

Rivista N°: 2/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 19/06/2017

AUTORE: Gladio Gemma *

DIRITTO A RIFIUTARE CURE ED INTERESSI COSTITUZIONALI DIVERSI DALLA SALUTE PUBBLICA

Sommario: 1. Tesi sostenuta nel presente scritto. – 2. Suggestione solidarista ed interpretazione dell'art. 32 della Costituzione. – 3. Suggestione liberale ed interpretazione dell'art. 32 della Costituzione. – 4. Interpretazione liberale dell'art. 32 della Costituzione e limiti al diritto di rifiutare le cure. – 5. Coniugazione di individualismo liberale e fraternità. – 6. "Paura del tiranno" ed interpretazione della Costituzione. – 7. Sfera dei diritti di libertà e bilanciamento degli interessi. – 8. Interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica e diritto di rifiuto di cure. – 9. Specifici interessi costituzionali contrapposti al diritto di rifiuto di cure. – 10. Termini nei quali interessi costituzionali possono limitare il diritto di rifiutare le cure. – 11. Osservazioni conclusive.

1. Tesi sostenuta nel presente scritto

È accaduto frequentemente, nella storia del diritto (e non solo in questa), che su un problema si verifichi non soltanto una contrapposizione di soluzioni, ma anche la vittoria di una di queste, e però qualcuno ritorni sul tema o per rilanciare la soluzione risultata perdente o per prospettare qualche revisione, ampia o ristretta, dell'orientamento vincente (pur senza riproporre quello di segno opposto). Il presente scritto verterà sul tema dei limiti al diritto di rifiutare le cure (anche nell'ipotesi che tale rifiuto provochi una gravissima menomazione fisica del paziente o perfino la sua morte) e mirerà, pur nel contesto dell'indirizzo vincente – che, come si ricorderà, legittima la limitazione del diritto in oggetto solo in presenza delle necessità di tutelare la salute collettiva – a configurare qualche limite ulteriore. Questo, espresso in termini generici, è il senso del presente scritto. Premesso tale obiettivo di ripensamento del tema indicato, non ci sembra superflua una ricognizione delle vicende, che hanno avuto ad oggetto l'interpretazione della normativa costituzionale riguardante la salute, in particolare l'art. 32 Cost.

* Già Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Modena e Reggio Emilia.

Rievocando dati ben noti, ma che vengono trascurati allorché si afferma, e sembra quasi naturale, una certa soluzione interpretativa di una disposizione (e di quella, in particolare, oggetto di esame), l'art. 32 Cost. contiene le seguenti prescrizioni. V'è la configurazione della duplice natura dell'interesse costituito dalla salute, la quale è qualificata sia come diritto "fondamentale...dell'individuo", sia come "interesse della collettività". È poi prefigurata la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, peraltro con un duplice vincolo: la riserva di legge, cioè la necessità di una previsione legislativa, ed il limite, per la legge che disponga l'obbligo nella materia *de qua*, del rispetto della persona umana. Sicché può ben rilevarsi che l'interesse costituzionale della salute non ha solo una valenza individuale e che non sussiste un vincolo di ordine teleologico, posto che, stando alla lettera dell'art. 32, 2° c., Cost., le condizioni di liceità costituzionale dell'imposizione di trattamenti obbligatori sono soltanto un vincolo procedurale, cioè la previsione della riserva di legge, ed un altro sostanziale e di ordine negativo, cioè il rispetto della dignità della persona.

Certamente la configurazione dell'interesse della salute pubblica quale vincolo teleologico implicito era naturale in base sia ad un dato storico che ad un'agevole ricostruzione della lettera della disposizione in esame. Infatti la tutela della salute pubblica mediante misure obbligatorie (nonché, eventualmente, coattive) è una costante nella storia della sanità ed è stata presente sia ai costituenti che alle generazioni successive. Se mai l'art. 32, 2° c., Cost., se letto correttamente, prevede che i trattamenti sanitari obbligatori debbano anche mirare alla realizzazione della salute dei soggetti obbligati, ma la prefigurazione di tale vincolo nulla toglierebbe alla tutela dell'interesse della salute pubblica. Il motivo logico è invece costituito da una considerazione: se la salute è un interesse della collettività sarebbe illogico che l'art. 32, 2° c., Cost., nel momento in cui contempla vincoli a carico di individui per la soddisfazione di bisogni pubblici, escluda dagli interessi pubblici, i quali giustificano detti vincoli, proprio la protezione della salute collettiva. Ma, come si può ben vedere, una cosa è la (naturale) riconduzione della sanità pubblica alla teleologia delle misure obbligatorie (e coattive, eventualmente), altro è l'affermazione che la salute collettiva costituisca l'unico interesse tutelato dall'art. 32, 2° c., Cost..

L'interpretazione del testo dell'art. 32 Cost., per quanto riguarda il senso e la portata dell'interesse individuale alla salute, è stato soggetta a due suggestioni, a due sollecitazioni di natura etica e politica di segno contrario, e, di conseguenza, con esiti interpretativi divergenti. Verifichiamo nel prosieguo questi esiti e gli argomenti addotti per l'una o l'altra soluzione.

2. Suggestione solidarista ed interpretazione dell'art. 32 della Costituzione

Una prima (non in ordine cronologico) suggestione di natura etica è costituita, per usare un termine lato, dal solidarismo. Peraltro tale concetto e l'orientamento che lo esprime hanno una duplice versione.

Da un lato c'è un versante sociale del solidarismo. In questa prospettiva la sfera personale dell'uomo è strettamente intrecciata con la sfera sociale, sicché è pensabile un'attribuzione di diritti solo in quanto sia correlata ad un'attribuzione di doveri e sia in fun-

zione non di finalità “egoistiche”, bensì della solidarietà sociale e del benessere collettivo. Una visione di questo tipo significa “che la realizzazione dell’uomo cui tende l’ordinamento non è concepibile al di fuori dell’impegno e della collaborazione nella sfera delle relazioni sociali”¹. Sicché l’individuo può godere dei beni personali, ivi compreso il proprio corpo, ma con il vincolo che i diritti su tali beni, nonché la libertà ad essi inerente, non pregiudichino il suo essere in società ed in funzione (altruistica) del bene (qui il termine è al singolare) degli altri consociati, verso i quali ha vari doveri, fra cui quello di lavorare e di prestare certi servizi fondamentali.

Dall’altro lato, c’è il versante (non sociale in senso ampio, ma) intersoggettivo del solidarismo che si manifesta, nel campo che ci interessa, nei confronti di individui affetti da malattie (particolarmente poi se gravi). Esiste una propensione umanitaria negli esseri umani (od in molti di essi), che li induce non solo a perseguire la guarigione delle altrui malattie (e sofferenze conseguenti), ma anche a preservare l’integrità fisica o la vita di altri individui. L’indifferenza verso le malattie (ancor più se esse abbiano un esito letale) o verso la perdita dell’integrità fisica o della vita di altri esseri umani è apparsa (o tuttora appare) deprecabile alla coscienza comune e tale da alimentare l’istanza etica a disattendere la volontà dei pazienti quando si possano e si debbano preservare quei beni, quali la salute, l’integrità fisica, la vita degli individui².

Tale fattore etico e culturale del solidarismo ha favorito un percorso argomentativo, che ha indotto parte della dottrina a configurare la salute come diritto ma anche come dovere costituzionale, o comunque a negare il diritto di rifiutare le cure quanto meno allorché tale rifiuto comporti una grave menomazione dell’integrità fisica o la morte dei pazienti³. Questo percorso argomentativo si è sostanziato sia nell’invocazione della tradizione giuridica circa l’indisponibilità e l’irrinunciabilità di diritti quali la vita e l’integrità fisica, nonché della normativa civilistica (soprattutto l’art. 5 del codice civile) che si può ricollegare a detti principi⁴, sia nell’interpretazione specifica dell’art. 32 Cost.. Ci limiteremo peraltro alla rievocazione degli argomenti relativi all’interpretazione della citata disposizione costituzionale, poiché, come ben mostrato anche da un costituzionalista, che pur si colloca nel filone dottrinale che nega il diritto al rifiuto delle cure, “va contestata...la compatibilità con l’ordinamento costituzionale di una scelta interpretativa che risolve la problematica della disponibilità del corpo e della doverosità della cura di sé in una norma civilistica”, posto che “l’art. 5 del codice civile è una di-

¹ Per riprendere le parole di G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 23.

² A supporto di quanto concisamente detto nel testo si richiamano le fini ed acute osservazioni di un autorevole giurista, P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA. Vari, *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1982, 92 ss..

³ Onde evitare in questa sede una elencazione dei numerosi autori sostenitori della tesi richiamata nel testo, ci limitiamo a rinviare alla bibliografia richiamata dall’accurata monografia citata in precedenza: v. G. PELAGATTI, *I trattamenti*, cit., 20 ss..

⁴ V., in questa prospettiva, fra gli altri, E. CAPIZZANO, *Voce Vita e integrità fisica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Torino, 1975, 1006 ss.; M. SANTILLI SUSINO, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Responsabilità civile e della previdenza*, 1977, 413 ss..

sposizione avente una diversa e ben più limitata portata, e certamente esprime valori giuridici che, alla stregua della Costituzione, appaiono completamente superati”⁵.

La motivazione della tesi circa la doverosità della salute ed i limiti della facoltà di rifiutare le cure anche in assenza di pericoli per la salute pubblica sembra fondata sostanzialmente su tre ordini di argomenti.

Anzitutto v'è un motivo di ordine letterale. L'art. 32, 2° c., Cost. prefigura la salute sia quale “diritto” dell'individuo, sia quale “interesse della collettività”. Tale qualificazione di un interesse non solo come “diritto”, ma anche quale “interesse pubblico” (della “collettività”), qualificazione che non si riscontra di norma nei diritti di libertà, indurrebbe a configurare tale situazione giuridica soggettiva come indisponibile e permeata anche da una doverosità, che legittima l'introduzione di limiti anche a vantaggio del titolare stesso (quindi contro la sua volontà)⁶.

In secondo luogo, si è negata l'equivalenza, in termini di valori, fra il diritto positivo alla salute ed il diritto, negativo, di non perseguire tale stato, anzi ad essere ammalati: il risvolto positivo di un diritto non è ritenuto equivalente al risvolto negativo. Infatti, l'art. 32 Cost. tutela un “valore finale positivo”, la salute, e tale situazione è assolutamente divergente da quella “che risulta dal mancato perseguimento del valore medesimo, o addirittura dalla attuazione del suo contrario”. Sicché “la tutela del diritto alla salute non può non avere nel sistema una superiore intensità giuridica, in chiave teleologica, rispetto alla difesa – necessariamente meno energica – del suo mero risvolto negativo”⁷. Ora, sulla base di queste riflessioni, se da alcuno si è dedotta una “doverosità civica”⁸, da altri si è tratto motivo per sostenere una doverosità giuridica, affermandosi che appare giuridicamente “inaccettabile la tesi che afferma la liceità del rifiuto di curarsi e che sostiene la configurabilità di un «diritto ad essere ammalati» quale aspetto negativo implicito nella garanzia del diritto alla salute” e che “la garanzia dell'autodeterminazione individuale...non comprende gli atti di disposizione del proprio corpo che compromettano in modo irreparabile la propria condizione fisica”⁹.

