al quale ognuno non

²⁹ Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, pp. 16 e 23.

³¹ Non pare del tutto fondato il rilievo, operato dagli stessi D. Beyleveld, R. Brownsword (*op. cit.*, p. 23), 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. In realtà, la dignità deve essere più correttamente intesa come libertà di esprimere il proprio volere in merito a sé stessi in senso potenziale, invece che rimanendo avvinti a 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 a un individuo – capace o meno di autodeterminarsi – in assenza di una sua decisione o in maniera contraria a essa, salvo che le medesime deliberazioni non corrispondano all'interesse e al benessere oggettivo di una persona in quel momento impossibilitata a formulare una volontà cosciente e consapevole.

³² G. Alpa, *op. cit.*, p. 416.

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”³³: ciò significa, quindi, che se la dignità stessa 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 della collettività – non possono ricevere alcuna considerazione o tutela, in quanto contrarie a un ordine pubblico costituito e condiviso dalla comunità di riferimento³⁴. 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”³⁵.

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, affetto da nanismo, 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 assunto per il quale la salvaguardia della dignità umana (nella specie rilevante quale componente dell'ordine pubblico) è principio assoluto che non tollera limitazioni neanche a opera del suo

³³ D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 29.

³⁴ 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”.

³⁵ G. Resta, *La dignità*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 266.

stesso titolare³⁶. L'esito ultimo della decisione consistette, quindi, nella perdita del lavoro (insieme ai cospicui guadagni e alla celebrità dipendenti dal lavoro stesso) nel quale era impiegato il nano, in nome di un'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 e 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”³⁷ (*dignity as constraint*). Il significato di questa classificazione ideologica rimane uguale anche 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 appartenenza³⁸. In sintesi, quindi, la distinzione è tracciata usando come discriminare la rilevanza dei comportamenti dell'individuo che attengono alla propria sfera personale, a seconda che a questi si attribuisca un'efficacia soltanto interna all'agente, ovvero si reputi che essi possano avere un'incidenza sugli interessi di tutti i consociati collettivamente considerati: con il conseguente divieto, in quest'ultimo caso, posto alle condotte dal contenuto contrario a quel sentire comune che permette di differenziare ciò che è «dignitoso» da ciò che non lo è.

³⁶ 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 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.

³⁷ G. Resta, *op. cit.*, p. 268.

³⁸ 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”.

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, a una visione solipsistica del soggetto, riguardato quasi come una sorta di monade interamente dedita alla coltivazione dei propri interessi, in una completa indifferenza per il vivere in comune³⁹. Rischio, questo, che è comunque temperato dai doveri di solidarietà (dei quali, ad esempio, nell'ordinamento italiano è espressione l'art. 2 Cost.⁴⁰) che, in ogni caso, impongono un inderogabile rispetto delle esigenze e dei diritti di ogni altra persona, considerata sia come unità, sia 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 individuali⁴¹ 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 qualsiasi altro partecipante al consorzio umano. In sintesi, allora, l'autonomia decisionale di ognuno su di sé dovrebbe essere coerente solo con ciò che l'agente ritiene 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”⁴².

L'ulteriore senso in cui può essere inteso il concetto (la dignità come un limite alle scelte del singolo, a tutela di un interesse 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 sottoposti a divieti non suscettibili di deroga nemmeno con il consenso della persona titolare delle garanzie che derivano dai valori stessi, la complessità consiste nell'identificare e nel definire quello che dovrebbe essere il contenuto condiviso di essi. L'attuale società pluralista, al cui interno esistono principi considerati tutti egualmente primari e non riducibili uno all'altro, rende particolarmente complicata,

³⁹ Cfr. G. Cricenti, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009, p. 26.

⁴⁰ Secondo M. Meli (*op. cit.*, p. 12), “la seconda parte della disposizione, col suo riferimento all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, dà conferma di un'impostazione che si distanzia dal modello illuministico e che caratterizza l'intero impianto costituzionale: l'uomo è parte integrante di una società che deve garantirgli di vivere in condizioni adeguate e dignitose, affinché possa realizzare integralmente la sua personalità”.

