

**IL PARADOSSO DEL «BENESSERE» CONTRO IL «BENE».
ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI INTORNO ALLA RECENTE
SENTENZA DELLA SUPREMA CORTE DEL REGNO UNITO SUL C.D.
“CASO ALFIE EVANS”¹**

di

Rudi Di Marco

(Università degli Studi di Udine)

Abstract

The essay, starting from the analysis of Alfie Evens case, highlights how the criterion of well-being can not be used for the protection of the incapable; vice versa the objectivity of the good imposes itself as a value to be pursued and protected.

Sommario:

I. Premessa. – II. Terapia ed eutanasia. Un problema di mero linguaggio?. – III. Bene o benessere: quale interesse?.

I. PREMESSA.

Una recente pronunzia della Suprema Corte inglese (del 20 Aprile 2018), dichiaratamente protesa alla tutela del c.d. *best interest* di un minore affetto da gravi patologie e bisognevole di assistenza tecnicamente qualificata per l'alimentazione,

¹ Il presente contributo, qui proposto alla Comunità accademica con modifiche e integrazioni, è offerto in pubblicazione, in lingua francese, anche in una Rivista di Parigi (cfr R. DI MARCO, *Le paradoxe du bien-être contre le bien. Analyse de la sentence de la Cour suprême du Royaume-Uni relative au cas d'Alfie evans*, in *Catholica*, Paris, Catholica, 2018) e, in lingua italiana, in un Periodico di Udine (cfr R. DI MARCO, *Il caso di Alfie Evans. Il paradosso del «benessere» contro il «bene»*, in *Instaurare omnia in Christo*, Udine, Comitato Iniziative ed Edizioni Cattoliche, 2018).

per l'idratazione e per la ventilazione, ha definitivamente «autorizzata» l'interruzione di ogni sostentamento necessario al di lui mantenimento in vita; essa, così, rigettando il ricorso dei genitori e confermando il precedente giudizio della *Royal Courts of Justice* (del 20 Febbraio 2018), ha tecnicamente perfezionato il giudicato in ordine a una vicenda (quella di Alfie Evans) che gli stessi Giudici definiscono “*a desperately sad case*”.

Insomma: *Roma* (anzi, *Londinium*) *locuta, causa finita*... onde Alfie Evans è stato «lasciato morire», come oggi si dice per non dire ucciso, nella c.d. legalità positiva e per la realizzazione compiuta del miglior interesse (legale) di lui.

Questo provvedimento giudiziale veramente adottato nel rispetto delle procedure e in formale ottemperanza all'Ordinamento vigente nel Regno Unito, ci dà l'occasione per (e ci impone di) riflettere su alcune questioni «di fondo», attualissime nel dibattito gius-filosofico contemporaneo e particolarmente biogiuridico. Ciò – si badi – anche perché la sentenza in parola, pur affermando un giusto principio (classico), quale è quello che impone di concepire la potestà genitoriale esclusivamente in funzione dello «interesse» del minore a quella sottopostovi², lo declina e lo attua, però, con una *petitio principii*, sulla base di una concezione «eccentricamente utilitaristica»³ dello stesso binomio bene ↔ interesse.

² Francesco D'Agostino, per esempio, parla di “potestà di servizio vincolata al miglior interesse [...] dei figli stessi” (F. D'AGOSTINO, *Gli sconcertanti dibattiti sul “caso Alfie”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto – Forum: il caso di Alfie Evans*, Trento, Editor University of Trento, 2018, vol. II, p. 25).

³ Secondo le tesi di Bentham, per esempio, “la natura ha posto il genere umano sotto il dominio di due supremi padroni: il dolore e il piacere. Spetta ad essi soltanto indicare quel che dovremmo fare, come anche determinare quel che faremo. Da un lato il criterio di ciò che è giusto o ingiusto, da un altro la catena delle cause e degli effetti sono legati al loro trono [...] a parole si può anche proclamare di rinnegare il loro dominio [vale a dire il dominio del piacere e del dolore, come criterii operativi sui quali necessariamente si basa l'attività umana (nda)] ma in realtà se ne resta del tutto soggiogati. Il principio di utilità riconosce tale soggezione e la assume a fondamento di quel sistema il cui obiettivo è innalzare l'edificio della felicità per mezzo della ragione e della legge” (G. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, U.T.E.T., 1998, pp. 89 e s.). Ciò significa, coerentemente, che per il c.d. utilitarismo (degli interessi/preferenze [cfr P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, Liguori, 1989; P. SINGER, *Ripensare la vita. la vecchia morale non serve più*, Mi-

Il problema, cioè, riguarda quivi la considerazione della natura dell'interesse in parola, giacché altro è l'interesse concepito come indigenza naturale da soddisfarsi per ragioni di ordine oggettivo e altro, tutt'altro, è l'interesse concepito come opzione da assecondarsi sulla base di una volizione che si auto-esprime per sé come moto della libertà negativa: il primo, infatti, è un interesse del bene, un interesse, cioè, che si qualifica *ex se* come buono e come necessario; il secondo, invece, è un interesse del *velle*⁴ o *secundum velle*, il quale può essere buono o non-buono a seconda del suo contenuto e comunque esso non è in sé necessario sul piano dell'oggettività.