Infine, *last but not least*, è stato avanzato un argomento sulla base del canone dell'interpretazione sistematica. Costituiscono principî fondamentali non solo il lavoro quale

⁵ Cfr. G. PELAGATTI, *I trattamenti*, cit., 35.

Incidentalmente avanziamo una supposizione, peraltro da verificare con un'indagine che non sarebbe rilevante più di tanto nell'economia del presente scritto. Più esattamente l'invocazione dell'art. 5 c.c. e delle categorie della legislazione sub costituzionale sembra essere più diffusa nei decenni passati (cioè nel clima culturale dei medesimi) ed essere operata in maggior misura da giuristi di formazione civilistica.

⁶ V., a titolo indicativo, E. CAPIZZANO, *Voce Vita*, cit., 1007; C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 1102.

In verità, ci sono parole di un grande costituzionalista che sembrerebbero collocare quest'ultimo nella dottrina faurice della doverosità della salute. Afferma infatti Mortati, che “la salute...in quanto incide sul benessere non solo del singolo ma altresì dell'intera collettività, è considerata oggetto” pure “di un dovere inderogabile anche a provvedere alla sua conservazione da ritenere gravante sul singolo” (cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 43). Ma, se si considerano poi certe sue affermazioni sul diritto alla salute nel prosieguo dello scritto citato è problematica la sua riconduzione alla dottrina in oggetto.

⁷ Si riprendono le lucide osservazioni di P. BELLINI, *Aspetti*, cit., 62, 63 (il corsivo è dell'A.).

⁸ Sono sempre parole di P. BELLINI, *Aspetti*, cit., 65.

⁹ Cfr. G. PELAGATTI, *I trattamenti*, cit., 43.

fondamento della Repubblica (art. 1), non solo l'esistenza di "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (art. 2), ma anche, in termini lievemente più specifici, il dovere di ogni cittadino "di svolgere...un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società" (art. 4). Si tratta di principi etici, che però, pur nella loro genericità, sono ritenuti dall'opinione dominante, essere anche di natura giuridica. Orbene da questa filosofia costituzionale discenderebbe il dovere dell'individuo di dare il suo apporto alla vita sociale per il progresso della società e quindi di mantenersi in condizioni da poter assolvere tale dovere. Per richiamare parole quanto mai autorevoli in questa prospettiva, "in conformità alla concezione solidaristica che a termine dell'art. 2 ispira l'ordinamento, la salute, in quanto incide sul benessere non solo del singolo, ma altresì dell'intera collettività, è considerata oggetto" anche "di un dovere inderogabile a provvedere alla sua conservazione, da ritenere gravante su ciascuno", con il che la correlazione fra diritto e dovere della salute "trova poi un suo più preciso e diretto fondamento negli artt. 1 e 4 Cost."¹⁰. Svolgendo in termini più netti tale assunto del citato Maestro, si è detto che "tale dovere individuale è operante" anche "in ipotesi in cui la malattia produca i suoi effetti esclusivamente nel soggetto che ne è portatore" e che "la garanzia dell'autodeterminazione individuale, in questo ambito, non comprende gli atti negativi di disposizione del proprio corpo che compromettano in modo irreparabile la propria condizione fisica"¹¹.

Come risulta da quanto scritto poc'anzi l'ideologia solidarista, quale delineata concisamente in precedenza, si è tradotta in una motivazione giuridica ed in un'interpretazione dell'art. 32 Cost., in virtù della quale il diritto alla salute non ricomprende il diritto a rifiutare le cure non solo nel caso in cui sia minacciata la salute altrui, ma anche quando possa essere compromessa gravemente l'integrità fisica o la stessa esistenza di un individuo senza minaccia per la sanità pubblica.

3. Suggerzione liberale ed interpretazione dell'art. 32 della Costituzione

La suggerzione, di natura opposta, che ha condotto ad un diverso esito interpretativo dell'art. 32 e ad una più estensiva configurazione del diritto a rifiutare le cure, è costituita dall'istanza etico-politica del liberalismo, ossia dell'individualismo inteso però in un certo significato e con connotazione positiva. Più esattamente si tratta di un individualismo – che possiamo qualificare *à la* J.S. Mill od *à la* Bobbio (per indicare, a titolo esemplificativo, due esponenti emblematici nella cultura europea ed italiana) – secondo il quale, per richiamare qualche espressione significativa ed icastica del primo pensatore, "il libero sviluppo dell'individualità è uno degli elementi fondamentali del bene comune" ed è "connesso a tutto ciò che viene designato da termini come civiltà, istruzione, educazione, cultura", motivo per cui "è auspicabile che l'individualità sia libera di affermarsi nella sfera che non riguarda diret-

¹⁰ Cfr. C. MORTATI, *Tutela*, cit., 436.

¹¹ Cfr. G. PELEGATTI, *I trattamenti*, cit., 43.

tamente gli altri”¹². Tale concezione può essere definita quale “individualismo *ontologico* che parte dal presupposto...dell'autonomia di ogni individuo rispetto a tutti gli altri e della pari dignità di ciascuno”¹³, e che concorre a costituire “la base filosofica della democrazia”¹⁴. Si tratta di una suggestione, si potrebbe dire, naturale in un contesto di reazione ad un autoritarismo politico ma anche sociale del passato, reazione già maturata nei primi anni della Repubblica ed accentuatasi dagli anni settanta in poi. Richiamiamo sinteticamente gli argomenti principali addotti dalla cultura giuridica-costituzionalista e non – per configurare in termini estensivi il diritto alla salute inteso (anche) come libertà.

A) V'è un'argomentazione, che si sostanzia nell'impiego del criterio letterale e nella deduzione dal testo dell'art. 32 del diritto alla salute come libertà di curarsi o meno.

Anzitutto si è osservato che nella formulazione letterale dell'art. 32, 1° c., si qualifica l'interesse alla salute prima come diritto, poi come interesse della collettività. La priorità formale della figura del diritto denoterebbe la supremazia di questa in relazione a quella dell'interesse pubblico¹⁵.

In secondo luogo, c'è un dato testuale di ordine negativo. A differenza di altre norme costituzionali, l'art. 32, 1° c., non contiene il termine dovere e quindi l'interpretazione letterale indurrebbe ad una doverosità della salute individuale¹⁶. Quindi diritto, non dovere, alla salute nella lettera della disposizione costituzionale menzionata.

Infine, l'art. 32, 2° c., prevede sì trattamenti obbligatori, ma, precisa, “determinati”¹⁷. Orbene si è detto che sarebbe incompatibile con la formulazione letterale di detta disposizione “una legge che anziché determinare singolarmente i trattamenti imposti, si limitasse a sancire l'obbligo del malato di curare determinate malattie o addirittura quello di sottoporsi alle cure che un qualsiasi medico, o anche consulto di medici accreditati, ritenga per lui necessarie”¹⁸.

B) Sono stati poi avanzati argomenti, che si possono ricondurre più al canone dell'interpretazione sistematica, o che, comunque, appaiono dissociati dal testo letterale dell'art. 32. Ricordiamone, anche qui senza pretesa di esaustività, i più importanti (almeno a parere di chi scrive).

In primo luogo, si ricollega il diritto alla salute a norme-principio costituzionali, ma ovviamente diverse da quelle invocate dai sostenitori della tesi opposta. Per riprendere la formulazione di uno scritto assai citato quale espressione dell'indirizzo interpretativo in esame,

¹² Cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 1999, 65.

¹³ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 60. L'A. configura poi, sul piano prescrittivo, anche un “individualismo etico” (sempre corsivo dell'A.), quale ulteriore componente ed integrazione di questo indirizzo filosofico-politico.

¹⁴ Cfr. N. BOBBIO, *L'età*, cit., 60.

¹⁵ V., a titolo indicativo, D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in AA. vari, *Trattamenti*, cit., 21.

¹⁶ V. R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, 541 (peraltro riprendendo, con citazione di un nostro scritto del 1977, l'argomento in oggetto svolto in quest'ultimo).

¹⁷ Nel testo letterale dell'art. 32, 2° c., la formula adotta il singolare: “un determinato trattamento sanitario”.

¹⁸ Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Tutela*, cit., 23.

“la nostra Costituzione...può definirsi una costituzionale sociale”, ma essa “rimane tuttavia legata alla tradizione liberale e ai suoi principi, che vi trovano energica riaffermazione”, dal che consegue che “ogni limitazione alla libertà individuale...deve trovare un’*adeguata* giustificazione negli interessi collettivi”¹⁹ e che “*in principio* la Costituzione pone delle affermazioni di libertà e la limitazione non è la regola, ma l’eccezione”²⁰. Correlato quindi a questa filosofia liberale della Costituzione ed al conseguente principio desumibile dalla prima parte dell’art. 2 (che si riferisce ai diritti) il diritto alla salute non si sostanzia solo in una pretesa alle cure, ma anche in una libertà ricomprendente sia la facoltà di curarsi, sia quella di non curarsi (salvo l’eccezionale limite della tutela della salute pubblica).

A questo argomento di fondo fanno da contorno altri motivi.

Anzitutto è stata prospettata l’interpretazione dell’art. 32, 1° c., in combinato disposto con l’art. 13 Cost.²¹. Tale abbinamento delle due disposizioni costituzionali viene invocato per affermare una “insopprimibile libertà del singolo su se stesso”²² e l’indispensabilità del consenso del paziente per qualsiasi trattamento terapeutico (che non sia giustificato dalla tutela della salute pubblica).

In secondo luogo, si è richiamata, adesivamente, la nota tesi, secondo la quale il principio costituzionale di libertà implica la configurazione della tassatività dei doveri sanciti dal testo costituzionale²³. Ora, se si assuma questa opinione restrittiva circa la portata dei doveri costituzionali in generale, si aggiunge ad un argomento letterale desumibile dal testo dell’art. 32, 1° c., l’argomento più generale di natura sistematica circa la non configurabilità di un dovere costituzionale alla salute.

