



Bioetica e Biodiritto

Quaderno 1

Volume a cura di Gianluca Grasso, componente del Comitato direttivo

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello,
Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta,
Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2021

ISBN 9791280600011

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Bioetica e Biodiritto

Quaderno 1

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione «un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario» (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Presentazione	11
Gaetano Silvestri	
Il “Biodiritto” nel diritto costituzionale italiano e comparato: tra scienza, etica-politica e diritto	15
Vladimiro Zagrebelsky	
Il “Biodiritto” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani	27
Valeria Marcenò	
Il diritto e la nascita del vivente: a chi spetta il “diritto di procreare artificialmente”?	39
Luca Antonini	
Le frontiere dell’autodeterminazione: il caso del fine vita	55
Stefano Canestrari	
Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale	65
Francesca Rescigno	
“Bios” e “Zoe” nel diritto. Per una tutela giuridica del vivente non umano	91
Elisabetta Lamarque	
Le cure palliative nel quadro costituzionale	117
Giovanni Maria Flick	
Un passo avanti problematico nella dignità per morire	141
Lorenzo d’Avack	
Il ruolo della giurisprudenza di fronte alle questioni eticamente sensibili	149

Gli autori

Luca Antonini,
Giudice della Corte costituzionale

Stefano Canestrari,
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna e Membro del Comitato Nazionale per la Bioetica

Lorenzo D'Avack,
Professore emerito di Filosofia del diritto e docente di bioetica presso l'Università di Roma Tre – Presidente del Comitato nazionale di bioetica

Giovanni Maria Flick,
Presidente emerito della Corte costituzionale

Elisabetta Lamarque,
Professoressa associata di diritto costituzionale presso l'Università Milano-Bicocca

Valeria Giusi Francesca Marcenò,
Professoressa associata di diritto costituzionale presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino

Francesca Rescigno,
Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico e diritto delle pari opportunità presso l'Università "Alma Mater" di Bologna

Gaetano Silvestri,
Presidente emerito della Corte costituzionale

Vladimiro Zagrebelsky,
già Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo

Presentazione

1. Il presente volume, che inaugura la collana dei Quaderni della Scuola superiore della magistratura, raccoglie i contributi del corso “Bioetica e biodiritto”, tenutosi il 29 e 30 ottobre 2020 con modalità di formazione a distanza, stante il perdurare della crisi sanitaria derivante dall’epidemia Covid-19.

Nonostante le limitazioni derivanti dalla crisi pandemica, la Scuola è riuscita a riprogrammare le attività formative, sperimentando, con modalità inedite, iniziative di teledidattica, attraverso l’utilizzo di ambienti di classe virtuale. Sono stati in tal modo realizzati moduli di didattica contestuale, condotta sul *web* (*webinar*, videoseminari o seminari virtuali), che consentono la partecipazione di relatori e discenti collocati in luoghi diversi e attribuiscono la facoltà di interagire tra di loro.

2. Il termine bioetica è comparso per la prima volta nel 1970¹ nella letteratura scientifica quando venne utilizzato per rappresentare la nuova disciplina che, attraverso la combinazione tra la conoscenza biologica (bio) e quella del sistema dei valori umani (etica), avrebbe consentito di garantire la sopravvivenza dell’umanità dinanzi al tumultuoso progresso delle scienze nei campi della biotecnologia, della biomedicina e dell’ingegneria genetica, che aprivano la strada a inimmaginate possibilità di manipolazione della vita umana e della natura.

Da allora è stato un crescendo di studi e di approfondimenti, che hanno portato alla creazione di centri di ricerca, cattedre universitarie, riviste scientifiche, comitati etici e di esperti presso istituzioni nazionali e internazionali.

Nel corso degli anni, le questioni poste della bioetica sono transitate dalla letteratura scientifica alle aule di giustizia, ponendo gli operatori del diritto e il giudice, in particolare, dinanzi alla necessità di assumere delle decisioni, spesso con conseguenze irreversibili, che coinvolgono direttamente la vita della persona e la sua dignità, a partire dai due grandi ambiti da cui sono originati i temi fondamentali della disciplina: il nascere e il morire.