⁴¹ Cfr. M. Métayer, *La philosophie éthique: enjeux et débats actuels*, Montréal, 1997, p. 42 ss.

⁴² G. Cricenti, *op. cit.*, p. 32. Il corsivo è dell'Autore.

infatti, un'enunciazione univoca del significato dei principi medesimi⁴³; con la conseguente difficoltà di orientamento nel tentativo di rintracciare un paradigma monosemico, come modello sul quale conformare la condotta di ciascun componente il gruppo sociale, senza che ciò comporti il pericolo di un'inaccettabile sovrapposizione di un pensiero dominante su altre istanze più deboli, in quanto proprie di classi di individui numericamente più esigue.

Un'altra complicazione insita nel concetto di *dignity as constraint* è quella relativa al delineare quel soggetto astratto (la collettività umana) che, in quanto titolare del valore della dignità, risulterebbe leso da un'azione di una persona la quale – attraverso un proprio atto di autodeterminazione contrario alla nozione dominante della dignità medesima – arreca un danno non soltanto a sé stessa, 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 auto-proclama interprete e tutore di un ordine simbolico e trascendente che identifica con l'Umanità stessa”⁴⁴. 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 un'azione compiuta da un soggetto per sé e 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, intangibile⁴⁵. 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 a esso, con la conseguente imposizione di un pensiero dominante⁴⁶ su chi, in definitiva, si trova costretto a subire un'altrui decisione che ha effetti su quell'insieme di interessi che costituiscono la sfera personale di ogni individuo.

⁴³ Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁴ G. Cricenti, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵ 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”.

⁴⁶ 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”.

Il paradosso di questo modo di concepire la dignità consiste, quindi, nel volersi evitare che la risoluzione 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 del singolo consociato di decidere e porre in essere ciò che egli reputi più confacente ai propri interessi, sulla scorta di una sottintesa gerarchia per cui l'*universale* prevale sul *particolare*. In buona sostanza, si scongiura un'offesa *indiretta* a una collettività indistinta di persone, mediante l'inflizione di un danno arrecato in via *diretta* a chi – attraverso un comportamento libero, cosciente e deliberato⁴⁷, ma contrario al comune sentire – vorrebbe sottrarsi (senza, per questo, violare alcuna norma di diritto positivo) a un concetto di dignità eteroimposto la quale, invece che presupposto di libertà personale, diviene così un obbligo a cui occorre sottostare⁴⁸. 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 e inderogabile del principio medesimo⁴⁹. 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: libertà, invece, che – se esercitata in maniera consapevole e priva di costrizioni e senza che ciò comporti un danno diretto ad altri

⁴⁷ 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”).

⁴⁸ 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”.

⁴⁹ 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”.

individui – costituisce il fondamento stesso del concetto di dignità umana e, al contempo, ciò che quel valore deve garantire⁵⁰. In altre parole, potrebbe dirsi che il corpo è inteso “quale elemento indisciungibile dalla persona e dalla sua dimensione spirituale, quale sostrato materiale che costituisce l’unità della persona vivente e, dunque, quale momento di incidenza di valori ed interessi”⁵¹. Per tale ragione, quindi, ogni vincolo posto all’esercizio della volontà sul proprio essere fisico equivale a un’indebita compressione della personalità individuale.

In conclusione, allora, è del tutto chiaro come l’unica interpretazione del termine coerente con l’attitudine di ogni uomo a 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 singolo⁵². 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 volontà⁵³: consapevolezza, questa, che può essere raggiunta soltanto attraverso un’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 a incidere sulla propria sfera personale.

4. La natura giuridica del consenso al trattamento sanitario

La possibilità di assumere ogni decisione sul proprio essere fisico, di cui gode chi è capace di una volontà libera e informata, secondo la chiave di lettura adesso adottata (*dignity as empowerment*) è, dunque, diretta espressione della

⁵⁰ “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).

