

## **I confini del diritto ai confini della vita: un luogo privilegiato per la promozione dialogica dei valori?**

di **Rosa Palavera** (avvocato, dottoranda di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

*Nonostante le diffuse dissertazioni circa la sua natura flessibile o flou, il diritto (anche penale) postmoderno è gravato da istanze confinarie di numero e peso sempre crescenti, che disegnano gli ambiti di libertà, liceità, tutela, sanzione e, in ultima analisi, del diritto stesso. Proprio in quanto soglia, tuttavia, la norma si rivela luogo privilegiato di dialogo, di talché alla natura necessariamente e auspicabilmente frammentaria del diritto (e, ancor più, del diritto penale) può corrispondere una mappatura di materie coperte da trame normative più o meno fitte e financo di spazi liberi (o liberati) dal diritto, ma non invece di aree precluse all'ascolto o indifferenti all'interlocuzione del diritto con i consociati. Nell'ambito di una visione dialogica delle norme, il contributo si propone quindi di analizzare i profili comunicazionali della legislazione in tema di fine-vita, valutando i contenuti, la chiarezza e la congruità dei messaggi trasmessi e il loro impatto in termini di tutela e promozione dei plurimi valori coinvolti, anche con riguardo alle diverse sensibilità dei soggetti interessati. È poi approfondito il potenziale ruolo della deontologia quale garante del confronto critico con e per il diritto, grazie alla sua particolare posizione – ancora una volta, di frontiera – tra etica e tecnica, coscienza individuale e doveri verso i terzi, privatizzazione delle fonti e rilievo pubblicistico degli ordinamenti professionali. In conclusione, è ribadita l'esigenza di un approccio attivo e integrato, volto possibilmente alla composizione della pluralità etica e culturale, soprattutto sui temi più delicati, affinché le problematiche “ai confini” del diritto non siano lasciate “ai margini” dell'impegno (anche giuridico) collettivo.*

*Notwithstanding widespread dissertations about its flexible or soft nature, the postmodern law (even the criminal one) is burdened by increasingly numerous and heavy “border issues”, which design the areas of freedom, permission, enforcement, sanction and, ultimately, of the law itself. Precisely as a threshold, however, the norm could be a privileged place for dialogue, so that the necessarily and hopefully fragmented nature of law (and, even more, of criminal law) may correspond to a mapping of matters covered by more or less dense normative weave, and even spaces “free from law” or liberated by the law, but not instead areas precluded to listening or indifferent to the interlocution of the law with the citizens. In the context of a dialogic view of*

*the law, the paper aims to analyze the communication profiles of the end-of-life legislation, evaluating the contents, clarity and adequacy of the transmitted messages and their impact in terms of protection and promotion of the various values at stake, also with regard to the different sensitivities of the subjects involved. The potential role of deontology is further investigated as a patron of critical confrontation with and for the law, thanks to its particular position – once again, on the border – between ethics and technique, individual conscience and duties towards third parties, privatization of sources and public relevance accorded to professional associations. In conclusion, the need for an active and integrated approach, aimed at the composition of the ethical and cultural plurality, especially on the most delicate issues, is sustained, so that the problems “at the borders” of the law are not left “on the margins” (also in legal terms) of the collective commitment.*

**Sommario:** **1.** I confini, luoghi del dialogo. - **1.1.** Morte e diritto come confini. - **1.2.** La morte, confine del diritto e luogo di incontro con la molteplicità. - **1.3.** I doveri dialogici del diritto “ai confini”. - **2.** La legge 22 dicembre 2017 n. 219. - **2.1.** Considerazioni semantiche “di contesto”. - **2.2.** Diritti e doveri. - **2.3.** Il medico, il paziente e il tempo dialogico della cura. - **3.** In conclusione: i “silenzi in dialogo” della normativa.

## **1. I confini, luoghi del dialogo.**

### **1.1. Morte e diritto come confini.**

Morte e diritto sono soglie, confini: un’assimilazione niente affatto inquietante se colta nel suo potenziale di *apertura*. La metafora giuridica del confine<sup>1</sup>, silente da qualche decennio, è stata rispolverata dalla letteratura contemporanea soprattutto per essere messa in discussione: il diritto è *flou*<sup>2</sup>, i suoi contorni sfumati<sup>3</sup>, le sue demarcazioni flessibili<sup>4</sup>. La porosità della

<sup>1</sup> F. CARNELUTTI, *Di là dal diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 57 ss.; *ID.*, *Ius iungit*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 3 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto*, Milano, 1969, p. 124.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1982, tr. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992; Y. CARTUYVELS - D. KAMINSKI, *Bougés et flous du pénal*, in Y. CARTUYVELS - F. DIGNEFFE - P. ROBERT (a cura di), *Le pénal aux bords du futur. En hommage à et avec Lode Van Outrive*, Paris, 1998, p. 119 ss.; F. TULKENS - M. VAN DE KERCHOVE, *D’où viennent les flous du droit pénal? Les déplacements de l’objet et du sujet*, *ivi*, p. 131 ss.

<sup>3</sup> G. M. ZAMPERETTI, *Desiderio simbolo diritto (e una postilla sull’indifferenza)*, in E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon - Simboli, religioni, diritti nell’Europa multiculturale*, Bologna, 2005, p. 303 ss.