Si va così, lungo il filo che lega libertà e responsabilità, dai profili più generali della relazione medico-paziente e al consenso informato, dalla sperimentazione

¹ V.R. POTTER, *Bioethics: the science of survival*, in *Perspectives in biology and medicine*, 1970, 1, 127 ss. (trad. it. Bari 2002) e, successivamente, Id., *Bioethics: bridge to the future*, New Jersey, 1971. Cfr. S. RODOTÀ, *Bioetica*, in *Enciclopedia Italiana – VII Appendice*, Roma 2006.

clinica e biomedica per la ricerca di nuovi trattamenti terapeutici al trattamento del malato psichiatrico, dai temi della procreazione medicalmente assistita, compresa la maternità surrogata, e della tutela dell'embrione alle decisioni di fine vita e alle connesse problematiche legate al testamento biologico, all'accanimento terapeutico e alle cure palliative.

Ambiti, questi, in cui gli strumenti del diritto e la normativa di riferimento non sempre risultano adeguati, mentre l'ordinamento non esonera il giudice dal prendere delle decisioni sulle richieste avanzate dalle parti. Ecco, allora, il ruolo fondamentale che assume il biodiritto, chiamato a disciplinare, attraverso il rapporto dialettico tra formante legislativo e giurisprudenziale, l'insieme complesso dei problemi posti dalla relazione tra diritto, bioetica e scienze della vita, e che non può rimanere indifferente di fronte alle scelte che coinvolgono i fondamenti della persona e della sua dignità.

La prospettiva si è inoltre allargata a temi ulteriori, che scaturiscono dai rapporti con la vita degli ecosistemi e la tutela delle specie animali, mentre a vario titolo si intrecciano i profili delle neuroscienze e delle neurotecnologie.

I dibattiti che ne conseguono sono spesso accesi e possono dar luogo ad aspri conflitti, ma vi è la necessità di affrontarli con equilibrio, ponderazione e onestà intellettuale, attraverso uno studio approfondito delle questioni che proceda alla luce dei valori e dei principi che governano la materia.

Di qui, dunque, l'importanza delle occasioni di formazione sui temi della bioetica e del biodiritto per promuovere l'incontro e lo scambio di esperienze e la realizzazione di idee comuni, attraverso un percorso complesso e articolato di riflessione che non si esaurisca in un mero trasferimento di sapere e passiva ricezione da parte di un pubblico più o meno qualificato.

3. Al di là della previsione di singole relazioni collocate nel contesto di temi più generali, legati al diritto di famiglia o ai nuovi diritti, o riservati ai magistrati in formazione iniziale, la Scuola aveva già dedicato negli ultimi anni due corsi specifici di formazione permanente ai temi della bioetica e del biodiritto.

Nel 2018, in collaborazione con l'Accademia dei Lincei, è stato realizzato il corso *La bioetica ed il complicato mestiere del giudice: un viaggio in punta di piedi in un mondo ancora da esplorare* (21-23 marzo 2018) mentre l'anno successivo si è tenuto il corso *Biodiritto e meritevolezza di tutela* (28-29 marzo 2019), organizzato in collaborazione con il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze.

Il corso *Bioetica e biodiritto* (29-30 ottobre 2020), i cui atti vengono raccolti in questo volume, è stato strutturato su un percorso di approfondimento progressivo e concentrico, che dai principi generali dell'ordinamento interno (Gaetano Silvestri, *Il "Biodiritto" nel diritto costituzionale italiano e comparato: tra scien-*

za, etica-politica e diritto) e di quello internazionale (Vladimiro Zagrebelsky, *Il "Biodiritto" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*) ha affrontato le questioni più rilevanti relative alla nascita e alla morte del vivente, con un'analisi specifica rivolta alla disciplina sulla procreazione medicalmente assistita (Valeria Marcenò, *Il diritto e la nascita del vivente: a chi spetta il "diritto di procreare artificialmente"?*) e al tema del fine vita, a fronte della disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento (l. n. 219 del 2017) e della soluzione cui è giunta la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019 nella perdurante inerzia del legislatore (Luca Antonini, *Le frontiere dell'autodeterminazione: il caso del fine vita*; Stefano Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*).

Tra gli ulteriori temi vi sono quello del "Biodiritto" come diritto del prendersi cura, con l'attenzione che la medicina dedica al paziente terminale e alla sua sofferenza (Elisabetta Lamarque, *Le cure palliative nel quadro costituzionale*), e della tutela del vivente non umano (Francesca Rescigno, *"Bios" e "Zoe" nel diritto. Per una tutela giuridica del vivente non umano*).

Concludono questo itinerario le riflessioni sul ruolo del giudice di fronte alle questioni eticamente sensibili, che rappresentano il *fil rouge* attraverso cui si sono articolate le varie sessioni di questo corso (Giovanni Maria Flick, *Un passo avanti problematico nella dignità per morire* e Lorenzo d'Avack, *Il ruolo della giurisprudenza di fronte alle questioni eticamente sensibili*).