⁵¹ I. Rapisarda, *op. cit.*, p. 45.

⁵² 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”.

⁵³ 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”.

dignità umana; con la conseguente tutela, che discende proprio da quel valore, rispetto a eventuali altrui determinazioni che siano in contrasto con le scelte del singolo. Nel peculiare ambito che riguarda i trattamenti sanitari, allora, l'individuo partecipa con il medico all'organizzazione di un piano terapeutico, attraverso un volere che, per volgersi utilmente al suo scopo, deve essere preceduto da una piena cognizione di tutti gli elementi suscettibili – anche in via potenziale – di incidere sulle scelte stesse e che, al contempo, deve essere scevro da qualsiasi condizionamento, né inficiato da una carente capacità decisoria.

Rimane adesso da scandagliare la natura di quel consenso e precisarne le caratteristiche, considerando lo specifico perimetro (il modo di affrontare una malattia in atto, ovvero un eventuale futuro stato patologico) entro il quale esso è prestato, ontologicamente parecchio distante dal contesto tradizionale in cui si è sviluppata la teorica della volontà in guisa di fondamento dell'autonomia privata⁵⁴. In altri termini, occorre dedicare una particolare attenzione all'esame dei requisiti della volontà stessa, se esercitata in materie che attengono alle scelte esistenziali, tenendo ben presente come il volere sottostante a queste debba essere valutato secondo parametri (ad esempio, la capacità o i vizi del consenso) che potrebbero anche differire rispetto a quelli che concernono le determinazioni a riguardo della circolazione dei beni.

Una volta operata questa necessaria premessa, appare opportuno distinguere preliminarmente le fattispecie, a seconda che le decisioni concernano la predisposizione di un piano terapeutico relativo a 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 prossima patologia, che sia tale da privare il disponente della capacità di intendere e volere. Nel primo caso, infatti, la volontà è relativa a una sindrome in atto, è produttiva di effetti destinati a incidere con certezza nella sfera personale del paziente e, infine, è frutto di 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 de-

⁵⁴ Secondo 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.

liberate in vista di un'ipotetica futura malattia – della quale, al momento in cui sono compiute le scelte, non si conoscono la natura e i possibili esiti – al fine di sopperire, con una decisione assunta in anticipo, a un'eventuale incapacità di autodeterminarsi che dovesse successivamente intervenire.

Sulla scorta di questo discrimine, un'attenta dottrina⁵⁵ si è utilmente esercitata nell'individuare la natura giuridica del volere rilevando come, nell'ambito di un rapporto terapeutico riferito a 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 disponente. In sintesi, quindi, l'ammalato ha una piena autonomia deliberativa nel risolversi in ordine al consenso o 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 contenuto⁵⁶.

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 esplicitare 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”⁵⁷. 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 a una malattia in corso avrebbe la natura dell'atto giuridico, mentre la pianificazione degli interventi sanitari in vista di una ventu-

⁵⁵ Cfr. T. Pasquino, *op. cit.*, p. 74 ss.

⁵⁶ “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 rinvergono 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”.

⁵⁷ T. Pasquino, *op. cit.*, p. 84.

ra ed eventuale patologia assumerebbe i caratteri del negozio giuridico⁵⁸ – occorre valutarne la coerenza con le disposizioni di cui alla legge n. 219/2017.

Il perno attorno al quale occorre condurre l'indagine è costituito dalla volontà del disponente, sia quando essa consiste nell'adesione (o nel rifiuto) a un trattamento medico attuale, sia quando è volta a fornire indicazioni anticipate ai professionisti sanitari nell'ipotesi in cui, in un immaginario 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 l'autonomia decisionale di cui gode ciascun individuo, quale espressione del principio di dignità, in merito al modo di gestire una patologia attuale o ventura nel senso più aderente a ciò che ognuno considera per sé stesso opportuno e confacente ai propri bisogni materiali e spirituali⁵⁹.