norma<sup>5</sup>, la sua permeabilità alle pressioni sociali e all’ermeneutica che se ne fa vettore, è salutata con favore<sup>6</sup>. Se i confini sono luoghi di separazione e il loro governo espressione del potere, ben venga la loro rimozione e l’incertezza, financo la confusione, purché dopo averli divelti si impedisca che altri si possano *stabilire*. Nuovi confini, non ci si illuda, sono posti di continuo, ma sono poco rilevanti, *marginali* nella riflessione collettiva, anche perché *mobili*: nella diuturna conflittualità del diritto giurisprudenziale e nella rincorsa torrentizia della legislazione. Ai più accorti è ormai chiaro che l’inarrestabile mutevolezza del limite, l’inafferrabilità della norma, l’imprevedibilità del giudizio sono armi e campo di esercizio del potere tanto quanto lo erano le ambizioni di durata del pretesamente desueto “diritto certo”. Lo studio dei confini, tuttavia, offre spunti di ben maggior rilievo per la tematica in esame. Innanzitutto, la centralità *sistemica* (anche giuridica) dei margini. A poco vale che i movimenti riguardanti le “terre di frontiera” siano di breve momento: proprio l’ormai imprescindibile attenzione al cd. “diritto vivente” costringe a considerare casi controversi e *métissage* applicativi i più efficaci e sensibili strumenti diagnostici della tenuta di un principio, dell’effettività di una disposizione di legge, del livello di tutela di un bene<sup>7</sup>. Ed ecco un (paradossale) risvolto maieutico della morte, non privo di proficue suggestioni per lo studio del diritto: il più notevole *memento* dell’*impermanenza* è un formidabile invito a recarsi ai *bordi* della vita per coglierne l’essenza nella *definitività*. La frequentazione delle *periferie dogmatiche* è in effetti un’occasione di ricerca imperdibile per i giuristi, non solo se aspiranti *casseurs*. I cd. *hard cases* misurano i parametri vitali di un istituto, ma forniscono altresì innumerevoli informazioni circa i suoi fattori di cedimento, i punti di forza, la capienza della sua struttura portante, spesso molto efficacemente messa a nudo da contrapposizioni di per sé demolitorie. In sintesi: quando un istituto non gode di buona salute o è sotto attacco, solo visitando i suoi margini si può approntare una strategia terapeutica e di difesa. *Inoltre* (e non certo *secondariamente*), storia, sociologia, psicologia e arti narrative convergono nel cogliere i confini come luoghi di *incontro* e *dialogo*, per il tramite della costruzione identitaria e del *riconoscimento dell’alterità*,

---

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris 1992, tr. it. *Diritto flessibile. Per (nota: proseguire di seguito) una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997.

<sup>5</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law*, in *Journal of law and society*, 1987, p. 279 ss., p. 298.

<sup>6</sup> M. VOGLIOTTI, *La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Diritti & questioni pubbliche*, 2002, p. 195 ss.; cfr. pure R. DE GIORGI, *Limiti del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 5 ss.

<sup>7</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1693 ss., p. 1700.

ma anche, ad un tempo, dell’includibile contiguità, dell’interdipendenza, della comunanza tra ambiti apparentemente poco confrontabili dell’esperienza umana. La concezione della norma come *soglia*<sup>8</sup> è, quindi, propedeutica all’idea del precetto come *interlocuzione*<sup>9</sup>. Ma, altresì, ad un’idea dialogica della sussidiarietà del diritto e del diritto penale in particolare, di talché possono esistere aree di minore densità del tessuto normativo o anche *spazi liberi dal diritto*, soprattutto ove non si rilevino esigenze di tutela, ma non invece di aree *precluse all’ascolto o indifferenti all’interlocuzione* del diritto con i consociati. Con l’ulteriore avvertenza che normazione e libertà non dovrebbero porsi (né per solito, fenomenologicamente, si pongono) in contrapposizione, essendo la prima fisiologicamente volta al miglior dispiegarsi dell’altra.

### 1.2. La morte confine del diritto e luogo di incontro con la molteplicità.

Nella morte, il diritto non può che riconoscere un limite del proprio territorio. Di quel che (eventualmente) segue non può conoscere nulla, nemmeno per dichiararne ai soli propri fini l’irrelevanza. Lo stesso istante puntuale della morte è un *fatto*, che il diritto, senza alcuna maggior signoria<sup>10</sup> (e pur con il rilevante dispiegarsi di effetti giuridici che ne consegue), può solo *accertare*, persino quando il diritto stesso ne ha decretato e scandito la causazione o ne ha sancito il potestativo e autorizzato darsi: e ciò pure negli ordinamenti, si intende, che tale potere al diritto riconoscono, peraltro come dominio non già sulla morte, bensì sulla (altrui o propria) *vita*, mercé la pretesa affermazione della giudicabilità (statuale o delegata) in termini di più o meno cedevole o condizionata *meritevolezza* della stessa<sup>11</sup>.

La natura *confinaria* della morte rispetto al diritto ha notevoli e diversificate implicazioni, che emergono sotto più profili. Basti qui, introduttivamente: proprio per causa della già evidenziata carenza di sovranità “*territoriale*”, un

<sup>8</sup> Il confine che «insieme distingue e congiunge», su cui V. CAPUZZA, *Ius est iungere et decidere*, in A. AMATO MANGIAMELI - C. FARALLI - M. P. MITTICA, (a cura di), *Arte e limite. La misura del diritto*, Roma, 2012, p. 371 ss.

<sup>9</sup> Su cui C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. I, p. 407 ss.

<sup>10</sup> Se la morte è il limite del diritto, la decisione giuridica per la morte è sempre un “suicidio” del diritto (ossia il suo cessare quale risorsa a servizio dell’uomo).

<sup>11</sup> Il tema è riportato come peculiare sensibilità della dottrina tedesca per causa della sua «*inquietudine storica*» in R. ALAGNA, *Eutanasia e diritto penale in Germania*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 3, 2012, p. 873 ss., p. 877. Pure M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2, 2016, p. 555 ss., ricorda Binding e il “successo” del programma eutanasi nazista. Sul tema, specificamente, C. A. DEFANTI

*La qualità della vita, le decisioni mediche di fine vita e l’argomento della “deriva nazista” in bioetica*, in *Filosofia politica*, 2009, p. 363 ss., p. 367 ss.

diritto che intenda conservarsi laico deve disporsi a confutare senza ripensamenti l’equazione tra sanzione giuridica e riprovazione morale. Quest’ultima, infatti, quando non si risolve in ipocrisie strumentali all’etichettamento e al biasimo *sociale*, colloca il proprio baricentro fondativo *oltre* la morte, in un luogo inaccessibile al dominio del diritto, impervio alla sua conoscenza e in buona parte impermeabile alla sua influenza. Il che, del resto, condiziona modalmente – ma non preclude, né consente di eludere – il *dialogo* del diritto con la morale<sup>12</sup>, nell’ambito del quale grava sul diritto, per la sua pretesa di unitarietà, l’onere di rispondere a interlocutori molteplici e a istanze frammentate. La morte è per il diritto un crinale di dialogo (imprescindibile, benché certo non il solo) con l’apparentemente irriducibile molteplicità della morale. Nel pensiero dell’*oltre la morte* non c’è spazio per la neutralità laicale: persino l’agnosticismo, come pure l’assunzione cognitivamente minimalista del nulla, non sono altro che deliberati (e contenutisticamente forti) *atti di credenza*. La morte è il *con-fine* di questo spazio del molteplice e la riflessione (anche giuridica) che la riguarda deve rendere conto della varietà alla quale ci si affaccia.