Per quanto riguarda, allora, la mentovata pronunzia, giova rilevare che una prima questione concerne il problema dell'eutanasia e del «che cosa» essa sia veramente, cioè in sé; una seconda interessa proprio la natura della potestà (e del rapporto) genitoriale e del «come» essa vada rettammente esercitata (anche nel suo essere «modello» per la disciplina dell'istituto della tutela⁵); una terza, connessa, coinvolge il significato dell'autorità politica sia sotto il profilo dell'intervento sussidiario *in rebus privatis*, sia sotto il profilo della *αὐτονομία* propria dell'Ordinamento giuridico; una quarta, in fine, interessa il tema del bene e del benessere dell'uomo in relazione al c.d. diritto di autodeterminazione e particolarmente – dato il «caso» *de quo* – in relazione alla natura dell'interesse/bene di colui il quale, essendo incapace di autodeterminarsi da sé stesso (cioè non essendo *compos sui*, per età e/o per patologia), è soggetto all'altrui «tutela».

lano, Il Saggiatore, 2000) “ciò che conta [...], sul piano dell'agire, non è tanto l'attitudine a ragionare [...] quanto la capacità di provare piacere e dolore, o meglio, la capacità di preferire il piacere al dolore, ove tale preferenza o interesse include [...] i desideri del soggetto nel presente e nel futuro” (L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 22 e s.).

⁴ Richiamiamo qui la terminologia da noi usata per discernere le due differenti concezioni del diritto di autodeterminazione, onde facciamo rinvio – *si vis* – a R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

⁵ Per esempio, così dispone l'art. 424 del Codice civile italiano, rinviando all'art. 343 c.c. in materia di tutela dei minori.

Ovviamente ciascuno dei temi in parola meriterebbe una trattazione monografica che in questa sede nemmeno può essere iniziata; crediamo tuttavia che qualche cenno possa pur essere proposto al Lettore e che qualche «spunto» per una riflessione possa essere brevemente (anzi, telegraficamente) dato.

II. TERAPIA ED EUTANASIA. UN PROBLEMA DI MERO LINGUAGGIO?

Innanzitutto v'è da premettere, tralasciando ogni ulteriore approfondimento, che la salute rappresenta, in quanto tale e dunque *in se*, l'ordine proprio dell'organismo: l'ordine, cioè, che è connaturale all'organismo vivente e che consente a questo di vivere e di vivere oggettivamente bene; la salute, infatti, rappresenta il bene oggettivo dell'organismo stesso in quanto essa ne rappresenta la di lui condizione naturale (poiché secondo l'ordine proprio della sua natura) e reale (poiché proprio della sua realtà ontologico-metafisica).

La salute, allora, è, propriamente parlando, un bene che ha «sostanza metafisica» secondo la natura normativa e regolativa dell'ente-organismo che vive in istato di normalità; essa può costituire sì l'oggetto di un «interesse», di un *desideratum* della persona – ed è bene che sia così, ovviamente – ma la sua natura di bene oggettivo, di bene *in se*, non scaturisce dall'interesse, dal *desideratum*, ovverosia dal *velle* del soggetto medesimo, come l'eventuale assenza di interesse non ne nega la natura di bene (*in se*).

La salute, poi, nella sua obbiettività ontologica (di bene in sé), nel suo essere bene e ordine dell'organismo vivente, in quanto tale non dipende né dalle opzioni soggettive, né dalle sensazioni o dalle percezioni personali⁶, né, infine, dalle di-

⁶ Stare bene, cioè essere bene, essere in salute e sentirsi bene, cioè avere una mera percezione di stare bene sono cose diverse. È vero – si badi – che la sensazione del bene(-essere), come quella del male(-essere), possono rappresentare un indice, una «spia» dello stato di salute o dello stato di malattia, ma certamente né l'uno, né l'altro dipendono *in se* dalla percezione medesima, tanto è vero – si converrà – che si può essere ammalati, pur

sposizioni imperative delle norme (positive) o delle decisioni dei Giudici: il suo modo di essere-bene, infatti, è dato esclusivamente dall'ordine fisiologico oggettivo.⁷

Dato allora in termini obiettivi l'ordine della salute, il bene della fisiologia dell'organismo, può definirsi, «per sottrazione», il disordine della malattia, il male – diremo tautologicamente – della patologia.

La malattia, infatti (la quale, come la salute, è sempre propria dell'intero organismo, anche quando essa ne coinvolga un organo o una regione localizzati), è rappresentata dalla «perdita» del bene della salute, dalla carenza, cioè, dell'ordine fisiologico che è naturalmente proprio del corpo vivo e vitale, da uno stato, quindi, di disordine «all'interno» dell'organismo vivente e di pericolo, più o meno attuale, per la sua stessa esistenza-in-vita. Ciò significa, conseguentemente, che anche la patologia, come la fisiologia, ha una «dimensione» obiettiva e obiettivamente valutabile, indipendente da scelte di carattere volontaristico⁸.