Il fuoco dell'attenzione si concentra, dunque, sul ruolo della volontà nelle scelte relative alle cure, con riferimento particolare all'eventualità 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 a oggetto esclusivamente l'alternativa tra il sottoporsi o meno alle terapie, con una serie di effetti – derivati dalla scelta compiuta – del tutto esenti 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 a una concezione del rapporto tra medico e paziente che

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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) e 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".

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 e basata su una mera discrezionalità tecnica⁶⁰.

Una considerazione siffatta, tuttavia, si contrappone a quanto sopra rilevato in ordine al significato di dignità umana che – intesa quale principio a garanzia della personalità individuale – costituisce il fondamento dell'autodeterminazione, rispetto alla quale ha valore recessivo ogni altro potere o autorità esterni all'individuo medesimo⁶¹. Ciò posto, allora, non pare del tutto coerente con tale presupposto ideologico continuare a sostenere che il consenso (o il diniego) all'intervento sanitario destinato a una patologia in essere – sebbene corroborato da ogni informazione preventiva, necessaria alla piena consapevolezza del disponente – abbia un'efficacia di semplice autorizzazione (o di preclusione), senza alcun effetto in merito alla definizione del contenuto dell'intervento stesso, che rimarrebbe nell'esclusiva potestà decisoria del medico⁶². In questo modo, infatti, si assegnerebbe una rilevanza alla competenza professionale superiore a quella che è propria della volontà del paziente, con una evidente lesione del principio di autodeterminazione e, di conseguenza, della dignità di quest'ultimo.

Le osservazioni appena svolte conducono verso una ben precisa direzione: posto che l'assenso (o il rifiuto) all'azione terapeutica non può essere considerato espressione di un'autonomia che abbia un limitato effetto autorizzativo di un comportamento altrui e dato che, invece, il volere del malato è destinato a incidere anche sull'individuazione dei contenuti e delle modalità della terapia medesima⁶³, il ragionamento approda alla categoria giuridica del negozio, anche quan-

⁶⁰ Cfr. C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., p. 103.

⁶¹ Cfr. P. Zatti (*Maschere del diritto, volti della vita*, cit., p. 46) secondo il quale la dignità “esige (o piuttosto coincide) con la condizione in cui non si può essere fatti strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui. Ma è solo la congruenza tra identità, dignità e autodeterminazione che consente di stabilire i limiti dell'*imperio* su sé medesimi e fa scudo contro qualsiasi anarchica estensione del diritto di disporre”.

⁶² Secondo S. Stefanelli (*op. cit.*, p. 94), “la determinazione del medico avviene in piena autonomia, nel senso che, sebbene ovviamente colloqui con il malato e lo informi sui possibili risultati e conseguenze della terapia, è soltanto lui il soggetto al quale spetta la decisione finale concernente la pratica di quel determinato trattamento sanitario, assumendone le responsabilità connesse”. *Contra* G. Ferrando (*Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, cit., p. 67), per la quale “il fatto che il rapporto terapeutico ‘si basi’ sul consenso pone in evidenza come quest'ultimo non possa essere inteso come mero consenso iniziale che crea un vincolo (...). Si tratta invece di un consenso che sostiene il rapporto terapeutico nel suo intero svolgimento, come permanente condizione di legittimità. Viene in tal modo superata la concezione ‘burocratica’ del consenso, secondo la logica dei moduli di consenso informato, per approdare ad una concezione dialogica della relazione di cura”.

⁶³ Anche nell'ipotesi in cui la scelta del paziente sia nel senso di rifiutare il piano terapeutico proposto dai medici, è evidente come la decisione del disponente sia, al contempo, volontà dell'atto

do la volontà del soggetto è riferita a uno stato patologico attuale e non soltanto potenziale.