Sul punto, peraltro, è forse opportuno fugare ogni equivoco circa il *dovere di risposta* del diritto, che si articola non già in termini di asservimento, bensì di *ascolto* e, appunto, *interlocuzione*<sup>13</sup>. Prima ancora che nella graduazione del ricorso a strumenti di tutela direttamente o indirettamente coercitivi (e nella preferibile astensione da quelli più strettamente afflittivi), il diritto gode, infatti, rispetto alla morale (o alle morali), di *piena autonomia* già nell’individuazione del sistema valoriale di riferimento, che, anche nella remota ipotesi di una pedissequa mutuazione, il diritto deve *fare proprio*, fino in fondo. Da un lato, quindi, l’ordinamento deve saper valutare con ponderazione le proprie *divergenze* valoriali rispetto alla cultura (anche “dominante”) del contesto di riferimento e gli eventualmente conseguenti distacchi dalle istanze morali (o moralistiche): distacchi sempre possibili, anzi solo molto faticosamente evitabili in contesti plurali, benché raramente vantaggiosi per il diritto<sup>14</sup> e comunque mai percorribili in via automatica e riduttiva, stante il generale dovere del diritto di *rispondere* a ogni istanza dei consociati, anche, ove possibile, in termini di tutela alternativa e promozionale dei valori rappresentati. Dall’altro, in nessuna misura il mancato

<sup>12</sup> Sul quale J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER - J. HABERMAS, *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, Bayern, 2004, tr. it. *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, 2005, p. 21 ss.

<sup>13</sup> Tra i penalisti, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 ss.; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 ss.

<sup>14</sup> Per un’impostazione problematizzante, cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 847 ss.

riconoscimento di istanze legittimamente avanzate in rispondenza alla morale personale o di un gruppo può leggersi quale *biasimo morale* o *diniego di rispetto* per chi se ne è fatto portatore: al contrario, proprio colui che *non* riconosce il valore sottostante è l'interlocutore *principale* della norma, il comportamento del quale l'ordinamento ambisce a orientare. Una circostanza, peraltro, con cui *ogni* norma (a maggior ragione *penale*) si misura, in relazione a qualsivoglia tema di tutela, anche se non percepito come eticamente sensibile.

### 1.3. I doveri dialogici del diritto “ai confini”.

La concezione dialogica del diritto, di cui la *nitida* espressione dei confini è premessa doverosa e necessaria, reca peraltro in dote un ricco strumentario critico, imperniato sul vaglio di coerenza, intellegibilità ed efficacia delle norme sotto il profilo *comunicazionale*. Tale approccio consente attenzione metodologica alle peculiarità dei contenuti e alle specificità ricettive dei destinatari del messaggio: due profili che lo rendono particolarmente adatto all'analisi delle norme nel contesto del fine-vita, caratterizzato da contenuti esemplarmente “esigenti” e dal coinvolgimento di molteplici soggetti, tra loro assai diversificati (anche) sotto il profilo della comunicazione. La dimensione dialogica, al contempo, richiede al diritto una dichiarazione esplicita e *non delegabile* circa i beni la cui protezione invochi il suo intervento e gli strumenti con i quali tale obiettivo esso intenda perseguire: azioni di promozione e di difesa, con il relativo apparato di diritti (sulla centralità dei quali si tornerà poco oltre), obblighi, divieti e, ove dimostratamente irrinunciabili per il raggiungimento dei risultati prefissi, sanzioni. Questa assunzione di responsabilità, esponendo il diritto al già prospettato vaglio di coerenza, intellegibilità ed efficacia quali parametri misurabili della sua stessa *legittimazione*, non è peraltro solo un canale di controllo e perfezionamento delle strategie di tutela, bensì anche una cifra difficilmente sostituibile della loro *laicità*<sup>15</sup>.

È bene, quindi, ricordare subito che il bene di riferimento, nel contesto in esame, è la vita umana<sup>16</sup>, cui afferiscono *tutti* i diritti di pertinenza e che gode di una primazia *sistematica* del tutto *laica* nel quadro valoriale dell'ordinamento: da un lato, alla luce della già osservata natura confinaria della morte, perché la vita umana costituisce la *precondizione* del *diritto in sé* e la base di qualsiasi operatività di tutti i suoi strumenti, diritti compresi;

<sup>15</sup> Ancora valido, sotto questo profilo, il “catalogo diagnostico” articolato in C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

<sup>16</sup> La tutela della quale non può considerarsi appannaggio esclusivo delle tradizioni confessionali: cfr. G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *F. it.*, 2009, V, c. 225 ss.

dall’altro, perché, nel caso di specie, i diritti rilevanti, quali estrinsecazioni della tutela del medesimo bene, *derivano e dipendono* l’uno dall’altro, in un serrato rapporto di gerarchia *logica, funzionale e fattuale*. In particolare, i diritti in cui qui si articola la tutela del bene vita sono il *diritto alla vita*, il *diritto al trattamento sanitario*, il *diritto all’autodeterminazione terapeutica*.

Come appare evidente, non avrebbe senso parlare di diritto ai trattamenti sanitari se non ci fosse un diritto a una vita di cui prendersi cura, né avrebbe senso parlare di diritto all’autodeterminazione terapeutica se non ci fosse un diritto ai trattamenti sanitari rispetto ai quali autodeterminarsi. Parallelamente, l’esercizio del diritto all’autodeterminazione terapeutica è per solito funzionalmente orientato all’ottimale dispiegarsi delle cure e il godimento del diritto al trattamento sanitario tende naturalmente a propiziare un maggior livello di tutela della vita umana. Nondimeno, per una corretta impostazione del problema, è necessario rifuggire alcuni ingannevoli automatismi argomentativi. L’affermazione di un bene come *primario* non implica, *di per sé*, che esso sia *indisponibile*, né impassibile di *bilanciamento*. Del pari, il riconoscimento di diritti con scaturigine comune – quand’anche *tendenti* alla convergenza funzionale – non esclude che questi possano entrare in *conflitto* tra loro e debbano misurarsi in termini di reciproca *prevalenza o cedevolezza*.