«sentendosi bene» (si pensi al malato di diabete, il quale, spesso, non avverte alcuna sintomatologia, oppure si pensi al malato di cancro, il quale, almeno nelle prime fasi di sviluppo della patologia, pure può non avvertire dolori) e che si può essere fisicamente sani pur «sentendosi male», o comunque avvertendo una certa percezione di sofferenza (si pensi alla persona *lato sensu* impressionabile, la quale avverte i sintomi – per esempio – della malattia cardiaca, della crisi, per effetto di una mera reazione emotiva).

⁷ *Contra* – per esempio – la diversa concezione della salute che emerge dai Documenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità: essi, infatti, la considerano come “*complet bien-etre physique, mental et social*” (Protocollo relativo alla costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, stipulato a Nuova York il 22 luglio 1946, allegato al D. Lgs del Capo provvisorio dello Stato 1068/1947, il quale ne dà, per l'Ordinamento giuridico italiano, “piena ed intera esecuzione” *ex art. 1.*) e dunque essi la considerano in guisa di percezione o condizione soggettiva di benessere *lato sensu* inteso. Dello stesso tenore, peraltro, è anche l'art. 12 dello *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, a mente del quale – riprendiamo il testo tradotto e riportato da Salvatore Amato (S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 2) – viene riconosciuto il “diritto di ognuno a godere del più alto *standard* attendibile di benessere fisico e mentale.

⁸ *Contra* è stato sostenuto che la “salute come assenza di malattia [...] si tratta di una definizione che non tiene [...] presenti tutte le dimensioni della persona (psichica, spirituale, sociale) oltre a quella fisica e che riduce la malattia a un evento incidentale nella vita del soggetto” (M.L. DI PIETRO, *L'educazione alla salute*, in E. SGRECCIA – A.G. SPAGNOLO – M.L. DI PIETRO, *Bioetica*, Milano, Vita & Pensiero, 2002, p. 291).

Chiarito questo, possiamo ora distinguere (anche qui senza pretese di esaustività, *brevitatis causa*) la terapia in senso proprio, cioè la cura del paziente oggettivamente ammalato, realizzata attraverso un «intervento medico» sulla sua patologia in essere, con lo scopo di ripristinare l'ordine della sua salute perduta, da quella che potremmo chiamare l'assistenza tecnicamente qualificata alla persona «non autonoma» (cioè incapace di provvedervi autonomamente, per effetto di una patologia) e finalizzata a supportare e a mantenere efficienti le di lui normali (*id est*, fisiologiche) funzioni vitali⁹.

La distinzione (terapia *versus* assistenza) è di indubbio interesse rispetto al caso *de quo* – si badi – proprio perché attraverso di questa può cogliersi la differenza, non solo concettuale, ma anche «pratica», tra interruzione delle cure, cioè interruzione del trattamento medico *stricto sensu* inteso e interruzione del sostentamento vitale, cioè interruzione dell'assistenza alle primarie funzioni fisiologiche dell'organismo. Infatti, se da un lato la c.d. interruzione delle cure, implicando il binomio patologia ↔ terapia, lascia ancora aperto un margine di valutazione in ordine alla sua legittimità sostanziale e consente anche un'analisi sistematica, la quale coinvolga il tema del c.d. accanimento terapeutico, l'interruzione delle pratiche di necessaria assistenza delle funzioni fisiologiche dell'organismo non-autonomo (sia essa attuata sopra l'incapace o richiesta per sé da un soggetto *compos sui*), *au contraire*, immediatamente s'inserisce nel «solco di illegittimità» proprio di tutte le forme di eutanasia, cioè proprio di tutte le condotte eziologicamente funzionali a provocare, direttamente o indirettamente, per uno scopo di ipotetica (spesso farisaica) pietà, la morte di colui il quale ne sia sottoposto. Invero, altro è curare l'ammalato, nel senso di realizzare una certa pratica medica finalizzata a ripristinare l'ordine della fisiologia, all'interno di un organismo

⁹ Non ci soffermiamo – pur segnalandone il problema – sulle pratiche della c.d. medicina preventiva, la quale, infatti, non ha né una funzione terapeutica *stricto sensu*, né uno scopo propriamente assistenziale.

affetto da una patologia e altro, tutt'altro, è assistere, cioè conservare e favorire nell'ordine proprio di queste, le funzioni fisiologiche dell'organismo medesimo. Altro, infatti, è curare una malattia la quale – a titolo d'esempio – impedisca all'organismo l'assimilazione del cibo e dell'acqua e altro è predisporre un apparato tecnico-procedurale funzionale a consentire l'assunzione di alimenti e di liquidi nel caso in cui l'organismo *de quo* non possa provvedervi (per infermità) nella forma «normale»; altro – similmente – è curare una patologia la quale impedisca all'organismo di respirare e di fruire normalmente dell'ossigeno presente nell'aria e altro è assistere e favorire una ventilazione fisiologica, la quale l'organismo medesimo non sarebbe in grado di realizzare (o di realizzare pienamente) per via autonoma.