L'obiezione di maggiore portata all'attribuzione di una valenza negoziale al consenso informato risiede nella considerazione per cui "il fatto di consentire o non consentire a trattamenti sanitari sulla propria persona non significa disporre in senso tecnico di alcun diritto, che non viene alienato o rinunciato, ma semplicemente operare, in modo temporaneo e sempre revocabile (almeno fino a che il trattamento non è stato compiuto) un personale 'bilanciamento' tra diritti della propria personalità egualmente tutelati, quali quello alla salute, all'integrità fisica, alla dignità della persona, alla libertà di scelta, all'autodeterminazione"⁶⁴. In altri termini, considerando quale presupposto del negozio la libera disponibilità della situazione soggettiva inerente all'atto di volontà, la relativa categoria giuridica non sembra idonea per l'inquadramento dogmatico del consenso informato con il quale, invece, il soggetto – data la peculiare natura degli interessi coinvolti – non compie, con riguardo a questi ultimi, alcun atto di natura dispositiva. Il rilievo, tuttavia, è facilmente confutabile attraverso il richiamo al concetto di autodeterminazione – interpretato come espressione della dignità umana – nell'esercizio del diritto alla salute. In questo senso, infatti, la volontà sottesa all'intervento sanitario, al fine di potersi esercitare con una efficacia piena e assoluta, non può limitarsi ad autorizzare (o a vietare) un'azione il cui contenuto è lasciato al potere decisionale di altri, ma deve necessariamente essere intesa come potestà di controllo del paziente su sé medesimo, "acquistando un significato aggiuntivo di disponibilità unisoggettiva, che non attribuisce a un soggetto antagonista il diritto del disponente"⁶⁵. Controllo, quest'ultimo, che soltanto nell'ipotesi in cui possa esercitarsi su ogni aspetto della relazione di cura – senza escludere l'individuazione e la scelta delle terapie, pur con l'indefettibile supporto informativo offerto dalla competenza professionale del medico⁶⁶ – divie-

e volontà degli effetti, posto che questi – grazie alle informazioni preventive assunte dal paziente stesso – sono previsti e voluti da chi esprime il proprio diniego alle cure.

⁶⁴ S. Stefanelli, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁵ C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., p. 102.

⁶⁶ La circostanza per cui il paziente ha la piena possibilità di esprimersi, in maniera informata e consapevole, su qualsiasi questione inerente alle terapie non significa, al contempo, che egli possa pretendere "trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1, comma 6, legge n. 219/2017). Tale concetto è stato ribadito dalla Corte di Cassazione (sent. 4 dicembre 2020, n. 29469), ove è stato affermato che "prestare il consenso a un intervento chirurgico, al quale è consustanziale il rischio emorragico, con l'inequivoca manifestazione di dissenso all'esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri, significa esigere dal medico un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale. A fronte di tale determinazione del paziente il medico non ha obblighi professionali". Ancora

ne reale espressione di un'effettiva pratica del diritto alla salute ed epifania di una piena e compiuta capacità di decidere su sé stesso.

La dedotta natura negoziale del consenso informato del paziente pare essere attestata anche dalla lettera del comma 2, art. 1 della legge n. 219/2017, ove si dice che in esso “si incontrano l'autonomia decisionale del paziente stesso e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”. Questa affermazione – operando un riferimento diretto al rapporto saldo che intercorre tra conoscenza e decisione – sottolinea la portata della volontà del malato, estesa ben oltre i confini della mera autorizzazione, sino al punto di comprendere entro di sé il contenuto dell'intervento sanitario, alla cui intelligenza (per la conseguente deliberazione) è destinato l'obbligo di informazione piena e dettagliata in capo al medico⁶⁷. La competenza professionale costituisce, dunque, il presupposto necessario all'esercizio consapevole del diritto all'autodeterminazione, in modo che l'individuo possa esprimere una volontà che – in quanto estesa anche alla prefigurazione e alla produzione degli effetti da essa dipendenti – assume i connotati precisi del negozio giuridico. L'informazione quale dovere del medico e le scelte del paziente sono, in buona sostanza, i due elementi di un rapporto correlativo⁶⁸ che è espressione del principio di dignità⁶⁹, intesa come piena autonomia della persona nell'assumere ogni decisione su di sé, prevedendone e deliberandone gli esiti consequenziali.