Il “Biodiritto” nel diritto costituzionale italiano e comparato: tra scienza, etica-politica e diritto

SOMMARIO: 1. Il principio personalistico e gli altri princìpi costituzionali in gioco. – 2. Il ruolo della scienza e il rischio dello “scientismo giudiziario”. – 3. L’incertezza scientifica e giuridica, la pluralità di soluzioni possibili e il limite delle “rime obbligate”. – 4. Alcune ponderazioni riguardanti l’inizio della vita. – 5. Alcune ponderazioni in tema di fine della vita.

1. Il principio personalistico e gli altri princìpi costituzionali in gioco

Le prime due grandi Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra in Europa, dopo la fine della barbarie nazifascista, furono quella italiana (1948) e tedesca (1949). Entrambe affermarono con chiarezza il principio personalista, che implica, come effetto generale, la primazia della persona rispetto allo Stato e spazza via definitivamente ogni residuo di paternalismo e di Stato etico.

Il soggetto astratto della tradizione liberale cede il posto alla persona concreta, l’essere umano in carne e ossa, con le sue determinanti storiche, sociali e culturali. Il diritto tutela quindi la persona come effettivamente esiste, non come dovrebbe essere secondo una specifica dottrina religiosa, ideologica o di filosofia morale. Spogliata da ogni riferimento mistico, la persona viene assunta dalla Costituzione come unione inscindibile di spirito e di corpo, naturale ambito di autodeterminazione dell’individuo su se stesso, con l’unico limite del *neminem laedere*. Da questo assunto fondamentale si deducono l’estensione e i limiti del “biodiritto”, che non corrisponde ad una singola disciplina giuridica e risulta oggi in continua espansione.

Il principio personalistico offre il legame che unisce gli altri princìpi costituzionali in gioco nella complessa materia del biodiritto: solidarietà (art. 2); pari dignità sociale (art. 3); libertà personale (art. 13); *privacy* (art. 14); libertà di religione (art. 19); libertà di manifestazione del pensiero (art. 21); diritto alla salute (art. 32); libertà della scienza e della ricerca scientifica (art. 33).

I princìpi e i diritti fondamentali sopra richiamati hanno dimostrato una forte, anche se discontinua, carica espansiva a livello europeo e planetario. Dalle Costituzioni nazionali dell’Europa – ivi compresi gli Stati usciti dal “socialismo

reale" – alle Carte europee (CEDU 1950; Carta di Nizza 2000), alla Convenzione americana sui diritti umani (1969), alla Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli (1981), alla Carta dei diritti umani dell'Asia (1998), il principio personalista e il declino del dominio assoluto dello Stato sulla vita dei cittadini sembrano tendenze ormai avviate a prevalere su scala mondiale. Ciò non deve indurre a dipingere scenari idilliaci, giacché la violazione dei diritti umani avviene, anche in forme feroci, in tanta parte del mondo e – si deve constatare con rammarico – la pena di morte, radicale negazione del principio personalista, è ancora in vigore ed applicata negli Stati Uniti d'America, in Russia e in Cina, le tre massime potenze del pianeta. La stessa effettività giuridica di alcune Carte o Convenzioni internazionali volte a tutelare i diritti umani può essere messa in dubbio. Queste amare rilevazioni non sono però buoni motivi per indurre ad un pessimismo "realistico" che, in talune versioni, somiglia molto al cinismo.

La "lotta per la Costituzione" è, innanzitutto, lotta per la dignità della persona, sintesi dei diritti fondamentali, nel cui ambito il biodiritto occupa un posto centrale. Il compito del giurista che non voglia nascondersi dietro un falso neutralismo "scientifico" è quello di conquistare nuovi spazi, anche esigui, a questa causa.

2. Il ruolo della scienza e il rischio dello scientismo giudiziario

Proprio perché il biodiritto è un campo nel quale si incontrano, si incrociano e spesso si scontrano concezioni etiche diverse sentite come incompatibili dai loro portatori, la scienza gioca un ruolo importante nel porre punti di riferimento tendenzialmente oggettivi, ossia, più precisamente, meno permeati di soggettivismo. Vi è largo accordo ad escludere che le questioni tipiche del biodiritto si possano decidere con il semplice criterio aritmetico della maggioranza, così come, del resto, tutte le questioni giuridiche aventi un sostrato etico in un ordinamento ispirato alla libertà e al pluralismo.