A fronte di questa eventualità, sarebbe errato ritenere compito *prioritario* o centrale dell’ordinamento la *risoluzione* del conflitto, mercé la determinazione dell’ordine di *soccombenza* di beni e diritti, e ciò massimamente ove questa decisione si limitasse a una mera opzione *reattiva* (ossia, per quanto magari previamente “garantita”, comunque tardiva rispetto alla lesione del bene) e per di più limitata alla ben deludente alternativa tra *inerzia* e *sanzione*. Si tratta di esiti di per sé sempre inauspicabili, che comportano comunque la lesione di un bene che l’ordinamento si era invece prefissato di proteggere, conseguendo nel migliore dei casi un compromesso a somma zero in termini di progressione complessiva dei livelli di tutela, giacché un diritto si afferma a detrimento di un altro, e, ben più spesso, un arretramento qualitativo della comunicazione circa i valori, secondo i già individuati parametri di coerenza, intellegibilità ed efficacia.

Piuttosto, fine proprio dell’ordinamento è la *prevenzione* dei conflitti e, qualora questi nondimeno insorgano, la ricerca di una loro *composizione*, nella quale il riconoscimento dei diritti possa concretere e il loro esercizio dispiegarsi senza che *alcun* bene sia leso. Un simile obiettivo, della cui preferibilità nessuno dubita, non può restare *indifferente* alle strategie di tutela, né può affermarsi ultroneo o inattuabile agli *sforzi ordinamentali*: al contrario, come forse è più intuibile di quanto generalmente si riconosca, è proprio questo il tipo di esito il cui perseguimento potrebbe richiedere maggiori “investimenti”, dipendendo in buona parte da azioni capillari e

diffuse, lungimiranti e durature, culturalmente sensibili e, spesso, economicamente impegnative<sup>17</sup>.

Riguardando potenziali *conflitti*, inoltre, tali azioni richiedono capacità di dialogo con interlocutori che saranno, per definizione, *plurimi e differenziati*, benché non manchino casi in cui un’acquisizione tecnico-scientifica o una disponibilità materiale “metta tutti d’accordo”. Peraltro, una simile strategia “a tutto campo” non può ignorare le ricadute, in termini comunicativi, della gestione ordinamentale dei casi (auspicabilmente *residuali*) di soccombenza conflittuale di beni e diritti.

Si tratta, ancora una volta, di recarsi alle *periferie*: ai lembi estremi (qui, sociali e temporali) del tessuto della prevenzione.

Proprio la linea immaginaria che unisce i presidi di dialogo pulsanti nel quotidiano descrive infatti nel modo più fedele le reali frontiere di tutela di un bene, i “luoghi” giuridici e sociali di tempo in tempo maggiormente vocati alla profilassi degli eventi lesivi che lo riguardano.

## **2. La legge 22 dicembre 2017 n. 219.**

### **2.1. Considerazioni semantiche “di contesto”.**

Analizzando la legislazione dal punto di vista comunicazionale, i concetti di centro e di periferia vengono a dipendere in buona parte da situazioni comunicative contingenti, tra le quali non può essere ignorato il contesto culturale di uno specifico momento storico. Anche nella cultura giuridica si susseguono periodi in cui prevale uno specifico punto di osservazione: rispetto alle diverse problematiche, ogni nuovo approccio permette di sondare aspetti in certa misura inesplorati e, consolidandosi con i risultati conseguiti dalle analisi precedenti, arricchire la consapevolezza critica complessiva circa un principio, un istituto o un tema di politica criminale.

Nel tempo presente, i diritti conquistano spesso il fuoco dell’attenzione, come pure sono piuttosto in voga le libertà, ma forse solo per la loro attitudine a essere convertite in diritti. Se esistesse un *marketing* dei concetti giuridici, l’attuale idea di diritti ne costituirebbe un esempio di formidabile efficacia. Il diritto mette al centro l’individuo, ma non consente allo Stato di sottrarsi alle sue asserite responsabilità: l’introduzione di un diritto genera immediatamente una serie di doveri di cui lo Stato deve farsi garante. I diritti inoltre sono *agibili*, anche e soprattutto *contro* (gli altri consociati o lo Stato stesso). Il *diritto*, in quanto sancito o riconosciuto, delinea una situazione diversa rispetto alla *libertà*, che si può meramente *esercitare*: il diritto conferisce la sensazione di sicurezza di avere *dalla propria parte* la *forza* (anche coercitiva)

---

<sup>17</sup> Solo in questo senso, memori cioè del peso che il diritto esercita *anche* sulla dimensione extragiuridica della prevenzione, paiono potersi leggere conclusioni come quella di D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, p. 57 ss., p. 75 ss.

dell’ordinamento. Sensazione che spesso, peraltro, vacilla di fronte alla confliggenza dei diritti contestualmente rivendicati e che lo Stato è chiamato a ristabilire tramite la *pronta* (benché spesso *temporanea*) e *armata* (nel senso di *eseguibile*) affermazione della *prevalenza* di un diritto sull’altro.

Un tempo i diritti “fondamentali” vivevano in una dimensione pressoché impersonale, mentre i cd. “titolari dei diritti” erano percepiti come soggetti anche economicamente solidi (forti di “quel che avevano”) e spesso prevaricanti i “meno fortunati” che “avevano meno diritti”. Oggi questa immagine è completamente superata, giacché tutta la teoria dei diritti si avvale di *testimonial* in condizioni di svantaggio, sofferenza o emarginazione (forti, quindi, piuttosto, di “quel che chiedono”) e si impernia su istanze solo indirettamente a contenuto economico. A tale nobilitazione della figura del *titolare del diritto* è chiamato a collaborare – spesso purtroppo in chiave strumentale e comunque pressoché mai nella sua tradizionale funzione di limite – il “sottostante” *bene giuridico*, che incontra, per il resto, un gradimento calante, direttamente proporzionale alla crisi di universalità dei valori di cui dovrebbe essere unità di espressione.