Infine, viene avanzato un argomento di tipo consequenzialista, se così può dirsi. Più esattamente, v’è la preoccupazione di gravi conseguenze (anche) in termini costituzionali che potrebbero discendere dalla configurazione del dovere alla salute. Per evocare le parole, un po’ enfatiche ma certo incisive, di un autorevole penalista, “predicare il *dovere giuridico di curarsi*, di essere sano – dovere fra l’altro concettualmente indeterminato e incontenibile – è aprire spaventose prospettive di imposizioni, di divieto, di controlli, che porterebbero ad involgere, al limite, l’intero modo di vita del soggetto nelle sue più diverse manifestazioni (alimentazione, fumo, vestiario, sessualità, lavoro, ecc.) e, scivolando sulla china delle quali, a ritrovare nel fondo abominevoli realtà”²⁴. La configurazione di un indeterminato dovere alla

¹⁹ Cfr. L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L’Amministrazione sanitaria* (a cura di R. ALESSI), Vicenza, 1967, 110 (il corsivo è dell’A.).

²⁰ Cfr. L. CARLASSARE, *L’art. 32*, cit., 111.

²¹ Circa il rapporto ed il combinato disposto degli artt. 32 e 13 della Costituzione, v. F. MANTOVANI, *Aspetti penalistici*, in AA. vari, *Trattamento*, cit., 157 ss. (l’Autore è stato il primo od uno dei primi a configurare tale combinato disposto: v. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1974, 84 ss..)

²² Cfr. F. MANTOVANI, *Aspetti*, cit., 157.

²³ Come noto il primo e più autorevole sostenitore di questa tesi è stato G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 21 ss.. Richiamano questa tesi ai fini di una ricostruzione del diritto costituzionale (e negazione del dovere) alla salute, sempre - con citazioni a titolo indicativo - R. D’ALESSIO, *I limiti*, cit., 541 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 311.

²⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Aspetti*, cit., 157 (il corsivo è dell’A.).

salute, con una ricaduta di conseguenze sullo stile di vita degli individui (implicando l'obbligo non solo di curarsi, ma anche di non ammalarsi, di prevenire le malattie), potrebbe provocare "una grave distorsione del modello di società in senso autoritario"²⁵ e la possibilità di tali effetti appare appunto un (ulteriore) motivo per contestare la tesi suscettibile di generare tale conseguenza.

Sulla base di questi motivi (ed altri di minor rilevanza) la cultura giuridica nettamente dominante²⁶ e vincente ha configurato il diritto alla salute in termini di libertà e non di doverosità giuridica²⁷, e quindi con il risvolto negativo – facoltà di rifiutare le cure – accanto a quello positivo – facoltà di curarsi.

4. Interpretazione liberale dell'art. 32 della Costituzione e limiti al diritto di rifiutare le cure

Come anticipato, chi scrive ha aderito, con un suo scritto della seconda metà degli anni '70²⁸, all'orientamento poc'anzi menzionato e risultato vincente, né si è convertito alla tesi opposta. Anzi nelle ulteriori riflessioni in campo bioetico ci siamo accodati a quella dottrina che ritiene disponibile e rinunciabile (peraltro con qualche limite) non solo il diritto (alla salute e) a curarsi, ma anche il diritto alla vita, inteso come pretesa sia a "lasciarsi morire"²⁹, sia a procurarsi, mediante aiuto od intervento di altri, la morte.

Inoltre, e ciò è più rilevante, ci siamo rafforzati nella convinzione, cui eravamo pervenuti negli anni '70 e che abbiamo cercato di motivare in termini più articolati in scritti successivi, in virtù della quale la configurazione di un potere di intervento su un soggetto (capace di intendere e volere) per il suo bene e senza il suo consenso (od addirittura con suo dissenso) costituisca una manifestazione di paternalismo, il quale è in contraddizione con la filosofia liberale ed individualista (à *la* Mill o à *la* Bobbio, per richiamare quanto detto in precedenza), che deve connotare la nostra costituzione e la sua interpretazione³⁰. In altri termini, abbiamo cercato di dimostrare il triplice assunto: 1) il paternalismo è in contrasto con la filosofia politica liberale, che fonda l'autodeterminazione individuale, 2) la filosofia politica liberale (disso-

²⁵ Cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 64.

²⁶ Abbiamo citato qua e là voci dottrinali, che hanno rappresentato la posizione di cui nel testo. Peraltro, ricordiamo che la citazione dei diversi giuristi – costituzionalisti, civilisti, penalisti, ecclesiastici – i quali appartengono a tale corrente di pensiero, avrebbe comportato una lunga, e pesante, elencazione, per cui si rinvia, per maggiori indicazioni bibliografiche, agli Autori citati nelle note precedenti. In secondo luogo, si fa presente, che la soluzione dominante in dottrina sta divenendo dominante in giurisprudenza: su ciò, si rinvia a C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 328 ss.

²⁷ Sottolineano la non deducibilità di una doverosità giuridica dalla doverosità morale P. BELLINI, *Aspetti*, cit., 64 ss., D. VINCENZI AMATO, *Tutela*, cit., 22.

²⁸ Se è consentita l'autocitazione ai fini della testimonianza di un'opinione professata, v. G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, 247 ss..

²⁹ Per usare un termine in dottrina penalistica già menzionata: v. F. MANTOVANI, *Aspetti*, cit., 157 ss..

³⁰ Sia consentito il rinvio a nostri scritti, nei quali abbiamo cercato di motivare quanto sostenuto nel testo circa l'incompatibilità fra paternalismo e costituzionalismo liberale: *Diritto a rinunciare alla vita e i suoi limiti*, in *Studi in onore di L. Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1005 ss.; *Non diritti "insaziabili", ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Diritto e società*, 2013, soprattutto 215 ss. e, da ultimo, *Paternalismo, antipaternalismo, Costituzione*, in *Diritto e società*, 2016, 629 ss..

ciata nettamente dal liberismo) è la *ratio* della normativa costituzionale in tema di libertà, 3) l'antipaternalismo implica la configurazione dell'autodeterminazione individuale (salvo i limiti dell'interesse pubblico o comunque altrui) anche nell'ambito della disposizione del proprio essere corporeo³¹. Dal che consegue anche il fondamento costituzionale della libertà di non curarsi in caso di malattia (oltre che la rinuncia alla propria integrità fisica o alla vita), quando l'esercizio di tale libertà non lede un interesse pubblico od un diritto altrui³².

Ribadita la nostra adesione all'opinione dominante nella materia *de qua*, riteniamo però, pur in questa prospettiva, che vadano configurati in termini un po' più estensivi i limiti del diritto di rifiutare le cure. Più esattamente reputiamo che l'interesse della salute collettiva non costituisca l'unico limite alla libertà di non curarsi, in ciò differenziandoci dalla dottrina dominante. Nel prosieguo cercheremo di dimostrare per quali motivi si debba estendere la limitazione del risvolto negativo del diritto alla salute e quali limiti ai...limiti si debbano configurare.

5. Coniugazione di individualismo liberale e fraternità

Anzitutto specularmente a quanto si è prospettato in precedenza, sembra opportuno muovere dalle suggestioni di fondo, suscettibili di orientare le riflessioni di ordine più strettamente giuridico, costituite dall'individualismo e dal solidarismo.

Nei primi decenni di vita repubblicana esisteva in molti (e tra questi anche in chi scrive) l'anelito a contestare le manifestazioni di autoritarismo politico, ma anche sociale, che persistevano pur in un regime liberaldemocratico. Di qui la sollecitazione, come s'è detto, a propugnare un individualismo che mirava ad "un affrancamento dalle diverse forme di potere"³³, senza negare le istanze di solidarietà sociale. Con una battuta, si desiderava realizzare le istanze di J.S. Mill, in netto contrasto con le suggestioni di Pio IX³⁴. Oggidì però è cambiato il quadro sociale e culturale, poiché, se ci sembra vero che certe istanze del passato contro il potere (politico, culturale, ecc.) mantengano un loro valore, si stanno delineando tendenze, che legittimano, entro certi limiti, istanze di segno opposto.

³¹ Si ricorda che sul paternalismo ed il suo opposto esiste una ricca letteratura di natura filosofica ed etica: v. per tutti, G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, e la bibliografia ivi citata.

³² Non ci soffermiamo a fornire più estesa dimostrazione della tesi sostenuta nel testo, rinviando ai nostri scritti citati in precedenza per gli argomenti prospettati a tal fine.

³³ Per riprendere le parole di una storica della filosofia: cfr. J. RUSS, *L'etica contemporanea*, Bologna, 1997, 12.

³⁴ Si fa presente che non solo i due personaggi storici, richiamati con la battuta, sono soltanto emblematici di due impostazioni, ma che non hanno rappresentato un riferimento culturale espresso per le opposte correnti nella materia *de qua*. Basti tener presente, per quanto riguarda il primo, che, come ben rilevato da un apprezzato studio del pensiero politico, in Italia "nella seconda metà del Novecento, dominata dal confronto tra cultura di ispirazione cattolica e cultura marxista, l'attenzione per Mill...è lasciata ad alcune cerchie di studiosi, sovente ispirati da una prospettiva neo-illuminista, nell'ambito strettamente filosofico e accademico": cfr. T. CASADEI, *Un pensiero che torna: itinerari sulla "fortuna" di Mill in Italia*, in D. BOLOGNESI, S. MATTARELLI (a cura di), *Fra libertà e democrazia. L'eredità di Tocqueville e J.S. Mill*, Milano, 2008, 177. Circa il secondo, lo si può assumere come simbolo di una posizione contraria all'autodeterminazione di marca liberale, anche se in termini estremizzati, poiché nei primi anni della Repubblica questo papa non rappresentava un faro anche per molti settori della cultura cattolica dei decenni precedenti.

Infatti, nel periodo repubblicano si è registrato (anche) in Italia un processo di secolarizzazione moderna e di “democratizzazione fondamentale”³⁵, che è correlata “ad un’alta individuazione e all’elettività dell’azione”, e che rende difficile la preservazione di “un altruismo in un mondo di persone altamente individualizzate ed individualiste”³⁶. Per richiamare altre parole, ancora più pertinenti al fenomeno in esame, può dirsi che, anche nell’Italia del dopoguerra (e soprattutto nei decenni successivi agli anni ‘60), si è manifestato su larga scala quell’“individualismo contemporaneo [che] non rappresenta più un trionfo dell’individualità sulle regole costrittive, ma la realizzazione di individui estranei alle discipline, alle regole, alle diverse costrizioni”, il che si sostanzia nelle “delizie del narcisismo, ben più che il possesso di un’autonomia, l’esplosione edonista” sicché sono peculiarità di quest’epoca “la promozione dei valori edonisti, permissivi, psicologici...la valorizzazione delle singole idiosincrasie”³⁷. Riassumendo può dirsi che, come acutamente osservato, questo processo di “democratizzazione fondamentale”, con crescita consistente dell’egoismo e decrescita corrispondente dell’altruismo, viene a tradursi in una recessione del valore della *Fraternité* (divenuto in disarmonia con la *Liberté* e con la *Égalité*)³⁸ ed in una attuazione (involontaria) di un radicale individualismo anarchico, à la Max Stirner³⁹.