Talvolta la Corte costituzionale italiana ha fatto rinvio alle evidenze scientifiche quali naturali e necessarie integrazioni del parametro da utilizzare nei giudizi davanti a sé, specie in relazione alle operazioni di bilanciamento tra principi e diritti potenzialmente in contrasto. Ad esempio, in tema di valutazione di determinate pratiche terapeutiche, «la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009). Infatti «la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si

ponga in contrasto con interessi di pari rango» (sentenza n. 162 del 2014, ma, già in precedenza, n. 151 del 2009 e n. 282 del 2002).

Come si vede, il giudice delle leggi non rinvia puramente e semplicemente alla scienza ed ai suoi cultori, scienziati o professionisti, ma ha cura di riservare al diritto (legislazione e giurisdizione) il giudizio sul “rango” degli interessi in gioco, dopo aver preso atto delle valutazioni tecnico-scientifiche degli esperti. Alla fine, le evidenze scientifiche sono sempre – nel ragionamento giuridico-costituzionale – *value-laden*, partono dal fatto, ma si concludono sempre nella sfera del dover-essere. Non sarebbe metodologicamente corretto, pertanto, cadere in una sorta di “scientismo giudiziario”. Come si accennava già nel § 1, spesso si riscontrano incertezze nei vari campi della ricerca scientifica, sia teorica che applicata. Il giudice (costituzionale e comune) da una parte è obbligato a decidere (non può rifugiarsi nel *non liquet*) “come se” dai dati scientifici emergessero certezze assolute, dall'altra non può e non deve assumersi la responsabilità di scelte non confortate dall'evidenza dei fatti. Peraltro, come è noto, da leggi o regolarità naturali non si possono dedurre norme etiche o giuridiche: tra la sfera dell'essere e quella del dover essere si interpongono sempre la coscienza e la volontà umane. Per restare nel campo del diritto, il rinvio alla scienza può essere soltanto la base cognitiva indispensabile, in certi contesti, per verificare – entro i limiti delle conoscenze disponibili – il legame con la realtà di una certa prospettiva deontologica prescelta dal giudice, in attuazione o nel rispetto dei principi costituzionali. Tuttavia non tutto ciò che è possibile sul piano scientifico e tecnologico lo è pure sul piano giuridico. Se questo è palesemente vero, appare evidente la conseguenza che non può valere un rinvio *sic et simpliciter*, ma è ammissibile soltanto un rinvio a certi fini e per la realizzazione di certi interessi ritenuti meritevoli di tutela in un ordinamento giuridico dato. In conclusione, il rinvio alla scienza, pur essendo molto utile per dare razionalità alle scelte giurisprudenziali, non può essere un mezzo per eludere la responsabilità di chi interpreta la Costituzione e le leggi e applica le regole, ma, al massimo, per tentare di dimostrare la non arbitrarietà del suo operato.

Riflessioni analoghe si potrebbero fare per forme, che talora affiorano, di “scientismo legislativo”. Ma esulano da questa trattazione.

3. L'incertezza scientifica e giuridica, la pluralità di soluzioni possibili e i limiti delle “rime obbligate”

Tra i principi fondamentali della Costituzione – non solo di quella italiana, ma di tutte quelle che si ispirano al costituzionalismo moderno – vi è la separazione dei poteri. Non si tratta di un principio meramente organizzativo, ma di un

presidio di garanzia della democraticità dello Stato e, ad un tempo, di tutela dei diritti dei cittadini. Quando si intrecciano ampiezza dei principi costituzionali ed incertezza sugli approdi della ricerca scientifica, il giudice costituzionale si trova con pochi punti di riferimento per definire una via univoca di attuazione della Costituzione su una determinata questione controversa.

Torna periodicamente alla ribalta il limite – enunciato da Vezio Crisafulli più di quarant’anni addietro – delle “rime obbligate”, metafora con la quale si esprime la necessità che la Corte, nella sua opera di “bonifica” costituzionale realizzata non per caducazione, ma per aggiunta, si arresti di fronte all’impossibilità di individuare nel sistema costituzionale e legislativo una linea-guida sufficientemente chiara sui modi e le forme di attuazione costituzionale in uno specifico settore. La necessità delle “rime obbligate” appare più stringente nei campi solitamente sussunti nell’area del “biodiritto”, dove prese di posizione unilaterali e militanti, ma non largamente condivise, apparirebbero in stridente contrasto con il principio di separazione dei poteri. Quest’ultimo vuole che la funzione normativa sia lasciata interamente al legislatore nei casi in cui la costruzione della regola non possa che essere frutto di una scelta politica, in presenza di un ventaglio di ragionevoli possibilità, tutte compatibili con il dettato costituzionale.