I diritti sono, quindi, la versione *bellicizzabile* delle libertà e il succedaneo (argomentativo o fondativo) *personalizzabile* dei beni giuridici. Si tratta in ogni caso di strumenti comunicativamente *potenti*, di cui non è ad oggi ancora possibile un compiuto bilancio in termini di contributo alla dimensione dialogica del diritto. Per la presente analisi, tuttavia, è sufficiente un invito ad allargare lo sguardo, ancora una volta, *anche alle periferie* (qui, *semantiche*) del tessuto normativo.

## 2.2. Diritti e doveri.

Come si è già osservato con riguardo alle istanze morali, anche le istanze semantiche richiedono al legislatore una *risposta*, che peraltro – *quanto meno*, perché la loro confligente pluralità deve essere ricondotta a non contraddittoria *unitarietà della norma* – non può mai essere di passivo *panaccoglimento*. Così, già nel suo esordio, la legge 22 dicembre 2017 n. 219 presenta un differenziato corredo di riferimenti: i *principi* di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione<sup>18</sup>, gli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>19</sup>, i *diritti* alla vita, alla salute, alla dignità e

<sup>18</sup> Ossia il riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà, dell’inviolabilità della libertà personale, della salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, dell’incoercibilità dei trattamenti sanitari se non per disposizione di legge e fermo in ogni caso il limite del rispetto della persona umana.

<sup>19</sup> Ossia l’inviolabilità della dignità umana e il dovere di rispetto e tutela della stessa, il diritto alla vita, il diritto all’integrità fisica e psichica della persona, nonché il rispetto, nell’ambito della medicina e della biologia, del consenso libero e informato (ma si trovano altresì, nel medesimo articolo, i divieti di pratiche eugenetiche, di sfruttamento a fine di lucro del corpo umano e di clonazione).

all'autodeterminazione della persona e, infine, la statuizione, di per sé non nuova alla citata cornice costituzionale, che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»<sup>20</sup>. È altresì menzionato, al di fuori della parata semantica dei principi e dei diritti, una sorta di *valore ispirativo*, che la legge presenta come *oggetto di promozione*, ma che deve al tempo stesso riconoscersi quale insostituibile strumento per il raggiungimento degli obiettivi di tutela, ossia la *relazione di cura* e di *fiducia* tra paziente e medico, sulla base di un *consenso* informato in cui «si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico»<sup>21</sup>. Come si potrà vedere, successivi passaggi del testo, come pure richiami extranormativi, sembrano potersi ricollegare in dialogo organico al breve inciso, che – come un piccolo miracolo – si colloca all'estrema periferia espressiva del linguaggio giuridico contemporaneo, non recando riverberi di conflittualità nemmeno potenziale, né alcuno stilema proprio della comunicazione di potere coercitivo.

Nel seguito della legge sono poi dettagliati tre specifici *diritti* del paziente: il diritto (di ognuno) all'informazione, il diritto (del capace) di rifiutare accertamenti diagnostici e trattamenti sanitari – anche, se già intrapresi, tramite revoca del consenso prestato<sup>22</sup> – e il diritto (del minore o incapace) alla «valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione», volta a realizzare, per quanto possibile, le condizioni di una libera e genuina espressione di volontà<sup>23</sup>. Sono previsti, inoltre, due *doveri* del medico: il dovere di *adoperarsi per alleviare le sofferenze* del paziente, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario proposto<sup>24</sup>, e il *divieto* (o dovere di *astenersi*) «da ogni *ostinazione irragionevole* nella somministrazione delle cure e dal ricorso a *trattamenti inutili o sproporzionati*»<sup>25</sup>. Il primo è l'unico obbligo di *facere* descritto nella normativa. Il secondo ricalca il divieto di accanimento diagnostico e terapeutico già ben noto alla deontologia medica. Sono, infine, espressamente *esclusi*, rispettivamente, in capo al paziente, il diritto di ottenere (*recte*, la

<sup>20</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 1.

<sup>21</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 2, corsivo, ovviamente, aggiunto. Il carattere *relazionale* del rapporto tra medico e paziente è, peraltro, ribadito all'art. 5 c. 1, con riguardo alla pianificazione condivisa delle cure, e all'art. 1 c. 10, relativo al contenuto degli obblighi formativi.

<sup>22</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 5.

<sup>23</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 3 c. 1; i successivi commi del medesimo articolo declinano la valenza giuridica di tale volontà nei diversi casi di capacità carente o imperfetta.

<sup>24</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 2 c. 1, che aggiunge come, «tal fine», sia «sempre garantita un'appropriata terapia del dolore».

<sup>25</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 2 c. 2.

possibilità di esigere) «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali», nonché, in capo al medico, il corrispondente dovere (*recte*, qualsiasi obbligo professionale) di attivarsi a fronte di tali richieste<sup>26</sup>.

La restante struttura del testo è caratterizzata da toni di minore imperio. Con formulazione costante, si prevede che il *medico* sia *tenuto a rispettare* la volontà del paziente espressa tramite il consenso informato<sup>27</sup>, le disposizioni anticipate di trattamento<sup>28</sup> e la pianificazione condivisa delle cure<sup>29</sup>, anche qualora opponga rifiuto o rinuncia al trattamento sanitario proposto. Non c'è alcun accenno a profili di *enforcement* sanzionatorio: al contrario, l'unico riferimento alla responsabilità civile o penale è espresso per *escluderla*, con riguardo al caso appunto di rispetto della volontà di rifiuto o rinuncia alle cure. Si direbbe una causa di giustificazione, propria e speciale: operante per il solo *medico* e per il solo caso di *ottemperanza al rifiuto o alla rinuncia* (non, invece, ad esempio, alla fattispecie di seguito prevista di richiesta di trattamenti contrari a legge, deontologia o buone prassi).

Per molte ipotesi di rilievo, la soluzione non pare esplicitata: almeno, così non parrebbe a chi la cercasse in termini di *diritti, obblighi e sanzioni*. Piuttosto di abbandonare i quesiti irrisolti in un preteso spazio libero dal diritto, tuttavia, o di fomentare la formazione di “diritto libero”<sup>30</sup> nella contrapposizione belligerante per il dominio sul campo ermeneutico, giova forse soffermarsi ancora un poco su alcune ulteriori porzioni del testo di legge, pur sprovviste dei predetti canoni espressivi “muscolosi” e, quindi, *marginali* sotto il profilo della *giustiziabilità*, ma potenzialmente determinanti sotto il profilo *comunicazionale*, proprio per la cifra espressiva della prossimità ai destinatari della norma. In particolare, secondo il passaggio d'esordio già sottolineato, ai due poli *relazionali* dell'asse portante della tutela: il paziente e il medico.