Dinanzi a questa tendenza individualista sono possibili due reazioni di segno opposto. O si segue la concezione ultraindividualista (sia consentito l’uso di tale termine) di Max Stirner, la quale è non solo isolata e marginale nella filosofia e nella cultura in generale, ma appare incompatibile con la *ratio* fondamentale della filosofia politica ed etica, la quale, per definizione, consiste di teorie, che realizzano istanze sociali con la prefigurazione di principî, che trascendono nettamente gli interessi individuali. Oppure, in direzione contraria, si deve rilanciare il valore della *Fraternité*, convinti che il motivo dell’altruismo sia non solo un fattore, che può fondare una buona ed efficiente società, ma anche una linea guida, che deve orientare l’interpretazione della Costituzione, con la conseguenza che occorre contemperare diritti di libertà con la solidarietà e con i doveri. Con una battuta, si deve opporre all’individualismo di marca stirneriana un individualismo di impronta milliana, con venature mazziniane⁴⁰, che

³⁵ Questa formula, impiegata da Mannheim, è ripresa da G. GERMANI, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, in R. SCARTEZZINI, L. GERMANI, R. GRITTI (a cura di), *I limiti della democrazia. Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, Napoli, 1985, 30.

³⁶ Cfr. G. GERMANI, *Autoritarismo*, cit., 21. Le parole dell’autorevole sociologo in oggetto sono espresse nella prospettiva della descrizione dei conflitti nella società secolarizzata, ma ci sembra incontestabile che esse valgano anche a prescindere da un discorso sulla conflittualità dei gruppi sociali.

³⁷ Cfr. J. RUSS, *L’etica*, cit., 13.

³⁸ Su ciò, v. G. GERMANI, *Autoritarismo*, cit., 21.

³⁹ “Punto nodale” della concezione di detto pensatore “è l’individuo (l’«unico»), al di fuori ed al di sopra del quale non esiste nulla, se non vuote e mistificanti astrazioni (come, per esempio, l’idea di umanità)”, cioè l’individuo è “incondizionato sovrano del proprio mondo, dei propri valori, unica realtà effettiva”: cfr. Voce *Stirner, Max*, in *Filosofia, Enciclopedia Italiana “Treccani”*, Roma, 2010, 1110.

Ovviamente anche la citazione di M. Stirner è effettuata con la duplice precisazione, cioè che l’Autore è solo la personificazione culturale simbolica di un fenomeno sociale e che questo è l’esito di tantissimi comportamenti di individui che ignorano totalmente (e se non lo ignorano non si sentono suoi seguaci) il filosofo in oggetto.

⁴⁰ E’ bene rimarcare che Mazzini, come è noto, è stato il pensatore emblematico dei doveri, ma solo in contrapposizione ad un’acritica ed incondizionata apologia dei diritti, poiché anzi egli sosteneva che i doveri costituivano il supposto necessario della realizzazione dei diritti. Ecco perché il discorso sui doveri può essere ben in

combinati interessi individuali con i non meno importanti interessi collettivi. Non è Pio IX il solo nemico di J.S. Mill.

6. “Paura del tiranno” ed interpretazione della Costituzione

Oltre la suggestione etico-politica dianzi prospettata, riteniamo che debba operare un'altra suggestione, questa volta nel campo della logica e dell'argomentazione. Più esattamente, a parere di chi scrive, bisogna bandire un certo tipo di paura, che serpeggia qua e là nella cultura giuridica (e non solo in questa) e che si traduce in un'argomentazione (tanto emotivamente forte, quanto debole e fallace, per certi aspetti) sul piano logico. Per l'esattezza questa paura, frequente nei costituzionalisti (ma non solo in essi), si sostanzia nella formula “paura del tiranno”⁴¹ e nell'argomento denominato “il pendio pericoloso”⁴².

La “paura del tiranno” è costituita dal timore – che si ritiene fondato sull'esperienza storica – secondo cui una soluzione istituzionale possa provocare conseguenze gravemente sfavorevoli al godimento dei diritti di libertà ed, al limite, alla stessa esistenza di un regime liberaldemocratico. Più esattamente si tratta del timore che l'adozione di certe misure o normative possa trasfigurare il regime liberaldemocratico e trasformarlo in un sistema costituzionale più o meno autoritario o, peggio, totalitario. Una manifestazione classica di tale “paura del tiranno” ci è offerta dal timore dell'ampliamento dei poteri del governo o della pubblica amministrazione in materia di libertà, ricollegando il rafforzamento dell'esecutivo all'esperienza del fascismo o del nazismo, ossia istituendo una stretta correlazione fra presenza di un *leader* autocratico e sua titolarità di ampia potestà governativa.

L'argomento del “pendio pericoloso” si sostanzia nella contestazione di una tesi, di una soluzione (istituzionale, nel nostro caso), in base alle conseguenze inaccettabili che deriverebbero dalla medesima. Detto argomento, che “esprime una preoccupazione ben resa dall'espressione del linguaggio comune: «Di questo passo, dove andremo a finire?»”⁴³, può, come lucidamente lumeggiato, avere una duplice versione. C'è una “versione logica”, che sussiste allorché da una tesi, da una soluzione, deriva per necessità logica una certa conseguenza negativa. Ad esempio, se si affermasse che la libertà sessuale si sostanziasse anche nella facoltà di compiere atti senza o contro il consenso di un partner e quindi non dovesse incontrare alcun limite, ciò significherebbe anche il diritto (assurdo) di praticare la pedofilia o la violenza carnale. C'è, poi, la “versione empirica”, secondo la quale da una tesi, da una soluzione, deriva una conseguenza dannosa, non logicamente ineluttabile, ma assai

armonia con il pensiero di J.S. Mill, nella parte in cui riguarda la “sovranità della società” delineata da quest'ultimo.

⁴¹ Per l'impiego di tale formula v. S. CECCANTI, *Come nasce la paura del tiranno*, in *Il foglio*. Per una formula, assai simile, cioè il “complesso del tiranno”, v. G. AMATO, *Introduzione. Dal caso italiano al capitalismo ingovernabile. Riflessioni su un dibattito dalle gambe troppo lunghe*, in ID., *Una repubblica da riformare*, Bologna, 1980, 37.

⁴² Su tale formula, impiegata spesso, v., a titolo indicativo e con una lucida esposizione circa la (non) applicabilità all'eutanasia, v. D. NERI, *Eutanasia, scelte morali, dignità delle persone*, Roma, Bari, 1995, 157 ss..

⁴³ Cfr. D. NERI, *Eutanasia*, cit., 158.

probabile in fatto. Ad esempio, la proposta di abolizione del carcere e di qualunque istituto di segregazione non comporta di per sé, per necessità logica, la piena liceità del crimine (omicidio, strage, ecc.), e della sua commissione generalizzata, però provocherebbe tale effetto negativo in fatto⁴⁴.

La “paura del tiranno” e l’argomento del “pendio pericoloso” non sono intrinsecamente e necessariamente intrecciati. Può esistere la prima, come fattore latente, implicito, che induce a sostenere una tesi ed a negare un’altra, di segno contrario. Può essere addotto l’argomento del “pendio pericoloso” anche per contestare opinioni o tesi in ambito ben diverso da quello proprio del potere pubblico (oggetto della “paura del tiranno”), ossia, per chiarire, anche nella sfera di rapporti interprivati. L’abbinamento, se non è intrinsecamente e logicamente necessario, può però ben sussistere e, ci sembra, sussiste nel nostro caso, poiché esso può riscontrarsi anche nelle riflessioni e negli argomenti avanzati in tema di diritto a rifiutare le cure. Ciò può giustificare qualche considerazione circa i termini in cui possono essere utili o dannose una paura ed una previsione allarmistica nella riflessioni su temi di diritto costituzionale (e non solo di esso)⁴⁵. A tal fine, è necessario richiamare le conclusioni cui è pervenuta una consistente cultura psicologica.

A) Stando ad una consolidata opinione dei cultori di psicologia, esistono, in termini schematici, due tipi, ben diversi di paura⁴⁶.

Esiste, in primo luogo, un tipo di paura che è assolutamente necessario, cioè costituisce “un sistema essenziale per la nostra sopravvivenza”⁴⁷. Più esattamente, se sussiste un pericolo, è assolutamente opportuno che si manifesti una paura, poiché “la valutazione di pericolosità funziona come un segnale di allarme, acuendo la nostra capacità di attenzione e reazione” e “lo stato di allerta attivato dalla paura consente di affrontare al meglio il nemico-pericolo e di combatterli”. Detto con parole ancora più specifiche, “provare paura verso un oggetto o un evento significa essere in grado di valutarne la pericolosità e quindi mettere in atto una serie di azioni in grado di limitarne la valenza negativa e distruttiva e a volte di trasformarla in modo costruttivo”⁴⁸.

Se la paura di cui s’è detto è funzionale all’esistenza umana o comunque alla garanzia di una miglior vita, esiste una ben diversa, e patologica, paura, che danneggia e peggiora

⁴⁴ Per la distinzione delle due versioni dell’argomento del “pendio pericoloso”, e per illustrazione della differenza nel campo specifico della problematica dell’eutanasia, si rinvia, oltre che a D. NERI, *Eutanasia*, cit., 158 ss., anche a J. RACHELS, *Quando la vita finisce. La sostenibilità morale dell’eutanasia*, Casale Monferrato, 2007, 209 ss..

⁴⁵ Sembra superfluo far presente che, anche sulla base di quanto scritto in precedenza nel testo, la paura e le previsioni allarmistiche determinano non solo comportamenti, azioni, ma anche opinioni ed indirizzi di pensiero.

⁴⁶ Per un quadro lucido e sintetico delle varie forme di paura, delle cause e delle strategie difensive, ecc. v. M.R. CICERI, *La paura*, Bologna, 2001.

⁴⁷ Cfr. M.R. CICERI, *La paura*, cit., 8.