Come è noto, questa dottrina fu accolta con sollievo, e anche con entusiasmo, da chi, sul piano teorico-giuridico, avvertiva la contraddizione tra l’anomalia di un giudice costituzionale che, con le sentenze “additive”, introduceva nuove norme nell’ordinamento giuridico e l’imperiosa esigenza di giustizia, che imponeva l’eliminazione di un *vulnus* alla Costituzione, senza arrecarne uno maggiore con una mera caducazione della norma censurata.

L’entusiasmo si attenuò man mano che apparve chiaro ciò che, in verità, si poteva vedere sin dall’inizio: se erano obbligate le rime, il resto dei versi era libero. E spesso la rima non era più che un’assonanza. Vedremo più avanti che in tempi recenti il limite delle rime obbligate è stato sostanzialmente superato, anche se non siamo arrivati, come vedremo, al “diritto libero”, eterno spauracchio agitato da positivisti irriducibili e loro ultima spiaggia. In questo momento ci troviamo nella situazione in cui nella giurisprudenza costituzionale convivono spinte molto forti al superamento del limite crisafulliano e resistenze altrettanto decise. Un esempio molto significativo, quasi una *summa* della dottrina delle “rime obbligate”, lo possiamo trovare nella sentenza n. 84 del 2016, riguardante il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni umani contenuto nella legge n. 40 del 2004:

«A fronte [...] di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta [...] così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente

uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi che si rinviene nelle disposizioni censurate attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale.

Ciò che del resto è avvenuto in tutti quegli Stati europei che, come ricordato dalla Corte di Strasburgo, “hanno adottato un approccio permissivo” nei confronti della ricerca sulle cellule embrionali, nei quali ad una siffatta opinione si è addivenuti sempre e soltanto per via legislativa.

È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte.

Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione [...] di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo di questa Corte [...] stante il carattere non “a rime obbligate” di un tale intervento».

La Corte conclude affermando che una scelta complessiva dovrà essere presa dal legislatore *anche* sulla base di evidenze scientifiche e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale. Sottolinea quindi il giudice delle leggi l’importanza cruciale del consenso prevalente della comunità scientifica internazionale.

A questo punto si erge una difficoltà che non può dirsi superata al momento presente. Quale significato dare alle espressioni “valori condivisi”, “consenso prevalente”, “orientamenti radicati” e simili. Per effetto del rango della fonte (la Costituzione), della tutela delle minoranze (trattandosi di diritti fondamentali) e del “politeismo dei valori” proprio di una democrazia pluralista, si deve escludere che si possa far riferimento ad un consenso “maggioritario”. Non si tratta di valori, principi o interessi che si possano mettere ai voti, in modo da risolvere delicatissime questioni etico-giuridiche “a colpi di maggioranza”. Come distinguere peraltro un consenso maggioritario transeunte da un radicamento culturale e sociale di tale intensità da far assurgere un’idea o un interesse a principio o diritto costituzionalmente individuato e protetto, sia pur non come esclusivo e sia pur in via interpretativa. Vi possono essere – e vi sono – opzioni e finalità che, degne di rispetto sul piano della libertà, non hanno la forza e il peso storici per essere costituzionalmente imposte, in assenza di una chiara volontà espressa dal legislatore.

Detto ciò, non dobbiamo pensare di aver superato del tutto l’enorme difficoltà prima segnalata. Vi sarà sempre un punto di vista contrario alla soluzione

adottata dal legislatore o dal giudice delle leggi. Nel primo caso, i dissenzienti possono scegliere, per cancellare la scelta avversata, la via politica o quella giurisdizionale, nel secondo, resterebbe soltanto la via della legge costituzionale, se non ci si trovasse nel terreno dei principi supremi! Tuttavia la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana offre al legislatore la possibilità di modificare regole introdotte mediante pronunce additive, proprio perché è stata adottata un’accezione larga – molto larga! – della dottrina delle “rime obbligate”, come avremo modo di vedere meglio più avanti.