### 2.3. Il medico, il paziente e il tempo dialogico della cura.

Il *centro comunicativo* della legge 22 dicembre 2017 n. 219, «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», pare essere la giuridificazione dell'autonomia del paziente. In questo senso del resto si è vista esercitarsi la maggior pressione politica e mediatica, prima

<sup>26</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 6. Si intendono ovviamente perduranti, anche in caso di avanzamento di siffatte istanze, i doveri di corretta informazione, nonché di prospettazione delle alternative terapeutiche e del ricorso al supporto psicologico, ove se ne ravvisi la necessità.

<sup>27</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 6.

<sup>28</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 4 c. 5.

<sup>29</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 5 c. 1; l'estensione, qui esplicitata, all'*équipe* sanitaria pare per vero comune alle tre ipotesi.

<sup>30</sup> Secondo l'espressione di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss., p. 688.

dell’emanazione e in certa misura anche nel dibattito successivo, di talché, non considerando di per sé il consenso informato una grande novità nell’ambito della relazione di cura, la previsione delle disposizioni anticipate di trattamento è ampiamente percepita o presentata come l’autentico *nucleo di significato* della legge. Nondimeno, una più diffusa lettura del testo riserva ulteriori possibilità di riflessione. In particolare, può gettare luce sul rapporto di cura una ricostruzione trasversale del ruolo del medico, che di tale *relazione* costituisce il polo apparentemente ai *margini* (quanto meno politici e mediatici) dell’attenzione<sup>31</sup>.

L’autonomia del medico si dispiega, già *tradizionalmente*, in un paesaggio *normato*. Non deve, quindi, meravigliare la ricchezza della trama normativa che la legge in esame gli riserva<sup>32</sup>. In particolare, si può apprezzare una dimensione *figurativa* del testo, dedicata ai casi in cui il *consenso* e l’*incontro* di autonomie *non* si realizzino<sup>33</sup>: i casi, cioè, in cui il paziente rifiuti o rinunci *proprio* quelle terapie che il medico ha proposto, avendole questi, quindi, già valutate come *ragionevoli, utili e proporzionate*.

Ecco cosa è *descritto* che accada, in particolare, qualora «il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza»: in tale caso, «il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica»<sup>34</sup>. Si tratta, chiaramente, di una *rinnovazione* dell’informazione, che è già stata fornita *prima* della manifestazione di consenso o rifiuto e che viene ora accompagnata da azioni di sostegno, anche psicologico. Al tempo stesso prosegue (o si intraprende) la terapia del dolore<sup>35</sup>. Tutte azioni, indefettibilmente, *di durata*, che comportano la *prosecuzione* del tempo *relazionale* della cura. Tutte azioni, peraltro, diverse dalla mera *esecuzione* della volontà del paziente e, nondimeno,

---

<sup>31</sup> E, secondo alcune tesi non prive di argomenti, deliberatamente *marginalizzato* dall’impianto della legge.

<sup>32</sup> Sottolinea la qualità *lessicale* della legge in esame, proprio con riferimento alla descrizione del rapporto di cura C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, p. 123 ss., p. 126 ss.

<sup>33</sup> Significativamente, la legge non ripete l’indicazione di alcuno dei presidi comunicazionali in esame nel caso della pianificazione *ex art. 5*, che si forma *già* (e, quindi, *solo se*) *condivisa*, «nella relazione tra paziente e medico di cui all’articolo 1, comma 2», ossia appunto nel relazionarsi delle reciproche autonomie. Di talché, peraltro, non sembra possa configurarsi alcun obbligo del medico di recepire, *nella forma della pianificazione delle cure*, volontà del paziente che non fossero dal medico stesso condivise.

<sup>34</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 5.

<sup>35</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 2 c. 1; il *dovere* del medico, in tal senso, è esplicitato anche in relazione al caso di rifiuto o revoca del consenso.

chiaramente *compatibili* con il *rispetto* di tale volontà. La porta del dialogo, così, non si chiude mai al consenso, giacché, al pari dell'accettazione, le manifestazioni di revoca o rifiuto sono annotate «ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà»<sup>36</sup>.

Se non fosse già sufficientemente chiaro come questa perdurante relazione dialogica non sia volta a “risolvere” in termini di *prevalenza* o *soccombenza* un *conflitto* tra le (pari) autonomie di paziente e medico, bensì ad addivenire alla *composizione* di un *dissenso* nella direzione della maggior tutela per la salute e il benessere del paziente, la legge precisa nel modo più esplicito che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce *tempo di cura*»<sup>37</sup>. Con ciò evidenziando ancora una volta come la collaborazione del paziente alla cura sia imprescindibile non solo e non tanto nell'ottica del rispetto della sua volontà, ma per la natura stessa della cura come *rapporto*<sup>38</sup>, che un'eventuale *solitudine del paziente* renderebbe impossibile<sup>39</sup>.

L'osservazione delle previsioni relative al medico riporta così l'attenzione al paziente, certamente nel cuore della relazione di cura, in termini nondimeno ben più sfaccettati rispetto a quelli ricavabili dalla sola previsione delle DAT. La volontà del paziente, infatti, non si colloca insularmente nell'ordinamento, come una scaturigine potestativa e irrelata di decisioni intangibili, quanto piuttosto *vive* nel *dialogo* e nella *relazione di cura*.

Ancora: la necessaria *relazionalità* del rapporto di cura è tale che, quando l'*interlocuzione* con il paziente divenga impossibile o comunque imperfetta<sup>40</sup>, pur in presenza di una valida espressione di *volontà*, al medico dissenziente è assicurato un ulteriore e diverso *interlocutore* nel giudice tutelare<sup>41</sup>. Nel *rapporto* di cura, che solo nel *consenso* tra *due* autonomie può dispiegarsi, la *solitudine del medico* è impossibile quanto la *solitudine del paziente*<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 5.