⁴⁸ Cfr. M.R. CICERI, *La paura*, cit., 9. L’A. cita come prova della sua affermazione l’esempio della paura del fuoco, con le sue conseguenze benefiche sia di protezione da pericolo sia di grandi vantaggi nelle attività umane (e precisando che, pur se “siamo diventati padroni del fuoco...non per questo non lo temiamo”: cfr. *op. cit.*, 10).

la vita degli esseri umani. Si tratta di quella emozione, che si determina in presenza non solo di pericoli inesistenti, immaginari, ma anche di rischi aventi un grado di probabilità di verificarsi assai inferiore a quanto temuto. Nell'ambito della cultura psicologica si impiega la denominazione di *paure alimentate*⁴⁹, che scaturiscono dalla enfattizzazione di un pericolo, che viene ingigantito in rapporto alla reale possibilità di accadimento e che sono "sostenute e nutrite dalla paura stessa"⁵⁰. Inoltre tale tipo di paura è dannosa, in quanto non soltanto genera ansia, ma anche può indurre comportamenti irrazionali e dannosi. Per esemplificare (e con un raffronto fra i due tipi di paura in oggetto), se il timore di una malattia contagiosa durante un'epidemia può utilmente indurre gli individui ad adottare le misure precauzionali per evitare il contagio, il timore di contrarre una malattia tumorale per l'ingestione occasionale e sporadica di un cibo potenzialmente cancerogeno è una paura alimentata poiché solo l'ingestione ripetuta e frequente potrebbe essere rischiosa. Oppure, se è giustificato il timore che motiva il rifiuto di recarsi in zone di guerra a scopo turistico, solo una paura irrazionale può comportare il rifiuto di viaggiare e di visitare Paesi sicuri (pur a rischio, statisticamente molto basso, di un attentato).

Questa bipartizione un po' grossolana della paura⁵¹, peraltro utile nell'ottica della presente trattazione, se ha ad oggetto il rapporto fra pericoli di ordine fisico, paura ed azioni reattive, nondimeno investe anche il pensiero e la sfera intellettuale e quindi può applicarsi per analogia anche a quest'ultima. Venendo al rapporto fra paura e diritto (costituzionale, in particolare), si deve dedurre, a parere di chi scrive, che la motivazione delle tesi e l'argomentazione dei giuristi possono legittimamente fondarsi (anche) sulla paura del primo tipo, mentre sono irrazionali se traggono alimento dal secondo.

Per quanto riguarda la "paura del tiranno", va detto che essa è da rigettare, cioè da contrastare in quanto emozione patologica. Che la paura nel pensiero giuridico e nella vita del diritto – come in tanti altri ambiti dell'esperienza umana, come s'è detto – sia necessaria in presenza di arbitrî ed abusi di potere, di natura sia pubblica che privata, è fuori discussione. L'essenza del costituzionalismo è indotta da una paura del potere e di un suo esercizio in funzione di interessi socialmente riprovevoli, che è frutto di un'esperienza storica di lunga durata e di pericoli ancora attuali. Ma la "paura del tiranno" è altro ed è irrazionale. Essa si fonda su una fallace equiparazione di pericolosità di potestà pubbliche in regimi autocratici e liberaldemocratici, laddove i rischi dell'esercizio di queste hanno un'intensità ben diversa. In concreto, l'attribuzione di potestà normative ed amministrative, perfino nell'ambito delle libertà politiche, ha esiti diversi in un regime dove manchino le libertà ed il governo detenga tutte le leve del potere da quanto avvenga in regimi nei quali ci siano garanzie giurisdizionali, un'opposizione al governo, un'opinione pubblica critica ed elezioni (non manipolate) periodiche. Una sfera di potere molto ampia in regimi fascisti, comunisti, teocratici, ecc. è pericolosa

⁴⁹ V., su ciò, M.R. CICERI, *La paura*, cit., 102-103.

⁵⁰ Cfr. M.R. CICERI, *La paura*, cit., 103.

⁵¹ L'elaborazione della cultura psicologica, come può ben intuire anche chi sia inesperto della materia *de qua*, è ben più ampia e sofisticata, come risulta anche dall'opera divulgativa, pur se scientificamente rigorosa, della Ciceri che abbiamo ripetutamente citato.

(e riprovevole), mentre in regimi liberaldemocratici ha esiti di tutt'altra natura. A tacere del fatto (rimosso con grave colpa dal lato culturale) che i sistemi liberaldemocratici cadono a causa di governi deboli, che non usano gli strumenti repressivi (l'esperienza dell'avvento al potere di partiti fascisti in Italia e Germania nel primo dopoguerra insegna), v'è il dato incontestabile che l'esercizio anche di un forte potere coercitivo da parte di governi e maggioranze parlamentari di ispirazione democratica non mette in pericolo la democrazia⁵². Quindi bando non agli scrupoli liberaldemocratici, ma a quell'ossessione che è costituita dalla "paura del tiranno"!

B) Considerazioni, se non identiche, almeno analoghe valgono per l'argomento del "pendio pericoloso". Una tesi, una soluzione A può comportare una conseguenza inammissibile, e perciò invalidante A, se la conseguenza sia logicamente deducibile da A oppure se si sostanzia in un pericolo o evento sfavorevole empiricamente accertabile. Se il "pendio pericoloso" fosse invece costituito dal timore di una violazione quanto mai improbabile (od impossibile) di un diritto costituzionale della persona, allora esso costituirebbe argomento irrazionale. Un esempio di tale adduzione, senza alcun fondamento logico od empirico, di tale argomento ci è offerto dal dibattito, cui s'è accennato in precedenza, sulla liceità o meno dell'eutanasia e da un argomento avanzato da una parte di coloro che sono contrari alla stessa⁵³. Per l'esattezza, contro l'introduzione nell'ordinamento dell'eutanasia si è avanzato, quale argomento del "pendio pericoloso", il pericolo che, "una volta aperta la breccia del principio dell'intangibilità della vita, sul presupposto del «motivo pietoso» si schiude la scivolosa china dei «passi successivi» come l'esperienza insegna. Di passaggio in passaggio a categorie affini la nozione di eutanasia si è andata sempre più dilatando: da quella passiva a quella attiva del moribondo, del malato incurabile non terminale e poi del mostro e perché non anche del vecchio, dell'handicappato, del demente e del malato di mente?"⁵⁴. Si tratta di quell'argomentazione che, in termini un po' ironici, è stata tradotta nella formula di un latino maccheronico: *reductio ad hitlerum*.

Abbiamo riportato queste parole dell'illustre penalista (ed amico dello scrivente da lunga data), per comprovare l'esistenza di un più pericoloso... "pendio pericoloso", che scaturisce da una paura fuori controllo. Poche notazioni possono sorreggere questa critica (formulata, è ovvio, con il massimo rispetto della persona e della dottrina in oggetto).

Sul piano della versione logica del "pendio pericoloso" v'è poco da dire. La dottrina in oggetto, come risulta dal passo richiamato, non ha sostenuto che la soluzione dell'eutanasia

⁵² Durante i conflitti bellici i governi liberaldemocratici hanno assunto poteri eccezionali (talvolta simili a quelli propri di regimi autoritari o totalitari), ma la democrazia non è venuta meno [anzi si è salvata proprio per l'adozione (anche) di misure eccezionali].

⁵³ Si fa presente che l'opinione contraria all'introduzione dell'eutanasia è perfettamente legittima e non intendiamo in questa sede contestarla (pur non condividendola). Nel testo si vuole contestare uno degli argomenti avanzati dai sostenitori di detta opinione, cioè quel "pendio pericoloso", fondato su una paura infondata sul piano logico ed empirico.

⁵⁴ Cfr. F. MANTOVANI, Voce *Eutanasia*, in *Digesto delle Discipline Penali*, IV, Torino, 1990, 426. L'A. può ritenersi emblematico di una tendenza culturale a far uso dell'argomento del "pendio pericoloso" contro l'eutanasia.

per i malati terminali sofferenti (e con il loro eventuale consenso a provocare il loro fine-vita) comporti, a rigor di logica, anche il potere di sopprimere persone non sofferenti, non in fin di vita, e non consenzienti alla loro soppressione. Non operando tale versione dell'argomento in esame non c'è motivo di critica poiché manca l'oggetto della critica stessa.

È stato invece avanzato l'argomento del "pendio pericoloso" in versione empirica. Qui le ragioni di una critica (anche serrata) dell'argomento ci sono tutte. Anzitutto c'è un'accezione distorta del termine eutanasia, che significa, secondo l'etimologia, buona morte in alternativa a cattiva morte di persone che purtroppo debbono morire⁵⁵. Ora il significato del termine è stato dilatato fino a ricomprendervi una serie di casi di soppressione di individui non per un loro interesse, cioè per evitare una loro sofferenza, bensì per interessi di altri, come prova la configurazione di un'eutanasia economica (eliminazione di esseri umani ai fini di "alleggerire la società dal peso dei soggetti degli economicamente inutili"), di un'eutanasia sperimentale (sacrificio di vite umane "per effettuare sperimentazioni per il progresso medico e scientifico") oppure un'eutanasia solidaristica ("sacrificio di soggetti a favore della vita e della salute di altri")⁵⁶. Queste forme di soppressione di esseri umani sono solo omicidi, che non sono mai stati oggetto di una giustificazione teorica da parte di pensatori umanitari e né mai praticati alla luce del sole nemmeno da governanti tutt'altro che umanitari.

In secondo luogo, i nazisti (per richiamare il caso più discusso) mai hanno soppresso esseri umani per motivi umanitari, bensì "il termine «eutanasia» fu utilizzato da Hitler come eufemismo per ...politiche omicide" posto che "l'eutanasia, dopo tutto, è stata invocata da numerosi filantropi"⁵⁷. Inoltre questa pratica omicida non è stata una conseguenza di un pendio alla cui cima vi fosse la effettuazione della vera eutanasia, non è stata cioè l'esito di un processo degenerativo iniziato da un fenomeno nobile. Infine, ci sono ordinamenti (liberal-democratici) nei quali è stata introdotta l'eutanasia⁵⁸ e che non risultano avere avuto processi degenerativi con l'effettuazione di pratiche di marca nazista.

A conclusione di quanto detto ed in prospettiva di quanto si dirà, solo un certo tipo di paura può concorrere a dar fondamento a discorsi giuridici, e costituzionalistici in particolare, mentre va bandita la paura irrazionale, frutto di un'accentuazione esagerata dei rischi. In concreto dinanzi a norme ed a misure limitatrici di diritti di libertà per motivi di pubblico interesse non si deve nutrire una diffidenza aprioristica, bensì si deve avere una propensione favorevole, salvo che esse siano suscettibili, con probabilità, di compromettere detti diritti di libertà e non siano praticabili forme di prevenzione contro la grave violazione di questi ultimi.

⁵⁵ Secondo lo ZINGARELLI, Voce *Eutanasia*, in *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2001, 669, eutanasia significa "Morte non dolorosa provocata in caso di prognosi infausta e di sofferenze ritenute intollerabili".

⁵⁶ Questa tipologia si rinviene in F. MANTOVANI, Voce *Eutanasia*, cit., 423.

⁵⁷ Cfr. J. RACHELS, *Quando la vita*, cit., 218, il quale precisa che i nazisti non usavano il termine eutanasia "come falso alibi" poiché alle famiglie raccontavano che "i loro parenti malati o ritardati mentali erano morti di malattie", tanto erano lontani dalla "idea di uccidere come atto pietoso" (cfr. *op. cit.*, 217. In tema v. anche D. NERI, *Eutanasia*, cit., 165 ss.).