In questa sede non affrontiamo la questione del c.d. diritto al rifiuto (o all'interruzione, nel caso di soggetto incapace) delle cure, poiché essa non interessa – se non in negativo – il caso considerato e nemmeno ci dilunghiamo sul problema dell'accanimento terapeutico, poiché neppure questo è il «vero» tema di riferimento¹⁰: non si tratta, infatti, né di discutere intorno alla legittimità o

¹⁰ *Contra* è stato autorevolmente sostenuto, invece, che quanto avrebbe dovuto essere praticato sul paziente incapace (*id est*, su Alfie Evans) e cioè l'attività medico-sanitaria di assistenza e di sostegno alle di lui funzioni vitali (alimentazione, idratazione e ventilazione), proprio rientri *ex se* nel "concetto stesso di accanimento terapeutico" (F. D'AGOSTINO, *Gli sconfortanti dibattiti sul "caso Alfie"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto – Forum: il caso di Alfie Evans*, cit., p. 24), il quale punto si qualificherebbe in guisa di una "pratica medica che non mira al bene personale del malato, ma [che (nda)] si limita a operare per la sua mera sopravvivenza biologica, in un contesto in cui non esiste più non solo possibilità alcuna di guarigione, ma nemmeno la possibilità di una sia pur minima esperienza relazionale del malato col mondo circostante" (*Ibidem*). La tesi è chiara ed essa è coerente con le proprie premesse concettuali. Questa tesi, però – a nostro avviso – imporrebbe di far rientrare nel novero concettuale dell'accanimento terapeutico, non solo le pratiche tecnico-mediche con le quali si attui una forma di reificazione della persona e del suo corpo, operandone una sorta di strumentalizzazione per un fine ultroneo rispetto a quello della cura e dell'assistenza alle sue stesse funzioni vitali – come noi stessi riteniamo –, ma anche tutte le provvidenze terapeutiche e assistenziali, le quali vengano praticate sopra i cc.dd. malati inguaribili che siano incapaci di "esperienza relazionale". In questo senso – allora – sarebbe da considerarsi accanimento terapeutico anche l'alimentazione e l'idratazione di un paziente con c.d. prognosi infausta, il quale non possa provvedervi autonomamente, non in

meno di un'opzione negativa rispetto a una possibile forma di «terapia», né si tratta di discutere intorno a una pratica *lato sensu* medica realizzata con un fine ultroneo e divergente rispetto a quello suo proprio e cioè con il fine di contrapporsi a una malattia, non per il bene del paziente, ma piuttosto strumentalizzando la persona che ne soffre e usando del suo corpo come mezzo di sperimentazione *lato sensu* intesa.

Ciò che è di primaria necessità sottolineare e chiarire, invero, e ciò che costituisce lo «oggetto» della decisione dei Giudici inglesi, è rappresentato dall'autorizzazione a (*rectius*, dalla prescrizione di) interrompere ogni forma di assistenza alle funzioni fisiologiche dell'organismo di Alfie Evans; di questo si tratta! Ciò significa, allora, che la Corte inglese ha di fatto autorizzata, sopra un minore ammalato e contro la stessa volontà dei di lui genitori (volontà la quale, peraltro, nulla potrebbe incidere sul valore giuridico e morale dell'atto in parola), la pratica della c.d. eutanasia passiva od omissiva. Essa è stata realizzata attraverso quello che potremo chiamare, distinguendolo dall'abbandono terapeutico

quanto esse siano *in se* pratiche illecite e immorali, ma piuttosto in ragione del fatto che esse medesime vengano compiute sopra una persona clinicamente inguaribile *et* incapace di relazionarsi col mondo esterno. Ciò significherebbe, però – secondo la nostra lettura – che la capacità di relazione (anche minima) manifestata o manifestabile dal paziente ne giustifichi la cura *lato sensu* intesa, qualunque sia il *quomodo* della sua somministrazione; mentre l'incapacità di relazione che eventualmente lo caratterizzi (unita alla c.d. prognosi infaustra), priva di significato le cure medesime o le medesime forme di assistenza, se non addirittura le rende illegittime. Noi riteniamo, però – ma ci limitiamo a segnalare il problema, senza entrare più oltre *in medias res* – che il «criterio» della «abilità relazionale» non possa essere assunto a condizione di legittimità delle pratiche terapeutiche e assistenziali sopra un soggetto *lato sensu* incapace, e dunque... a parametro di dignità della vita umana, sotto il profilo della dignità della cura e della tutela che essa richiedesse per sé. Ancora prima, peraltro, riteniamo che risulti assai difficile determinare oggettivamente un criterio discrezionale il quale operi una *summa divisio* tra il soggetto capace di relazionarsi e quello incapace di farlo e ciò, poiché, qualora la relazione si qualificasse come tale solo sotto il profilo della capacità razionale, ogni persona priva della c.d. capacità di intendere e di volere sarebbe incapace *ex se* di relazione, mentre qualora essa si qualificasse, invece, sotto il profilo psicologico-empatico, allora occorrerebbe ulteriormente vagliare la natura e i caratteri proprii di siffatto profilo, sia sotto il profilo del soggetto in questione, sia sotto il profilo del rapporto che gli altri abbiano o possano avere con lui.

propriamente detto, «abbandono assistenziale»: non si è trattato, infatti, di un'interruzione delle terapie, cosa che avrebbe imposto di interrogarsi sulla natura e sull'opportunità delle cure medesime, date le condizioni del paziente; ma si è trattato di un'interruzione del sostegno all'alimentazione, all'idratazione e alla ventilazione, necessari per mantenere in vita il soggetto *de quo*, onde non rimane alcun margine di valutazione sul piano giuridico e morale.