<sup>37</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 8, corsivi aggiunti.

<sup>38</sup> Per una valorizzazione del consenso *entrambi* i profili, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n.219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 55 ss, § 7.

<sup>39</sup> L. EUSEBI, *L'eutanasia come problema giuridico*, in *Ragion Pratica*, 2002, p. 99 ss, § 2.

<sup>40</sup> Anche in questo caso soccorre la riflessione in termini di requisiti della *comunicazione*: primo fra tutti la *contestualità*.

<sup>41</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 3 c. 5 e art. 4 c. 5. Il che, peraltro, implica, anche se solo indirettamente, una *prosecuzione* del tempo della cura. Conferma la necessità dell'*interlocuzione*, ma non sembra ritenerla realizzabile con la figura del giudice G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 585 ss.

<sup>42</sup> Anche in tale ottica, a prescindere dallo stato di necessità, nei casi di *inattuabilità attuale* dell'*interlocuzione* (tra cui quelli cd. di emergenza) dovrà essere prediletta l'opzione che apra quanto meno a una *possibilità* di instaurarla, anche nelle previste forme mediate, nel seguito del decorso terapeutico.

Le delineate facoltà di ricorso, peraltro, benché siano riferite a un contesto conflittuale e riconoscano poteri “paritari” di attivazione, sono intese, nuovamente, ad accordare una *chance* di interlocuzione *per* le cure in un’ottica di superamento di una già espressa (benché previamente o da terzi) decisione *contro* le cure<sup>43</sup>: il che dovrebbe fornire qualche linea di orientamento al contenuto della pronuncia tutelare, in un quadro legislativo che qui, poco commendevolmente, tace. Si evidenzia soltanto che il presupposto del ricorso al giudice non è certo una questione circa la *validità* della volontà espressa (dal rappresentante legale, dall’amministratore di sostegno, dal fiduciario o, nell’interpretazione di questi o nelle DAT, dal paziente stesso), validità precipuamente giuridica e, in quanto tale, salvo la rilevabile carenza dei suoi presupposti oggettivi (tra i quali la capacità e l’adeguata informazione<sup>44</sup>), insindacabile e insindacata dal medico, bensì il contrasto di tale (in ipotesi, *valida*) volontà con la proposta terapeutica che il *medico*, secondo la propria competenza, autonomia e (non solo giuridica) responsabilità, abbia formulato. Di talché, non avrebbe senso una pronuncia del giudice tutelare che si limitasse a prendere atto della *validità* del rifiuto opposto, senza valutare, nel caso del minore o incapace, la possibile *prevalenza* su questo del giudizio di *appropriatezza e necessità* espresso dal medico, come pure, nel caso di DAT di controversa incongruenza, poco significato avrebbe un giudizio circoscritto alla mera congruenza formale. E ciò, a maggior ragione, nell’ipotesi in cui, in contrasto con la *ratio* delle DAT quali espressione – per quanto non contestuale – di consenso (o rifiuto) *informato*<sup>45</sup>, siano presentate e pretese come tali dichiarazioni in realtà formate in assenza (o in condizioni di non verificabilità) della necessaria informazione e interlocuzione *medica*, stante che proprio queste rappresentano il presupposto, nel caso della volontà *presente e contestuale*, per addivenire normalmente ad un *congruo* indirizzo della volontà stessa.

### 3. In conclusione: i “silenzi in dialogo” della normativa.

Si è visto, sinora, che la legge, pur nell’invariato *rispetto* della volontà del paziente, non esprime affatto *indifferenza* riguardo al rifiuto o alla rinuncia di

<sup>43</sup> Nitidissimo, nella lettera della legge, il caso di cui all’art. 3 c. 5, riferito alla sola ipotesi di *rifiuto* da parte del legale rappresentante o dell’amministratore di sostegno, come pure il caso di nuove terapie *migliorative* delle condizioni di vita *ex* art. 4 c. 5, ma sembra indubitabile che in tale senso debbano intendersi anche i casi, previsti dal medesimo comma, di palese incongruità delle DAT o della loro eventuale incongruenza con la situazione clinica concreta.

<sup>44</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 4 c. 1.

<sup>45</sup> Diffusamente L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o “diritto di morire”? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell’art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, p. 415 ss., § 6.

terapie incidenti sulla sopravvivenza e non sproporzionate<sup>46</sup>. Tant'è che vi cerca *rimedio*: nel caso di volontà presente e paziente capace, nella perdurante *interlocuzione*; negli altri casi, nella ponderazione del giudice tutelare. Presidi *differenziati* (e con differenti limiti di incisività), ma entrambi in grande parte poggiati sulla figura del medico, nella sua dimensione etica e professionale *funzionalmente orientata* non già all'omissione, bensì all'*effettuazione condivisa* delle terapie proporzionate. È, quindi, perfettamente comprensibile come gli apparenti silenzi della legge, su molti temi, lungi dal costituire una delega al potere giudiziario per soluzioni potestative, frammentarie e di incerta coerenza<sup>47</sup>, si pongano piuttosto in rapporto di continuità, dialogo e integrazione compositiva con le preesistenti norme di portata generale e, forse ancor più fecondamente, con l'elaborazione conseguita dalla deontologia medica.

La deontologia medica, del resto, ha crescentemente sviluppato la sua vocazione dialogica, in buona misura conseguenza della peculiare vocazione professionale di cui è espressione e comunque propiziata dalla stessa collocazione *di frontiera* della deontologia in sé: manifestazione ad un tempo di etica e sapere scientifico, baluardo della coscienza individuale e fondamento della responsabilità verso i terzi, valorizzata paradossalmente *sia* dalla corrente privatizzazione delle fonti *sia* dal rilievo pubblicistico riconosciuto agli ordinamenti professionali. Sotto ogni profilo, la deontologia può e deve contribuire al confronto critico *con e per* il diritto, sino al punto di farsene garante nella deprecabile ipotesi di una compressione di tale confronto in spazi giuridici troppo angusti, ma altresì all'attribuzione di *significato* agli eventualmente ampi respiri dialogici della legge, che potrebbero intendersi, negletto il suo contributo, come *non normati*.