⁵⁸ Per un quadro comparatistico della normativa sull'eutanasia, con riferimento particolare ai Paesi del Benelux, v. G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 193 ss..

La paura alimentata non deve avere cittadinanza nelle tesi e nei ragionamenti dei giuristi (anche) in tema di diritti di libertà.

7. Sfera dei diritti di libertà e bilanciamento degli interessi

Sussiste poi una considerazione generale di ordine giuridico, ma correlata al discorso, condotto in precedenza, sulla paura.

Dinanzi a possibili antinomie fra diritti di libertà ed interessi (di natura costituzionale) confliggenti⁵⁹ si possono assumere, diciamo così, due atteggiamenti argomentativi⁶⁰.

Da un lato v'è l'atteggiamento, che si può definire, della *preferred position* (di origine statunitense)⁶¹. Tale orientamento consiste nella configurazione della supremazia di determinati diritti (di libertà) nei confronti di altri interessi costituzionali, in quanto si delinea una gerarchia dei primi verso i secondi e quindi, per usare un gioco di parole, una...aprioristica priorità degli uni nei confronti degli altri. Si tratta di quell'*approach*, secondo cui alcuni "*constitutional rights* [hanno] a *preferred position*", mentre altri hanno, di conseguenza, un "*deferred position*"⁶². Esso è frutto di un forte timore di una menomazione dei diritti privilegiati, che induce ad una difesa quanto mai rigida di questi ultimi in caso di conflitto con interessi contrapposti.

Dall'altro lato, v'è l'atteggiamento qualificato come bilanciamento di interessi o di valori (secondo diverse prospettive)⁶³. Contrariamente all'altra, questa posizione si sostanzia nel rifiuto di una gerarchia aprioristica di interessi (o valori) costituzionali e quindi, più specificamente, della priorità incondizionata (anche) dei diritti di libertà. Tale atteggiamento argomentativo trova un fondamento teleologico nell'esigenza di realizzare, al massimo grado, tutti gli interessi costituzionali confliggenti, di volta in volta (pur in termini non casistici, ma normativi) operando una valutazione di costi-benefici. Più esattamente tale operazione si concretizza nella comparazione del diverso grado di compressione degli interessi in gioco e nella tutela di quello che potrebbe risultare più menomato di quanto si verifichi per l'interesse confligente. Per citare uno dei tanti esempi possibili, è quanto mai lecito configurare come limite

⁵⁹ In verità l'antinomia e la duplicità di atteggiamenti argomentativi possono sussistere nel caso di rapporti fra interessi costituzionali diversi dai diritti di libertà, ma ciò non è rilevante in questa sede.

⁶⁰ In lingua inglese si è impiegato, per denotare ciò che abbiamo definito atteggiamento argomentativo, il termine *approach*: v. V. SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitution of the United State*, New York, London, III, 1968, 10 ss..

⁶¹ Su questo atteggiamento argomentativo, si rinvia a titolo indicativo a B. SCHWARTZ, *A Commentary*, cit., 6 ss.; v. pure R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 32 ss.

⁶² Per riprendere le parole del giudice Jackson (peraltro contrario a questo atteggiamento argomentativo), riportate da B. SCHWARTZ, *A Commentary*, cit., 8.

⁶³ Su questo atteggiamento argomentativo, oggetto di una letteratura sterminata sia italiana, sia straniera, ci limitiamo a richiamare tre monografie ed una voce enciclopedica: v. R. BIN, *Diritti*, cit., 32 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Milano, 2002, opera dedicata alle vicende del bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense e tedesca; A. MORRONE, *Voce Bilanciamento*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 185 ss..

alla libertà di manifestazione del pensiero il rispetto dell'intimità personale e il divieto di pubblicazione di notizie attinenti alla vita privata e prive di interesse pubblico, poiché la portata significativa della libertà in oggetto non è molto menomata se viene sottratta ad essa la narrazione di vicende strettamente personali, laddove la mancanza del limite *de quo* si tradurrebbe in grave menomazione di interessi fondamentali quali l'onore, la reputazione o la riservatezza⁶⁴. A ciò va aggiunto che dottrina e giurisprudenza hanno delineato canoni mediante cui va praticato e verificato il bilanciamento di (interessi o) diritti: la necessità della compressione di un diritto, la proporzionalità della limitazione (che perciò va contenuta nei limiti del necessario), la preservazione del nucleo essenziale del diritto⁶⁵.

Non ci diffondiamo sui tanti profili del bilanciamento di (interessi o) diritti, poiché ciò è irrilevante in questa sede. Ci limitiamo a poche e lievi considerazioni rilevanti per il nostro tema.

Anzitutto condividiamo, accordandoci all'opinione dominante, quest'ultimo atteggiamento argomentativo. Infatti quello opposto, della *preferred position*, è frutto di una paura ed ha una valenza solo difensiva, ma rischia di essere dannoso alla costellazione dei diritti e interessi costituzionali (si sottolinea questo aggettivo) nel suo complesso. Il diritto A, se deve prevalere sul diritto (o interesse) B in una serie di circostanze, in un certo ambito, non deve necessariamente prevalere su quest'ultimo, allorché la prevalenza potrebbe determinare una forte menomazione di B senza un sostanziale vantaggio di A. Esempificando, la libertà di cronaca, allorché i fatti abbiano un interesse pubblico che legittima la pretesa all'informazione, deve prevalere sulla riservatezza, mentre non può estendersi ai gossip, poiché, in quest'ultimo caso, sussisterebbe una menomazione grave della riservatezza senza una significativa e giustificata limitazione della libertà di cronaca. È interesse dell'individuo poter informare liberamente, ma senza violazione della sfera dell'intimità, cioè è meglio per lui avere un limite nel proprio potere di informare piuttosto che sussista un potere di altri di rendere note sue vicende strettamente private, intime. Oppure, se vogliamo richiamare una similitudine extragiuridica, è interesse dell'individuo prevenire le malattie con ragionevole rispetto delle regole dell'igiene alimentare, ma costituisce una manifestazione patologia la privazione di qualunque piacere della tavola per il rischio (pur improbabile) di contrarre qualche malattia⁶⁶.

⁶⁴ Su tale argomento si rinvia, per tutti, a A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA (fondato da) e A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 338 ss. (la parte dello scritto citato è del primo Autore).

⁶⁵ Su ciò, v., a titolo indicativo, A. MORRONE, *Voce Bilanciamento*, cit., soprattutto 196 ss.; G. SCACCIÀ, *Gli "strumenti"*, cit., 309 ss..

⁶⁶ A conclusione di quanto detto nel testo si possono richiamare le lucide parole di una sentenza della Corte costituzionale: "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri... Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (cfr. sentenza n. 85 del 2013, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 1478, 1479):

8. Interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica e diritto di rifiuto di cure

Nel contesto delle coordinate delineate in precedenza e motivate ampiamente (poiché alcune risultano in contrasto con opinioni diffuse), si può dar risposta all'interrogativo circa i confini del diritto a rifiutare le cure.

Il diritto in oggetto, riprendendo quanto sostenuto in precedenza circa l'ispirazione liberale à la J.S. Mill della nostra costituzione e la necessità di rifarsi a tale ispirazione nell'interpretazione della medesima⁶⁷, non può essere limitato nel mero interesse dell'individuo, cioè del paziente. L'uso del proprio corpo, la disponibilità della propria salute e perfino della vita sono, in prima battuta, l'esito del principio costituzionale di autodeterminazione. Di conseguenza solo la presenza di interessi di altri soggetti (pubblici o privati) può giustificare la configurazione di limiti al diritto di non curarsi. Posto ciò, si tratta di verificare quali interessi altrui possono prevalere sulla libertà di rifiutare le cure.

Anzitutto detti interessi confliggenti con la libertà in oggetto debbono avere natura costituzionale. In mancanza di tale requisito prevale la tutela della libertà. Posto questo assunto, pacifico in dottrina, la priorità assoluta del diritto alla salute (anche) quale diritto di libertà in rapporto a diritti o interessi costituzionali non ha ragion d'essere sulla base delle considerazioni svolte in precedenza e che possiamo sommariamente richiamare.

A tacere del fatto che, sul piano strettamente etico, la salute è un valore ed il suo perseguimento è meritorio (all'opposto della permanenza di un soggetto in uno stato di malattia), la soluzione del tema in oggetto deve avere un triplice requisito:

- a) conformità all'istanza del solidarismo e della fraternità;
- b) derivazione da una preoccupazione ragionevole dettata da effettivi rischi;
- c) esito di un bilanciamento di interessi (costituzionali) senza una *preferred position* di un diritto⁶⁸.

Da ciò si deduce che il diritto di rifiutare le cure (risolto negativo del diritto alla salute) può recedere dinanzi ad interessi costituzionali ulteriori rispetto alla salute collettiva cui fa espresso riferimento l'art. 32 Cost.

9. Specifici interessi costituzionali contrapposti al diritto di rifiuto di cure

Posto che il diritto di rifiutare le cure può subire limitazioni oltre i limiti dell'art. 32 Cost., si devono però determinare, pur in termini generali, i confini di tali restrizioni. È, infatti, superfluo rilevare che, anche nel nostro caso, si deve effettuare un'operazione di bilanciamento, e non può riconoscersi una *preferred position* né al diritto in oggetto ma nemmeno ad interessi costituzionali contrapposti a questo.

Onde individuare gli interessi suscettibili di bilanciamento (e limitazione) del diritto a rifiutare le cure si deve verificare quali interessi costituzionali possano richiedere uno stato di

⁶⁷ V. la tesi e la sua motivazione in par. 4, *supra*.

⁶⁸ V. *supra*, paragrafi 4, 5, 6.

salute individuale per la realizzazione e la tutela di questi ultimi. Riteniamo che, a tal fine, siano rilevanti gli interessi che stanno alla base dei doveri costituzionali⁶⁹, i quali possono anche essere correlati a diritti deducibili dalla carta fondamentale⁷⁰. Si può affermare, in prima battuta, che tali interessi costituzionali non sono molti. Comunque passiamo in rassegna i vari doveri costituzionali utilizzando per comodità espositiva la classificazione di un articolato scritto di una costituzionalista torinese⁷¹.

Prendendo in considerazione i doveri politici⁷², ci sembra che solo il dovere di difesa della Patria possa giustificare un'eventuale imposizione di cure e la negazione del diritto di permanere in stato di malattia, posto che la realizzazione del fine costituzionale in oggetto può legittimare la menomazione fisica e perfino il sacrificio della vita⁷³. Non sono rilevanti nella materia *de qua* gli altri doveri politici, i quali non comportano prestazioni, che richiedano uno stato di salute e di conseguenza una doverosità del medesimo⁷⁴.