L’allentamento del rigore di un limite che ha resistito oltre quarant’anni si è verificato quando è apparso chiaro che gli espedienti adottati dalla Corte per “decidere di non decidere” (pur per nobili motivi istituzionali) rischiavano di diventare, alla lunga, complicità in quella particolare forma di violazione della Costituzione consistente nel lasciarla inattuata, per eccesso di *judicial deference*. Quando la Corte si rende conto di essere vicina a questa soglia sperimenta nuovi strumenti decisori, antepoendo l’interesse costituzionalmente protetto al formale rispetto per un legislatore neghittoso, paralizzato dai contrasti o, peggio, consenziente di fronte all’imposizione legale di concezioni etiche di origine religiosa o ideologica. La stessa coerenza delle “rime obbligate”, in taluni casi, si allenta, sin quasi a scomparire.

4. Alcune ponderazioni riguardanti l’inizio della vita

Per lungo tempo in Italia, come in molti altri paesi, la pratica dell’aborto è stata vietata, con previsione di sanzioni penali, in ossequio ad un’interpretazione estensiva della tutela della vita del nascituro, unita ad una restrittiva della tutela della salute, fisica e psichica, della madre. Anche se per il diritto l’embrione non poteva considerarsi “persona” – poiché, per il codice civile, la soggettività giuridica si acquista con la nascita – la tutela del suo diritto alla vita cedeva il passo solo di fronte alla tutela della vita della madre. Era ammesso quindi soltanto il c.d. aborto terapeutico, quando vi fossero seri rischi per la vita della madre stessa. L’evoluzione della coscienza sociale portò alla nascita di un largo movimento di opinione pubblica volto a contestare l’equiparazione di una persona già esistente, soggetto giuridico a pieno titolo, al feto, che ancora persona non lo è, con una intrinseca svalorizzazione della donna portatrice della gravidanza.

La Corte costituzionale, nel silenzio del legislatore, rilevò l’irragionevole sproporzione tra le tutele giuridiche rispettivamente del feto e della madre, affermando che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare». La Corte non affermò un diritto incondizionato

all'aborto, limitandosi a dichiarare non punibile l'interruzione volontaria della gravidanza operata entro certi limiti e con particolari cautele, della cui precisazione si faceva obbligo al legislatore, «per impedire che l'aborto venga procurato senza serii accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione; e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione delle condizioni atte a giustificarla» (sentenza n. 27 del 1975).

Già in questa pronuncia si comincia a intravedere il *fil rouge* destinato a connettere tutte le successive decisioni del giudice delle leggi: la ponderazione delle tutele costituzionali alla luce di una visione laica della persona, e quindi del procurato aborto, nella cui qualificazione alla luce della Carta costituzionale non incidono, come per il passato, il sentimento religioso, una determinata filosofia morale, le dottrine sociali, politiche, giuridiche e demografiche, pur richiamate, senza manifestare alcuna preferenza, all'inizio del *Considerato in diritto*. La persona umana, con la sua volizione ed il suo individuale diritto alla vita e alla salute, non è più assorbita da un'ideologia di Stato, ma acquista valore in sé, non è più funzionalizzata a scopi che la trascendono, ma è tenuta soltanto all'osservanza di precisi e puntuali doveri sanciti dalla legge, in attuazione del principio di solidarietà e, ovviamente, di quello del *neminem laedere*. Il bilanciamento necessario per ottenere soluzioni ragionevoli non potrebbe avere luogo a partire da principi aventi valore assoluto. L'unico assoluto costituzionale ipotizzabile è la dignità umana, nel senso che essa non può subire compressioni per alcun motivo. Anch'essa tuttavia è frutto di bilanciamento, in quanto sintesi dei diritti e doveri fondamentali, esito delle ponderazioni affidate al legislatore e ai giudici nelle rispettive sfere di competenza.

Sempre la constatata sproporzione relativa di tutele sta alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di impianto di più di tre embrioni nella pratica della fecondazione assistita. L'assolutezza del divieto e del limite numerico può portare conseguenze negative per la salute della donna, costringendo, in caso di insuccesso del primo tentativo, a successive stimolazioni, che possono determinare conseguenze dannose. La norma restrittiva imponeva quindi una sovratutela dell'embrione di contro ad una sottotutela della donna. La Corte aggiunge una considerazione, avente portata generale, sull'impossibilità del medico, stante il divieto, di decidere caso per caso il numero di embrioni da impiantare. Ricorda infatti il giudice delle leggi che «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulla quali si fonda l'arte medica; sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza

n. 151 del 2009). Si tratta di un'affermazione molto netta, per la quale valgono le considerazioni che abbiamo esposto nel § 4.