In particolare, con riferimento al vigente codice di deontologia medica, utili elementi di *significato* possono essere tratti, oltre che dagli specifici articoli 35 ss. e 38, rispettivamente dedicati al consenso informato e alle dichiarazioni anticipate di trattamento, agli articoli 4<sup>48</sup>, circa il rapporto tra autonomia del

---

<sup>46</sup> Occorre, a tal proposito, scrollarsi definitivamente di dosso l'automatismo dell'equazione tra sfavore dell'ordinamento e biasimo morale. L'espressione del primo, più che legittima e anzi frequentemente doverosa, alla luce delle ponderazioni di volta in volta effettuate dal legislatore in relazione alle diverse problematiche affrontate, è volta infatti all'orientamento del comportamento dei consociati ed è fine proprio del legislatore. Il secondo, al contrario, è (oltre che vano) al legislatore più che ad altri precluso.

<sup>47</sup> In senso critico, F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 553 ss., p. 576.

<sup>48</sup> «Art. 4. *Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico.* L'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura».

medico e rispetto dell'autonomia del paziente, 16<sup>49</sup>, relativo al divieto di ostinazione in trattamenti terapeutici sproporzionati, 20<sup>50</sup> e 39<sup>51</sup>, con riguardo alla *relazione di cura* e all'assistenza al paziente con prognosi infausta, nonché 22<sup>52</sup> e 17<sup>53</sup>, rispettivamente statuenti la possibilità di rifiuto di prestazioni da parte del medico e il divieto di atti finalizzati a procurare la morte.

Questo bagaglio di contenuti comunicativi integrabili nella norma dimostra come i *silenzi* di questa, ossia le sue *estreme* periferie espressive, possano dimostrarsi luoghi privilegiati di dialogo e di *convergenza* con i saperi di origine extragiuridica (e non per ciò giuridicamente irrilevanti), come pure con il resto dell'ordinamento. Tra questi, deve segnalarsi il contesto relazionalmente delicatissimo determinato da rifiuto, rinuncia o revoca del consenso resistenti all'interlocuzione e il cui contenuto implichi l'imminente terminazione della vita o, comunque, l'immediata cessazione del tempo del dialogo. Decisione che, nondimeno, il medico è *tenuto a rispettare*, ma non è

---

<sup>49</sup> «Art. 16. *Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*. Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Il controllo efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato. Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte».

<sup>50</sup> «Art. 20. *Relazione di cura*. La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità. Il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura».

<sup>51</sup> «Art. 39. *Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza*. Il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e se in condizioni terminali impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al sollievo dalle sofferenze tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita. Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento».

<sup>52</sup> «Art. 22. *Rifiuto di prestazione professionale*. Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione».

<sup>53</sup> «Art. 17. *Atti finalizzati a provocare la morte*. Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte».

invece *obbligato a eseguire*<sup>54</sup>, dando corso a un *facere interruttivo*<sup>55</sup>. È questo il territorio dell'*incoercibilità* (nel caso, *reciproca*), che pure non spegne in spazio giuridicamente irrelato il rapporto intercorrente tra le due autonomie. Nessuno spazio libero dal diritto, ma uno spazio cui il diritto *deve* sguardo dialogico e di cui deve, pur non coercitivamente, farsi carico. Permangono i diritti (reciproci e verso i terzi), permane la responsabilità del medico (benché non con riguardo all'interruzione o alla mancata interruzione delle terapie rinunciate), permane, importantissimo, il dovere di *cura*<sup>56</sup>, permangono, intangibili nel loro nocciolo di significato, i *beni giuridici* che pure l'ordinamento non può oltre *d'imperio* tutelare. Resta ancora e soprattutto, particolarmente nel caso in cui la sofferenza che lo origina o ne consegue sia anche solo in minima parte frutto del ritenuto deterioramento valoriale di uno di tali beni, lo *skandalon* per l'ordinamento<sup>57</sup>: la pietra d'inciampo che rammenta tutte quelle azioni temporalmente e culturalmente *periferiche* che si possono intraprendere perché tali conflitti non abbiano a verificarsi.

---

<sup>54</sup> Ancora proficuo il chiarimento proveniente dal codice di deontologia medica, al citato art. 22. Dell'operatività di tale clausola di coscienza individua un (per vero, *possibile*) riscontro intranormativo nel mancato richiamo alla revoca nella previsione di cui all'art. 1 c. 5), L. EUSEBI, *op. loc. ult. cit.*; pertinenti riflessioni pure nel parere del COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, Roma, 2012; come pure già *Id.*, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, Roma, 2008, p. 17 ss.

<sup>55</sup> Per la qualificazione commissiva della condotta di interruzione, M. DONINI, *op. cit.*, § 3.

<sup>56</sup> Fondamentale, sul punto, il contributo offerto dall'esperienza delle cure palliative in termini di non riducibilità del concetto di cura, nella sua dimensione solidaristica e relazionale, al parametro della *guarigione*. Sul punto, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *La terapia del dolore: orientamenti bioetici*; Roma, 2001; da ultimo, volendo, anche la nitida sintesi in P. PAROLIN, *Lettera del Cardinale Segretario di Stato al Presidente della Pontificia Accademia per la Vita in occasione del Convegno sulle cure palliative organizzato dalla stessa PAV (Roma, 28 febbraio – 1° marzo 2018)*, Città del Vaticano, 2018.

<sup>57</sup> E. RESTA, *Tra pene e delitti. Differenze e ripetizioni nelle pratiche penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 399 ss., p. 403; *Id.*, *Cura e malattia*, in P. GONNELLA - M. RUOTOLO (a cura di), *Giustizia e carceri secondo papa Francesco*, Milano, 2016, p. 47 ss., p. 48; *ivi*, cfr. pure E. FASSONE, *Imparare dagli errori dei peccatori*, p. 81 ss., p. 84. Parallele riflessioni circa il precetto (qui, espressamente) *penale*, «*pro-memoria* che racconta di ingiustizie passate e, in un certo senso, chiede perdono per non averle impedito», in C. MAZZUCATO, *Capolavoro di giustizia. Appunti su esemplarità e perdono nella giustizia penale*, in S. BIANCU - A. BONDOLFI (a cura di), *Perdono: negazione o compimento della giustizia?*, Trento, 2015, p. 69 ss., p. 89 ss.