Venendo ai doveri di solidarietà economica e sociale⁷⁵ sono assolutamente irrilevanti i due doveri, d'istruzione⁷⁶ e tributario, perché non ricollegabili al diritto di rifiutare le cure. Possono essere, invece, rilevanti altri doveri, ma con precise condizioni e ben definiti limiti. Infatti il dovere al lavoro, il dovere di cura e quello dei genitori verso i figli possono richiedere, per il loro adempimento, uno stato di salute fisica (e psichica) e quindi legittimare il legislatore a circoscrivere il diritto di rifiutare le cure. A questi doveri di solidarietà economica e socia-

⁶⁹ Seguendo un'autorevole dottrina v., per tutti, A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 552, riteniamo che la figura del dovere vada, secondo anche un'accezione consolidata, riferita solo a individui singoli o associati mentre non sia estensibile ai soggetti pubblici.

⁷⁰ Abbiamo sostenuto in un nostro scritto – v. G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri*, cit., 367 – che la figura del dovere è significativa, nel discorso costituzionalistico, se non sia intesa come mero risvolto della medaglia dei diritti costituzionali. Ciò non esclude che, in presenza di certi rapporti (di regola, nell'ambito di una formazione sociale quale la famiglia), si possa ravvisare una duplicità di situazione giuridica attiva e passiva. Comunque si tratta di ipotesi infrequenti, posto che i doveri espressamente sanciti dalla Costituzione riguardano rapporti fra Stato (od enti pubblici) ed individui, come ad esempio in materia tributaria, e che, se si ravvisassero automaticamente doveri in presenza di diritti, i primi sarebbero assorbiti nella sfera indeterminata dei secondi.

⁷¹ V. A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 2 ss..

⁷² Secondo la classificazione della dottrina citata, i doveri politici sarebbero costituiti dai doveri di voto, di difesa della Patria, di fedeltà alla Repubblica, di obbedienza alla Costituzione e alle leggi: v. A. POGGI, *Corte*, cit., 43 ss..

⁷³ Sulla netta preminenza dell'interesse collettivo della difesa della Patria sul diritto alla salute militano esatte considerazioni di D. VINCENZI AMATO, *Tutela*, cit., 21.

⁷⁴ Non necessita dimostrazione l'assenza di relazione fra doveri come quello di fedeltà alla Repubblica, per esemplificare, e la necessità di uno stato di salute per il loro adempimento.

⁷⁵ Sempre in base all'elencazione operata dalla citata dottrina sono tali i doveri al lavoro, dei genitori verso i figli, di cura, di istruzione, tributario: v. A. POGGI, *Corte*, cit., 54 ss..

⁷⁶ Si esclude dalla tematica in oggetto il dovere di istruzione, poiché, se è vero che uno stato di malattia compromette l'istruzione di un individuo, nondimeno non sembra che la mancata acculturazione di un cittadino maggiorenne sia un danno sociale tale da giustificare la liceità di un trattamento sanitario coattivo. Un danno, se mai, è costituito dall'inidoneità al lavoro indotta da una malattia, ma in tal caso è rilevante eventualmente il dovere al lavoro, di cui si tratterà *infra*. Va poi aggiunto che, nel caso di un minorenni il dovere all'istruzione vale non tanto nei suoi confronti, quanto verso i genitori, ma allora rileva il dovere dei genitori di curare ed allevare i figli, di cui all'art. 30 Cost.

le chi scrive, ritenendo che l'elencazione di questo tipo di solidarietà economica e sociale, quale deducibile dal testo costituzionale, non sia esaustiva, reputa che vada aggiunto un dovere, che può rilevare nella materia *de qua*: quello della prestazione d'opera in caso di calamità naturali⁷⁷.

10. Termini nei quali interessi costituzionali possono limitare il diritto di rifiutare le cure

Delineati gli interessi, cioè i doveri, costituzionali che giocano un ruolo nella delimitazione della libertà di non curarsi, è ora necessario verificare in quali termini i doveri stessi possono limitare detta libertà.

In via preliminare un limite all'imposizione di un dovere è costituito dalla idoneità, *recitius* inidoneità, di un soggetto ad adempiere detto dovere per incapacità fisica o psichica. Per intenderci, se un soggetto ammalato non potrebbe comunque, anche se curato e guarito da una malattia, fornire prestazioni, cui sarebbe obbligato, per una causa indipendente dalla malattia (es. per una grave menomazione fisica, costituita dalla mancanza di arti superiori) il potere di imposizione di un trattamento sanitario coattivo sarebbe escluso. Su ciò non sembra opportuno spendere altre parole.

L'operazione più importante ci sembra essere la configurazione dello specifico bilanciamento fra i diversi doveri ed il diritto di rifiutare le cure, il che, pur in presenza di un margine di opinabilità delle soluzioni prospettate, è quanto cercheremo di effettuare nel prosieguo.

A) Il dovere di difesa della Patria può prevalere, a nostro parere, sul diritto di rifiuto delle cure se sussistano due circostanze. In primo luogo, l'esistenza di una guerra, con ciò escludendosi la minaccia di guerra o comunque situazioni non belliche. Inoltre, riteniamo che debba trattarsi di una guerra implicante un consistente impegno della comunità politica. In questi termini la Patria dev'essere in grave pericolo e ciò può verificarsi nel caso di invasione del territorio nazionale, con il fine della *debellatio* dello Stato, mentre ci sembra che una guerra per la difesa della libertà di altri popoli⁷⁸, con limitato impegno militare all'estero, senza che sia a rischio l'integrità del territorio, non costituisca una legittimazione di trattamenti sanitari obbligatori.

B) La rilevanza del dovere al lavoro nella materia *de qua* sussiste, ma esige una rigorosa puntualizzazione.

⁷⁷ Per l'adesione di chi scrive alla tesi della non tassatività dei doveri costituzionali in base al testo della carta fondamentale, ci limitiamo a rinviare al nostro scritto, *Doveri costituzionali: definizione del concetto, regime e loro valorizzazione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1673 ss..

⁷⁸ Il problema della liceità o meno di una guerra per la libertà di popoli oppressi richiederebbe un lungo discorso, che non possiamo affrontare in questa sede. Ci limitiamo ad affermare, che, con molti limiti e doverose precisazioni, una guerra di liberazione di popoli dall'oppressione sia costituzionalmente ammissibile (non doverosa, ovviamente), in quanto è proprio perché storicamente stati democratici (*in primis* gli U.S.A.) hanno seguito questa tesi che esiste la nostra costituzione con l'art. 11, mentre, se fosse prevalso il pacifismo, non avremmo avuto l'attuale regime costituzionale. Comunque, qualora si segua la tesi pacifista, che nega in radice la legittimità costituzionale di tali guerre, non sussisterà il dovere e la sua prevalenza sul diritto a rifiutare le cure di cui si è trattato nel testo.

La prevalenza incondizionata del dovere al lavoro sulla libertà di curarsi o meno sarebbe incompatibile con il principio di libertà personale. Infatti posto che tante malattie, anche se non gravi, ripetute possono compromettere la produzione di beni o di servizi, ne deriverebbe una potestà coercitiva (in materia sanitaria) quanto mai estensiva dello Stato (od altri enti pubblici) nei confronti dei cittadini. A rigore il dovere al lavoro implicherebbe un dovere alla salute e quindi un obbligo di stili di vita, da tradursi non solo in vincolo di cura, ma anche di prevenzione di malattie, con una violazione del contenuto essenziale della libertà personale. Il che ci sembra ben spieghi anche la ritrosia di un autorevole dottrina, che pure ha propugnato l'istanza solidarista e la doverosità del lavoro (sia nella Costituente che nel dibattito dottrinale), a dedurre dal dovere in oggetto anche il potere coercitivo di trattamenti sanitari⁷⁹.

Diverso discorso va fatto se si intende il dovere al lavoro come onere, la cui inosservanza può determinare mancata acquisizione o perdita di benefici. Si può citare, a riprova della tesi circa gli effetti sfavorevoli della mancata osservanza del dovere in oggetto, l'affermazione di un'autorevole dottrina (liberale) che pur ha teso a svalutare la portata giuridica dell'art. 4, c. 2, della Costituzione. Secondo tale dottrina "chi non si rende socialmente utile con la propria attività resta privo di tutti i vantaggi che l'ordinamento vi ricollega"⁸⁰. Orbene, riteniamo che il dovere al lavoro, se inteso come onere, e quindi come figura intermedia "tra la libertà e l'obbligo", quindi assai più *soft* di quest'ultima figura giuridica⁸¹, possa ben giustificare conseguenze sfavorevoli in presenza di mancati comportamenti dei cittadini, e quindi legittimare anche la mancata acquisizione o la perdita di certi benefici da parte di cittadini che non possano lavorare per malattia (curabile) e rifiutino i trattamenti curativi che consentirebbero lo svolgimento di un'attività lavorativa.

C) Il dovere dei genitori di mantenere, educare, insomma di crescere i figli può entrare in rotta di collisione con il diritto di rifiutare le cure. Non è necessario spendere parole per comprovare che uno stato di malattia può compromettere il diritto dei figli ad essere adeguatamente allevati. È invece necessario configurare la portata ed i limiti del dovere dei genitori in rapporto al loro diritto di rifiutare le cure. A tal fine ci sembra che il dovere di subire un trattamento terapeutico ai fini dello svolgimento della funzione educativa sussista solamente ad una triplice condizione.

Anzitutto i figli beneficiari debbono essere non solo minori, ma anche di tenera età. Non si può prefigurare un termine in assoluto, però una legge potrebbe determinare un limite di età. Infatti una cosa è il bisogno di avere genitori, di una madre in particolare, di un bambino di pochi anni, altro è tale bisogno di un adolescente quasi maggiorenne.

⁷⁹ Ci riferiamo alla già richiamata presa di posizione, nella materia *de qua*, di uno dei Padri della Costituzione; v. C. MORTATI, *Tutela*, cit., 436 ss..

⁸⁰ Cfr. M. MAZZIOTTI, Voce *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 342.

⁸¹ La formula, di cui nel testo, è il sottotitolo dell'opera fondamentale in materia, di G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, dalla quale è scaturita l'opinione di chi scrive circa la conciliabilità di un dovere costituzionale (tradotto in onere) e un diritto di libertà: sul punto ci permettiamo di rinviare a G. GEMMA, *Doveri costituzionali*, cit., 1677.

In secondo luogo, la malattia da curare in via coercitiva dev'essere grave, cioè tale da provocare o un'invalidità quanto mai consistente o la morte del genitore. Infatti non ogni situazione patologica rende inidoneo un individuo a svolgere le funzioni genitoriali, ma solo malattie gravemente invalidanti o mortali.