Insomma, al di là della «autorizzazione giudiziale» formalmente data al personale sanitario dell'Ospedale dalla Corte inglese («autorizzazione» che richiama *in parte qua* la sentenza italiana sul c.d. caso Englaro¹¹), la quale rende «non perseguibile» *inposito iure* la condotta «commissiva mediante omissione»¹² realizzata dallo stesso, quella posta in essere ai danni di Alfie Evans altro non è che una forma aggravata di omicidio volontario, di omicidio volontario compiuto... per realizzare il “*best interest*” della vittima.

III. BENE O BENESSERE: QUALE INTERESSE?

Senza troppi approfondimenti, allora, possiamo dire che la tesi del “*best interest*” e l'ideologia che ne sta alla base rappresentino il perno attorno al quale gravita l'intera questione.

¹¹ Si fa rinvio alla pronuncia 16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748. È bene precisare, però, che la sentenza Evans si distingue nettamente dalla sentenza Englaro poiché la prima attua male un principio buono, mentre la seconda attua male un'opzione errata: la sentenza Evans, infatti, ritiene, assurdamente, che la pratica eutanassica realizzi il “*best interest*” del minore, vale a dire che essa ritiene sia da perseguirsi primariamente l'interesse del minore; mentre la sentenza Englaro ritiene, altrettanto assurdamente, che la pratica eutanassica realizzi la volontà dell'interdetto, sulla base di un'articolazione presuntivamente ricostruttiva della stessa.

¹² Sul punto si fa rinvio a: S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanassia*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÁ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, II, p. 1822; più in generale sul reato commissivo mediante omissione, si veda: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007⁵, p. 582.

A differenza, per esempio, del c.d. caso Englaro, nel quale i Giudici italiani, accogliendo le istanze del tutore, hanno acconsentito al (*recte*, imposto il) c.d. abbandono assistenziale e quindi alla pratica dell'eutanasia per omissione (*rectius*, commissiva mediante omissione), sulla base di una «ricostruzione» della presunta volontà dell'incapace e quindi a differenza di una tesi giurisprudenziale (assurdamente) imperniata sul dogma dell'assoluta autodeterminazione del *velle subiecti*, il discorso portato innanzi dai Giudici inglesi esprime invece una prospettiva apparentemente condivisibile e apparentemente opposta rispetto a quella *lato sensu* πάλυ-volontaristica (propria del modo moderno di intendere il c.d. diritto all'autodeterminazione soggettiva¹³), anche se, di fatto, essa scade comunque nel πάλυ-volontarismo attraverso la via del πάλυ-nihilismo. Per esempio: quando la Corte di Londra motiva il rigetto dell'istanza di *habeas corpus* presentata dai genitori di Alfie Evans, affermando che il diritto del genitore, già contemplato nel *Custody of Children Act* del 1981, non può essere riconosciuto e agito se non “*in the interests of the welfare of the child*”, essa non pare appellarsi a un «argomento» immediatamente volontaristico, ma sembra invece fare proprio un principio informato a quello che Danilo Castellano chiamerebbe “realismo giuridico”;¹⁴ il problema, dunque, non consiste nell'affermazione «astratta» a tutela e a salvaguardia dell'interesse dell'incapace, né esso consiste nella considerazione della potestà genitoriale alla stregua di un potere giammai assoluto, bensì qualificato dalla sua stessa natura e inequivocabilmente regolato, *ex se*, dal bene di colui il quale ne è sottoposto¹⁵: le decisioni del genitore riguardanti il figlio, infatti, deb-

¹³ Per un'ampia trattazione del tema rinviamo – *si vis* – a R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, cit. *passim*, in particolare capp. 1 et 3.

¹⁴ Si rimanda a D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, *passim*, in particolare, p. 113 e ss, dove l'Autore fa rilevare come il Codice civile italiano, pur partendo dall'erronea premessa positivista rappresentata dalla dommatica delle fonti del diritto, esprime comunque, nella sua struttura di fondo, quello che è il senso proprio del giure.