una volta, quindi, è possibile ribadire come le decisioni di cura debbano essere frutto di una strategia complessiva concordata tra il medico e il paziente, in modo che in essa convergano i desideri e le aspettative dell'ammalato e la competenza del professionista che, in ogni caso, non può essere mortificata da scelte eccentriche o tecnicamente incoerenti del paziente stesso. Sul punto, cfr. A. Aprile, M. Piccinni, *Richieste “incongrue” del paziente ed obblighi del medico. Uno sguardo clinicamente orientato oltre l'obiter di Cass. n. 29469/2020*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2021, II, p. 669 ss.

⁶⁷ Secondo L. d'Avack (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento. Una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, p. 183), il legislatore “ha voluto rendere legittime all'interno dell'alleanza terapeutica e della relazione di cura le autonome decisioni del paziente sulla propria salute, richieste che ricadono nell'ambito di una più ampia tutela dei diritti della persona”. Del tutto condivisibile è, inoltre, l'opinione di C. Castronovo (*Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., p. 107) per il quale “l'autonomia ha guadagnato nuovi spazi, nei quali talora, come è accaduto nella nuova stagione dei rapporti tra medico e paziente, si è sostituita come pura espressione di libertà individuale a quella che in precedenza era una mera discrezionalità tecnica”.

⁶⁸ G. Di Rosa (*La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, p. 33) rileva come nella consensualità possa “ravvisarsi un incontro tra due competenze, distinte quanto all'oggetto ma eguali in ordine alla rilevanza: la (propria) dimensione esistenziale nel quadro della riconosciuta autonomia decisionale, quanto al paziente; la (propria) conoscenza di settore nel quadro della connessa autonomia e responsabilità professionale, quanto al medico”.

⁶⁹ La dignità e l'autodeterminazione sono due concetti espressamente richiamati nel comma 1, art. 1 della legge n. 219/2017, quali elementi che la legge stessa è diretta a tutelare.

Un ulteriore elemento a sostegno del carattere negoziale del consenso informato è desumibile dalla forma in cui esso – a norma di quanto stabilito dal comma 4, art. 1 della legge n. 219/2017 – deve essere documentato. La circostanza per cui, a tal fine, è necessaria la forma scritta (alternativa alla videoregistrazione, ovvero a dispositivi che permettano al disabile di comunicare) sottintende, infatti, un’evidente esigenza di certezza e serietà che connota il volere sottostante alle decisioni relative ai trattamenti terapeutici, senza che sul loro contenuto possa esistere dubbio o rischio di fraintendimento. Poiché, allora, è principio noto quello per il quale la volontà richiede “una forma tanto più rigida quanto maggiore è la libertà di cui essa è espressione”⁷⁰, l’opzione del legislatore è facilmente spiegabile considerando il consenso non soltanto come semplice autorizzazione a un’attività altrui su di sé, ma come scelta consapevole e risoluta dell’oggetto dell’attività stessa che si è contribuito, con il proprio volere, a determinare.

La natura negoziale della volontà non è controversa, invece, quando essa è riferita alle direttive con le quali una persona – capace e sana al momento in cui esprime il suo intendimento – decide di stabilire in anticipo un piano terapeutico, destinato a produrre effetti soltanto nell’ipotesi in cui il disponente stesso dovesse trovarsi in futuro in una condizione patologica tale da non consentirgli una decisione con i caratteri dell’attualità. La funzione precettiva di siffatte prescrizioni emerge in maniera del tutto chiara dalla lettura del testo dell’art. 4, legge n. 219/2017, ove è operato un richiamo diretto a un volere programmatico, indirizzato a porre in essere una norma di condotta vincolante per l’altrui agire. Se, dunque, elemento caratteristico e distintivo del negozio è una volontà capace di incidere su una situazione preesistente, in modo da renderla aderente ai desideri di chi ha diviso una disciplina in tal senso orientata, soltanto in tale categoria giuridica può trovare un idoneo inquadramento il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento regolamentate dalla norma appena menzionata. Contenuto, quest’ultimo, che si sostanzia sia nella nomina del fiduciario (che avrà il compito di rappresentare il suo dante causa nei rapporti con il medico, curando il rispetto delle scelte compiute dal disponente), sia nella predisposizione delle istruzioni relative alle possibili terapie, che saranno eseguite in un momento in cui il paziente non sarà capace di autodeterminarsi. In entrambi i casi, come è evidente, il volere del soggetto possiede un’efficacia di orientamento per la condotta di terzi, modellata su regole atte a soddisfare le esigenze del soggetto medesimo.