L'importanza della libera volontà della persona su se stessa – già evidente nelle precedenti pronunce richiamate – risalta in modo particolarmente chiaro nell'impianto della motivazione della sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. La legge n. 40 del 2004 aveva stabilito tale divieto giuridico in ossequio ad analogo divieto di matrice religiosa e ideologica, con totale sacrificio della libertà di autodeterminazione delle persone, in assenza di danni a terzi (sentenza n. 162 del 2014).

La citata legge n. 40 del 2004, pur dichiarata dalla stessa Corte "costituzionalmente necessaria" (sentenza n. 45 del 2005), è risultata tuttavia, con il passare del tempo, una legge di "inattuazione costituzionale". Si pone allora un quesito, che potrebbe rimettere in discussione la citata definizione del giudice costituzionale oppure avvalorarla ancor di più: è meglio una disciplina purchessia che colmi un vuoto legislativo oppure è preferibile nessuna disciplina ad una normazione incostituzionale? Paradossalmente una disciplina incostituzionale offre alla Corte una strada più agevole e breve per tutelare diritti fondamentali violati. Difatti è più facile "bonificare" una legge esistente che costruire dal nulla.

Sulla base del metodo del libero confronto delle idee e delle teorie è possibile comporre – tra molte difficoltà e contraddizioni! – discrezionalità politica del legislatore, pluralismo etico, rispetto per la scienza e principi costituzionali. La cosa peggiore sarebbe ragionare per compartimenti stagni. Ciò determinerebbe – ed ha determinato spesso in concreto – la paralisi decisionale. Il che creerebbe un vuoto apparente, giacché perpetuerebbe la prevalenza, nella prassi, di principi pre-costituzionali, se non addirittura pre-moderni.

5. Alcune ponderazioni in tema di fine della vita

Anche la discussione sulla liceità di porre fine alla propria esistenza avvalendosi dell'aiuto altrui dura ormai da molti anni, poiché su questo argomento si presentano le stesse difficoltà che si riscontrano sulle questioni di inizio vita. Le problematiche giuridiche sono strettamente intrecciate a fedi religiose, convinzioni etiche, posizioni ideologiche. Dal punto di vista del diritto costituzionale, si deve ribadire il punto di partenza già enunciato in precedenza: ogni persona ha il diritto (di libertà) ad autodeterminarsi sulla propria persona, a condizione di adottare le proprie decisioni in piena coscienza e libertà e di non recare danno ad alcuno. Questo vuole il principio supremo personalista, che si contrappone al principio statalista e organicista della morale individuale imposta per legge e

non liberamente scelta e praticata da ogni soggetto. Si potrebbe anche partire da presupposti diversi; in tal caso però, a mio modesto avviso, si fuoriuscirebbe dall'universo di valori che hanno dato origine ai principi della Costituzione italiana e di tutti gli altri sistemi di democrazia pluralista. Vi sarebbe un salto extra-sistemico dalla democrazia pluralista allo Stato etico.

Per rimediare ad un silenzio del legislatore durato troppo a lungo, di fronte ad una norma penale (art. 580 c.p.) ispirata a criteri etici di stampo confessionale – assunti dallo Stato come propri e riorientati in senso demografico, secondo l'ideologia fascista – la Corte costituzionale italiana ha compiuto un'ardita operazione di “bonifica”, con una pronuncia additiva dal dispositivo massiccio, che dimostra, con la sua complessità, la difficile ponderazione di principi che lo ha determinato.

Vediamo più da vicino i punti fondamentali delle due pronunce del giudice delle leggi in tema di aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019), già incriminato come delitto dal citato articolo del codice penale.

La Corte ha preso le mosse da due asserzioni, apparentemente in contrasto, che hanno tracciato le coordinate di tutto il ragionamento svolto a base della declaratoria di illegittimità costituzionale, cui è infine pervenuta: 1) la vita è un bene indisponibile sempre e comunque; 2) la tutela della dignità umana implica necessariamente l'autodeterminazione della persona su se stessa.

La lunga marcia verso la flessibilizzazione dell'indisponibilità del bene della vita è partita dal divieto di accanimento terapeutico non richiesto e non consentito dall'infermo ed è passata dal diritto di rifiutare il prolungamento di sostegni vitali in determinate, estreme circostanze (legge n. 219 del 2017), sino al suicidio assistito con precise cautele di natura sostanziale e procedurale.