¹⁵ Paltone, per esempio, insegna che l'arte regia è esercitata per il bene di coloro i quali ne sono sottoposti, secondo l'ordine proprio della loro natura: essa, invero, non è esercizio di

bono sempre essere adottate per il bene di lui e dunque... nel suo oggettivo interesse. Ed è altrettanto vero che, sempre per il bene *in se* del minore, gli stessi genitori possano e debbano essere privati del potere della *patria potestas*, ogniqualvolta essi si siano resi (o si rendano) incapaci o inidonei al suo esercizio. *Ergo*, il problema concerne il che cosa del bene: esso concerne, cioè, le modalità individuative e i criteri di discernimento che punto determinano *hic et nunc* un dato contenuto al concetto di bene *in concreto*; dunque, ciò che a nostro avviso dà ragione a una forte censura della Sentenza in parola non è né la c.d. teoria del “*best interest*” astrattamente considerata, né l’ingerenza del Giudice in quella che con la terminologia dell’art. 8 C.E.D.U. può chiamarsi “*vie privée et familiale*”; piuttosto la ragione della censura è rappresentata dal contenuto attuale che i Giudici stessi hanno voluto dare all’interesse da tutelarsi; anzi... ancora prima essa è rappresentata dalla relativizzazione volontaristico-nihilistica dello stesso significato dell’interesse, come se il già citato “*best interest*” dovesse necessariamente dipendere, *ex se*, dal raggiungimento contingente di una non altrimenti qualificabile felicità kantiana¹⁶.

Ebbene, per tratteggiare un poco i termini della questione in parola è opportuno contrapporre, plasmandola sul caso *de quo*, l’oggettività del bene alla soggettività del benessere¹⁷ ed è opportuno capire, nel contempo, a quale «interesse» la sentenza faccia riferimento e su quali «basi». Il bene, infatti, nella sua oggettività, è

un potere fine a sé stesso, ma è esercizio di un potere qualificato moralmente (cfr. PLATONE, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a).

¹⁶ La tesi di Kant è nota: per l’Autore, infatti, “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona” (I. KANT, *Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica*, in I. KANT, *Scritti politici*, Torino, U.T.E.T., 1995, p. 255), la condotta umana dovendosi ritenere “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell’arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro” (I. KANT, *Metafisica dei costumi*, Bari, Laterza, 1970, pp. 34 e s.).

¹⁷ Salvatore Amato, per esempio, rileva che “il *best interest* può condurre ad esiti opposti a seconda della prospettiva da cui si muove” (S. AMATO, *Lasciar morire o lasciar soffrire?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto – Forum: il caso di Alfie Evans*, Trento, Editor University of Trento, 2018, vol. II, p. 11).

necessariamente rappresentato dall'ordine proprio della salute e prima ancora, sul piano concettuale dell'analisi, esso è rappresentato dall'esistenza in vita della persona¹⁸: la vita, cioè, è, *ex se*, il primario bene dell'individuo, essa è ciò che, nella sua realtà ontologica, consente all'individuo stesso di esistere come persona¹⁹ e di essere quello che egli è *in se*; la vita, peraltro, in quanto tale, è anche la condizione indispensabile per qualunque «esperienza personale» (dolore, piacere, manifestazione di volontà, autodeterminazione *et coetera*) e per qualunque forma di «titolarità gius-soggettiva». Il benessere, *viceversa*, nella sua soggettività, nel suo essere, cioè, oggetto di percezione individuale, è rappresentato da una «sensazione» o da una «opinione» di bene (di felicità kantiana, riprendendo l'immagine di prima), che la persona medesima avverte come propria o ritiene per sé preferibile nell'*hic et nunc* della volizione/percezione medesima. E non è detto – si badi – per le ragioni più varie, le quali ora non possiamo indagare, che il dato oggettivo (del bene) e la percezione soggettiva (di/del benessere) siano consentanei e coerenti tra loro: per esempio, una persona sofferente, la quale ha perduto il bene della salute e la quale avverte il male della patologia, potrebbe, pur nel patimento fisico, trovarsi in una condizione di benessere personale, poiché ella, godendo il bene della vita e considerando questa come una «prova», riesce a dare alle proprie sofferenze un significato che trascendono le stesse²⁰. Al

¹⁸ Laura Palazzani, per esempio, opportunamente rileva che “la vita umana ha sempre una dignità, [essa (nda)] non ha dignità in funzione della qualità di vita o della autonomia” (L. PALAZZANI, *Alfie: un altro “caso” drammatico esistenzialmente e complesso bioeticamente*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto – Forum: il caso di Alfie Evans*, Trento, Editor University of Trento, 2018, vol. II, p. 51).

¹⁹ Facciamo rinvio alla nota definizione boeziana, secondo la quale “*persona est naturae rationalis individua substantia*” (S. BOEZIO, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4., in G. P. MIGNE (a cura di), *Patrologia latina*, Parigi, Garnier, 1882-1891, LXIV, 1343).