Alcune brevi considerazioni devono essere riservate, da ultimo, alla natura della volontà sottostante alla pianificazione condivisa delle cure, prevista dall’art. 5 della legge n. 219/2017. Il richiamo è all’ipotesi in cui un individuo versi in uno stato patologico conclamato e, in previsione di un possibile aggravamento

⁷⁰C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., p. 109.

di esso con una conseguente perdita della capacità volitiva – dopo avere ricevuto dal medico ogni informazione utile a una determinazione consapevole circa il percorso terapeutico (compresi gli eventuali rimedi palliativi) – manifesti il proprio intendimento per il futuro, al quale dovrà attenersi chi ha in cura il degente. La fattispecie differisce dal consenso informato che, come detto, incarna un volere del paziente riferito a una situazione di malattia attuale e coeva alle decisioni assunte; diverge, inoltre, anche dalle disposizioni anticipate di trattamento, con le quali si statuisce per il futuro (come per la pianificazione condivisa delle cure) senza, tuttavia, alcuna connessione con una patologia in atto e per disciplinare una situazione soltanto potenziale e con il carattere dell'eventualità.

Una volta chiarito l'ambito di operatività dell'art. 5, è facile affermare il carattere negoziale della volontà sottostante al programma terapeutico. Il paziente, infatti, in forza del proprio potere di autodeterminarsi in merito ai trattamenti sanitari, concorda con il medico il protocollo che quest'ultimo sarà tenuto a seguire nell'ipotesi in cui la patologia in atto al momento della decisione dovesse privare l'infermo delle facoltà intellettive necessarie a compiere una scelta consapevole. In questo modo, quindi, la volontà del disponente determina un etero-regolamento dell'altrui condotta, che dovrà mantenersi rispettosamente aderente alle statuizioni divisate, in maniera niente affatto differente rispetto all'ipotesi – di cui al precedente art. 4 della stessa legge – di direttive anticipate. L'esistenza, o meno, di una malattia da cui è affetto il dichiarante nel momento in cui si forma e si manifesta la sua volontà non può considerarsi, dunque, un discrimine sufficiente a mutare la natura giuridica del volere medesimo che, in entrambi i casi, ha un uguale valore precettivo e la stessa valenza negoziale.

5. La capacità del disponente

Le riflessioni svolte sulla natura giuridica del consenso informato, della volontà sottostante alle disposizioni di cura in vista di un ipotetico futuro stato patologico e del volere sotteso alla pianificazione condivisa del trattamento sanitario di una malattia in atto (figure assimilate dalla loro comune natura negoziale) conducono, adesso, all'esame delle conseguenze che la negozialità stessa reca con sé, in riferimento particolare all'attitudine volitiva e agli eventuali vizi che potrebbero inficiare il libero e consapevole intendimento del dichiarante.

La questione principale risiede nel valutare se, a monte delle scelte che governano la propria salute, sia sufficiente la capacità di intendere e volere del disponente, ovvero se sia necessaria la sua capacità di agire. Le tre ipotesi riportate in precedenza possono essere congiuntamente esaminate, posto che anche da questo punto di vista non differiscono, in quanto al ricorrere di ciascuna di esse si è al cospetto del medesimo atto di esercizio del diritto alla salute, sotto forma