Alle due condizioni dianzi menzionate deve aggiungersi una terza. La cura della malattia deve risultare funzionale al conseguimento di una buona qualità della vita del genitore, quanto meno di uno stato psico-fisico, che possa consentire di realizzare un'adeguata crescita dei figli. Quale possa essere uno stato psico-fisico soddisfacente non può essere determinato in questa sede. Però possiamo affermare che, se la cura non fosse idonea a rimuovere un grave stato psico-fisico e la vita del (o della) paziente risultasse assai gravosa, non sarebbe lecita l'imposizione di un trattamento terapeutico. C'è il diritto del figlio ad essere allevato, ma riteniamo sussista pure un diritto alla qualità della vita di qualunque essere umano (genitori compresi) e che non si possa vanificare tale diritto sia pur per un altro, pur rilevante, diritto⁸².

D) Sussiste pure un dovere di cura⁸³, peraltro anche in tal caso in termini da puntualizzare. Abbiamo visto che non sussiste un diritto di rifiutare trattamenti sanitari nelle ipotesi di malattie contagiose, in quanto la salute collettiva prevale sulla libertà di non curarsi. In questa sede si pone l'interrogativo se possa configurarsi un dovere di cura anche per ragioni di ordine sanitario, ma diverse da quelle costituite dalla minaccia indotta da malattie contagiose. Per chiarire tale interrogativo con un esempio: se un famoso medico (presumibilmente un chirurgo), dotato di una straordinaria capacità terapeutica (di cui siano dotati raramente medici, anche se di valore) ed idoneo a salvare molte vite umane, rifiutasse un trattamento terapeutico, che lo mantenga in grado di continuare a svolgere la sua benefica attività, potrebbe essere consentita una cura coattiva nei suoi confronti?

A nostro parere, la risposta dovrebbe essere positiva, sulla base di un'interpretazione teleologica. Infatti la *ratio*, che legittima un trattamento sanitario (pur senza consenso) onde tutelare la salute collettiva minacciata da un'epidemia, è la medesima nell'ipotesi qui considerata. Anche in questo caso la salute di migliaia di pazienti dovrebbe prevalere sul diritto di rifiutare le cure. Un interesse costituzionale basilare di molti deve prevalere sulla componente di un diritto di libertà di uno o comunque pochissimi.

L'interrogativo posto con l'esempio addotto, cui si dà risposta positiva, implica però di per sé i limiti del dovere di cura. Infatti per affermare l'obbligo di cura occorrono i seguenti presupposti: la gravità della malattia, con possibile esito letale del medico, egualmente la gravità delle malattie dei numerosi pazienti e la mancanza (totale o quasi) di medici che sia-

⁸² In altra sede abbiamo ritenuto possa configurarsi un diritto alla felicità: v. il nostro *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in *Annuario de Facultad de derecho de Universidad La Coruña*, 2008, 519 ss.. Ribadiamo questa tesi, pur ritenendo che a questa conclusione possa addivenirsi anche con altra motivazione – con la precisazione che detto diritto significa fondamentalmente la pretesa a non subire gravi sofferenze e quindi la illegittimità di norme e di comportamenti che possono arrecare gravi danni all'equilibrio psico-fisico di una persona.

⁸³ Riprendiamo la formulazione della A. POGGI, *Corte*, cit., 58.

no idonei a curare i tanti pazienti. Questi presupposti, come ben si verifica, circoscrivono notevolmente il dovere di cura nell'ambito *de quo*.

E) Da ultimo c'è il dovere di prestazioni nell'ipotesi di calamità naturali. In tal caso, con qualche analogia con l'ipotesi di guerra, deve, a nostro parere, sussistere una particolare gravità dell'evento infausto, con durata di effetti devastanti. Senza addentrarci in una controvertibile casistica, ci sembra che sussista l'ipotesi in esame in presenza di terremoti devastanti come quello di Messina e Reggio Calabria (per riferirci al territorio italiano).

11. Osservazioni conclusive

Concludiamo lo scritto con un veloce sguardo a quanto sostenuto in precedenza e con una notazione relativa alla filosofia che sottosta all'opinione avanzata.

A) Abbiamo assunto il diritto alla salute (anche) quale diritto di libertà e quindi inglobante la facoltà di rifiutare le cure (perfino nelle ipotesi in cui il rifiuto provochi gravi conseguenze per il paziente). Nel contempo abbiamo sostenuto che possono sussistere interessi costituzionali, che si contrappongono, limitandolo, al diritto alla salute nel risvolto negativo di libertà di non curarsi e che tali interessi non siano costituiti solo dalla salute pubblica, ma anche da altri, i quali sono ricollegabili ai doveri costituzionalmente fondati. Sono stati prospettati gli interessi che possono bilanciare il diritto di rifiutare le cure al fine di fornire un quadro concreto delle conseguenze di quanto sostenuto, restando inteso che va ben distinto il discorso sulla tesi generale circa limiti ulteriori oltre quanto contemplato dall'art. 32, 2° c., Cost. dall'accoglimento o dal rifiuto dell'applicazione in concreto della tesi di fondo prospettata.

I limiti costituzionali, che può incontrare il diritto a rifiutare le cure, sono comunque...limitati, cioè hanno una sfera circoscritta e permane un'ampia portata del diritto in oggetto.

Infatti, anzitutto, può essere sottolineato che si è parlato di ipotesi di possibile imposizione di cure nei confronti di soggetti ammalati, mentre il discorso condotto non investe l'area della prevenzione di malattie di individui sani. Il timore che la tesi sostenuta generi un'invadenza dello Stato nella scelta di stili di vita, nella sfera dei comportamenti umani, che potrebbero provocare malattie, non avrebbe fondamento, perché non sarebbe investita l'area più vasta della libertà personale degli individui.

In secondo luogo, il diritto di rifiutare cure può recedere in presenza non di malattie *sic et simpliciter*, bensì di gravi malattie con possibili effetti invalidanti o letali. Quindi la pretesa a rimanere ammalati prevale spesso e recede in ipotesi che, tutto sommato, costituiscono più eccezioni che non una regola.

In terzo luogo, nell'ottica di una possibile coattività di trattamenti sanitari, quindi non solo obbligatori ma pure coercitivi, valgono le garanzie proprie della libertà personale, cioè

riserva di legge e di giurisdizione⁸⁴. Quindi sussistono anche consistenti argini procedurali, accanto ai vincoli sostanziali, contro un'eccessiva compressione del diritto a rifiutare le cure.

Infine il bilanciamento di interessi, di cui s'è trattato, può legittimare la compressione del diritto di rifiutare le cure, cioè giustificare costituzionalmente detta compressione, ma non comporta automaticamente l'obbligatorietà di quest'ultima nei confronti del legislatore (ed, eventualmente, dei giudici): Come ben messo in luce con icastiche parole, ci può essere un tipo di "bilanciamento tra diversi interessi già operato dal legislatore" ed un altro tipo "invece...effettuato direttamente dalla Corte" contrapposto "a quello già effettuato dal legislatore"⁸⁵. Nel nostro caso ci sembra che siamo in presenza del primo tipo di bilanciamento con la possibile verifica, da parte della Corte, della legittimità dell'eventuale prevalenza attribuita dal legislatore di un dovere costituzionale nei confronti della libertà di (non) curarsi. Quindi ulteriore limitazione...dei limiti.

Sulla base di tutte queste considerazioni una configurazione più restrittiva in rapporto a quanto è sostenuto dalla cultura giuridica dominante del diritto a rifiutare le cure non costituisce certo un passo verso un autoritarismo costituzionale.

B) Venendo alla notazione relativa alla filosofia costituzionale, cui è informato il presente scritto, riteniamo che, anzitutto, debba sussistere a livello sia etico che giuridico (e costituzionale, in modo specifico) un equilibrio fra diritti e doveri e che, ciò che è più rilevante e meno banale, un equilibrio ottimale non sia stato ancora pienamente raggiunto. Da un lato, sussistono a nostro parere ancora diritti (soprattutto nella sfera bioetica) che sono controversi e non sono riconosciuti come meriterebbero, con una preponderanza di doveri, la quale non appare in armonia con i principî liberaldemocratici: ne è esempio il disconoscimento del diritto a far cessare la propria vita, quando essa sia fonte di gravi ed insopportabili sofferenze⁸⁶. Dall'altro lato, è necessario ampliare l'ambito di operatività dei doveri non solo etici, ma anche giuridici, e costituzionali in particolare, con il superamento della miope concezione dell'antitesi: doveri-diritti e con l'acquisizione invece della consapevolezza dell'imprescindibilità dei primi per la realizzazione dei secondi⁸⁷.

⁸⁴ Per quanto riguarda la riserva di giurisdizione circa i trattamenti sanitari coattivi non sussiste una *communis opinio*, in quanto sussistono autorevoli voci dottrinali in senso negativo: v. G. AMATO, *Individuo e autorità*, Milano, 1967, 528; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 560. Nondimeno si registra una opinione maggioritaria (e particolarmente nei tempi più recenti) a favore della configurazione di una riserva di giurisdizione (anche) circa l'adozione di trattamenti sanitari coercitivi: v., a titolo indicativo, A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 667 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, cit., 332; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011, 526, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 456 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, 54 ss., ed a bibliografia citata da questi scritti..

⁸⁵ Le autorevoli e lucide parole sono di E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 77, 78.

⁸⁶ Sono superflue citazioni di dottrina e giurisprudenza in materia di rinuncia alla vita ed eutanasia trattandosi di un oggetto ampiamente trattato e dibattuto in Italia ed all'estero.

⁸⁷ Per un richiamo del valore che i costituenti attribuivano ai doveri e dell' "austero insegnamento mazziniano" che ha influito sugli stessi, v. A. CERRI, *Voce Doveri pubblici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1; per la necessità della valorizzazione dei doveri costituzionali, ci permettiamo rinviare al nostro *Doveri*, cit., soprattutto 378 ss., scritto che si inserisce in un volume volto all'apologia di detti doveri.

In questa prospettiva si collocano le riflessioni qui espresse circa il diritto di rifiutare le cure. Si tratta di una libertà che va riconosciuta, ma è suscettibile di limiti ulteriori a quello specifico interesse costituzionale che è la salute pubblica. Vero è che questo profilo del diritto alla salute non è di notevole portata e rilevanza pragmatica. Nondimeno la tesi sostenuta circa i limiti del diritto di rimanere ammalati costituisce un modesto contributo alla configurazione un po' più estensiva della tavola dei doveri costituzionali, il che si sostanzia non solo nella dilatazione di un'area giuridica, ma anche nel possibile potenziamento del discorso etico sulla solidarietà, contro la deriva individualistica (nel senso peggiore del termine) della nostra società democratica.