²⁰ Per esempio è stato rilevato che “un dolore è sopportabile quando [esso (nda)] è accompagnato dalla speranza che, prima o poi, abbia fine, dalla fiducia nelle persone da cui si è circondati, dall'affidabilità delle cure che si ricevono” (S. AMATO, *Lasciar morire o lasciar soffrire?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto – Forum: il caso di Alfie Evans*, cit., p. 11) e ciò significa che la reazione soggettivo-emotiva a una data circostanza dell'effettività

di là, poi, dell'aspetto *lato sensu* morale e del significato che ciascheduno dà alle condizioni della propria esperienza di vita, lo stesso discorso potrebbe farsi anche, *mutatis mutandis*, per lo stato di benessere avvertito, per esempio, dalla persona che soffre una patologia c.d. asintomatica (si pensi *ex multis* al diabete) o per lo stato di malessere avvertito, ancora per esempio, dalla persona clinicamente sana, ma emotivamente incapace di dominare le proprie paure, ansie *et coetera*. Ciò che comporta una sensazione o una opinione, insomma, sia essa di benessere o di malessere, non solo non ha fondazioni su basi oggettive, ma nemmeno (proprio per questo!) può essere oggetto di una «condivisione interpersonale», la quale non sia tutt'affatto fortuita. Altro, insomma, è il male e altro è il malessere, come altro è il bene e altro è il benessere: alla obiettività dei primi, si contrappone la soggettività dei secondi, onde ciò che è male-in-sé o bene-in-sé è per sua natura male o bene razionalmente palese all'evidenza di ognuno, mentre ciò che provoca (o è considerato fonte di) benessere o malessere è giuocoforza dipendente dalla percezione *πάv*-soggettiva e *πάv*-personale del dato, contingentemente legata al momento stesso della sua esperienza concreta. Non andiamo oltre.

Se ci domandassimo, però, a quale interesse i Giudici inglesi hanno fatto riferimento per decidere il caso di Alfie Evans, dovremmo rispondere che essi hanno fatto riferimento a una forma di «interesse al benessere», inteso come duplice interesse: come interesse all'assenza di sofferenze *lato sensu* intese e come interesse rappresentato dalla preferenza dell'autonomia delle funzioni vitali, rispetto all'esistenza in vita grazie a un ausilio funzionale al loro sostentamento. Certamente essi non hanno fatto riferimento all'interesse al bene in sé dell'incapace!

della vita e dunque anche lo stato di benessere e di malessere il quale essa provoca nella persona che la vive, dipendono non già da una coorte di dati, obiettivamente valutabili *ut natura* e obiettivamente coglibile *in se*, secondo l'ontologia loro propria, quanto piuttosto la reazione soggettivo-emotiva dipende dal temperamento che l'individuo ha e dalla personale rielaborazione intima che egli fa dell'evento occorsogli.

In accoglimento, infatti, di queste tesi utilitaristiche proprie della c.d. etica della qualità della vita²¹, è stato deciso – per il suo “*best interest*”, appunto – di praticare una forma di eutanasia indiretta sopra il minore, privandolo di quanto necessario al suo mantenimento in vita. In tale modo, allora, si è soddisfatto il «suo» interesse (*recte*, quello che è stato ritenuto dai Giudici essere il suo interesse) a non vivere se non autonomo nella ventilazione, nella idratazione e nella alimentazione e se non privo di sofferenze *lato sensu* intese.

Il problema, però – ne facciamo un mero cenno, in epilogo a questa breve riflessione – è (almeno) duplice: *in primis*, infatti, occorre considerare la natura del potere (dei genitori e/o dei tutori) sopra gli incapaci (e dunque anche la natura del «potere surrogatorio» dell’Autorità) e *in secundis* occorre leggere le contraddizioni interne alla questione *de qua*, anche alla luce della teorica liberale di matrice lockiano-kantiano-mounieriana dell’assoluta autodeterminazione (del *velle*).

Quanto al primo aspetto, infatti, giova domandarsi se il potere del genitore o del tutore di operare una scelta «per» l’incapace (*id est*, al posto dell’incapace, per ciò che lo riguarda) sia un potere di agire «come se» il genitore o il tutore stessi agissero per sé medesimi e cioè come se essi dovessero autodeterminare in modo assoluto e insindacabile una volontà propria, perseguendo un proprio interesse al conseguimento di ciò che essi stessi considerano come «stato di benessere», oppure se tale potere consenta (e imponga) loro di agire solo ed esclusivamente per il bene di colui sopra il quale essi esercitano la loro autorità e dunque solo ed esclusivamente nell’ordine proprio della di lui natura, secondo la norma che essa fa palese *ex se* e secondo la regola oggettiva che essa stessa impone all’evidenza della ragione²². È ben vero, infatti, che nel primo caso l’incapace re-

²¹ Rinviamo, per un’attenta disamina della questione, a L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.

²² La ragione, ovviamente, non è qui intesa in termini hobbesiani, quale ragione operativa, vale a dire quale abilità di apparecchiare i mezzi pel fine di volta in volta eletto; piuttosto essa è intesa in termini contemplativi quale intelligenza delle cose per ciò che esse stesse

sterebbe orbo di ogni «vero diritto» e diverrebbe strumento soggetto all'assoluta e insindacabile volontà-opzione del suo genitore o tutore, onde neppure avrebbe senso un procedimento giudiziale atto a vagliare l'operato e/o la scelta di quest'ultimo; mentre nel secondo caso, l'incapace avrebbe diritto di essere curato e assistito, non secondo la volontà altrui e nemmeno secondo l'altrui percezione/opzione di benessere, ma secondo l'ordine proprio della sua stessa natura, secondo il dato ontologico del suo essere-persona, secondo, insomma, quello che è il suo bene oggettivo. E ciò non significa – si badi – che il genitore o il tutore siano privi di discrezionalità nell'esercizio dei poteri proprii del loro ufficio, ciò presupporrebbe, infatti, uno schematismo positivista del tutto assurdo e impraticabile, ma solo significa che essi, nell'operare le scelte che loro competono *in casibus*, debbano «muoversi» sì liberamente, ma pur sempre entro un ventaglio di legittimità sostanziale, i cui estremi restano indipendenti dalla loro volontà e/o dalla loro personale sensibilità: essi, dunque, sono liberi di operare qualunque scelta per l'incapace, purché, però, la scelta medesima sia conforme alla di lui natura e sia una scelta oggettivamente buona per lui... purché essa sia, in altre parole, una scelta che ne realizza e che compie il bene in senso oggettivo²³.

Quanto al secondo, più problematico aspetto, poi (e con questo epiloghiamo il discorso, consapevoli di avere «aperti» più problemi di quanti in relazione ai quali sia stato possibile tratteggiare una via di soluzione), è opportuno di consi-

sono, *id est* quale intelligenza del loro essere in sé e quale capacità di rapportarsi alle stesse conformemente alla loro natura o essenza.

²³ La madre, per esempio, è e resta naturalmente libera di scegliere quale cibo somministrare al bambino, come anche in quale modo vestirlo, quali oraii imporgli per l'igiene quotidiana, come organizzarne la giornata *et coetera*, ciò, però, alla condizione che il cibo, l'abbigliamento, gli oraii, l'organizzazione dell'igiene personale *et coetera* siano tutti oggettivamente buoni per l'incapace in parola e ne compiano il bene concreto; sicché – proseguendo nell'esempio – la madre sarà sì libera di decidere se somministrare al bambino la carne o il pesce, ma non sarà libera di somministrargli bevande alcoliche o sostanze che, per la loro natura o per la condizione particolare del minore, gli rechino in qualche modo nocimento; ella potrà parimenti valutare se lavarlo al mattino o alla sera, ma non potrà omettere le pratiche igieniche necessarie alla di lui salute *et coetera*.

derare che nella decisione dei Giudici inglesi oltre a essere palesemente violato il diritto di Alfie Evans alla tutela del proprio bene oggettivo, alla tutela, cioè, del suo primario interesse al bene per sé e di sé, rappresentato dal diritto alla vita, è anche stata lesa direttamente, nel «ragionamento» argomentativo della Corte, la di lui prerogativa all'opzione sul proprio benessere: essendo, infatti, la percezione del benessere del tutto soggettiva e personale, essa non è suscettibile di essere rappresentata o manifestata «per conto» di altri²⁴. Di talché la sentenza in parola, non ha manifestata una decisione «ricostruttiva» della ipotetica volontà del minore – cosa peraltro impossibile sempre e in particolare nel contesto *de quo* – ma ha resa effettiva e cogente la personale (e infondata) opinione dei Magistrati, circa la loro preferenza della morte, rispetto a una condizione di vita che essi medesimi hanno ritenuta, *hic et nunc*, non meritevole di esistenza. Sotto questo profilo, allora, il «caso Evans» dovrebbe suscitare lo sdegno anche da parte dei «cultori» del moderno diritto all'autodeterminazione assoluta: essi, infatti, se è vero che non potrebbero invocare la lesione del primario diritto alla tutela del bene-vita – questo è ovvio, ritenendo che il valore della vita non sia *in se*, ma dipenda, per ciascuno, dalla propria volontà-opzione – certamente dovrebbero invocare la lesione sia, innanzitutto, del diritto del minore di auto-decidere per sé medesimo, circa la propria esistenza in vita, sia, in subordine, quello dei di lui

²⁴ Infatti anche l'autorevole Dottrina che ritiene, in conformità alla mentovata pronunzia, che “sarebbe una crudeltà inutile, un’ostinazione irragionevole, un accanimento terapeutico, continuare a farlo soffrire” (S. AMATO, *Lasciar morire o lasciar soffrire?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto – Forum: il caso di Alfie Evans*, cit., p. 11), ha rilevato che in relazione allo stato psico-soggettivo dell'incapace, come anche in relazione alla di lui percezione o considerazione del benessere e anche solo in merito alla percezione che egli potrebbe avere delle proprie condizioni “non sappiamo che cosa non sappiamo” (*Ibidem*) onde se risulta – come è stato detto – “più ragionevole, più conforme al principio di beneficenza, o *best interest* che dir si voglia, optare per la seconda alternativa [cioè non (nda)] costringerlo a una sopravvivenza artificiale”, ciò può risultare solamente alla luce di peculiare interpretazione del «principio» *de quo*, la quale lo risolva secondo gli schemi proprii della c.d. etica della qualità della vita.

genitori ad autodeterminarsi liberamente nelle scelte riguardanti il loro figlio incapace.