Si deve notare che altri ordinamenti europei e la stessa Corte di Strasburgo hanno, con maggiore o minore decisione, aperto la strada al riconoscimento del diritto del soggetto ad autodeterminarsi, sino a chiedere lecitamente un aiuto concreto a chiudere la propria esistenza.

La Corte EDU ha proceduto gradualmente a tale riconoscimento sin dal caso *Pretty c. Regno Unito* (2002). Il giudice europeo ha precisato che le questioni riguardanti il fine vita ricadono, come si accennava prima, nell'art. 8 CEDU (*Privacy*) e non negli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di trattamenti inumani). È prevalso tuttavia l'orientamento a dichiarare l'esistenza di un “margine di apprezzamento” dei singoli Stati, in ragione della notevole disparità di concezioni etiche e fedi religiose esistenti in ambito europeo. Si deve notare che, in tempi più recenti, la suddetta Corte si avvia ad una considerazione integrata degli artt. 2 e 8 della Convenzione, eliminando così una divaricazione che appariva priva di basi logiche (*Lambert c. Francia*, 2015).

Tutta la materia è contrassegnata da una certa labilità di confini tra situazioni diverse, che possono cambiare in concreto la valutazione di liceità/illiceità già difficile in astratto, se si vuol mantenere lo specifico punto di equilibrio tra tutele in conflitto, per il momento fissato nelle due pronunce citate, ma che può essere modificato in futuro dal legislatore e dalla stessa Corte.

Poiché – come si è ricordato all’inizio – è stato escluso un diritto incondizionato al suicidio, è molto importante distinguere con cura l’aiuto al suicidio dall’eutanasia attiva, come è stato rilevato nell’ordinanza n. 207 del 2018. Di qui la necessità di delineare con particolare precisione le fattispecie, anche con l’ausilio di elementi circostanziali e prescrizioni procedurali. Rimangono pur sempre margini di incertezza, che si possono cogliere se si fa riferimento ad esempi di scuola che pongono quesiti di ardua soluzione. *Quid iuris* nell’ipotesi di un camionista, rimasto intrappolato nel suo autocarro in fiamme, che, nell’impossibilità sua e di altri di spegnere l’incendio, implora una persona presente, che si trova all’esterno, di ucciderlo con un colpo di fucile? Sottrarre il camionista al destino atroce di essere arso vivo equivale ad evitare al malato terminale incurabile il prolungarsi di sofferenze intollerabili? Si tratterebbe di aiuto al suicidio o eutanasia attiva? Naturalisticamente sembra prevalere la seconda ipotesi, ma sul piano della valutazione etico-giuridica si potrebbe anche propendere per un’estensione del trattamento giuridico del suicidio assistito, pur in assenza di alcune delle condizioni previste per la sua liceità. La giurisprudenza (costituzionale e ordinaria) avrà molto da lavorare e forzare confini, se il legislatore non troverà finalmente il coraggio di affrontare lo spinoso argomento.

La ricerca di limiti, sostanziali e procedurali, alla non punibilità del suicidio assistito è dominata dalla preoccupazione dei possibili abusi, di quel “pendio scivoloso” che potrebbe condurre ad una progressiva banalizzazione di tale pratica, foriera di cinica indifferenza, forzature della volontà di soggetti fragili, speculazioni affaristiche. L’individuazione precisa e dettagliata delle condizioni legittimanti sarebbe stata compito del legislatore. Quest’ultimo purtroppo sfuggiva a tale suo preciso dovere, preferendo non intervenire, così di fatto convalidando la legislazione vigente in palese contrasto con il principio personalista oltre che con il più elementare senso di umanità.

La sentenza n. 242 del 2019, con un dispositivo lungo e particolareggiato, quasi una sentenza-legge, impone, come condizioni sostanziali di legittimità dell’aiuto al suicidio: 1) una decisione libera, cosciente ed informata della persona interessata; 2) un trattamento di sostegno vitale in atto; 3) una patologia irreversibile; 4) sofferenze fisiche e/o psicologiche insopportabili o ritenute tali dalla persona ammalata. Ad esse si aggiungono precise condizioni procedurali: 1) necessità di previo accesso alle cure palliative; 2) verifica da parte di una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale; 3) parere del comitato etico competente.

La considerazione complessiva delle condizioni, sostanziali e procedurali, prescritte dalla Corte mostra chiaro il segno di un bilanciamento molto vicino ad un compromesso tra affermazione del principio di autodeterminazione della persona e rifiuto tradizionale di lasciare agli individui la totale disponibilità della propria vita. I “puristi” dell’uno e dell’altro versante possono sbizzarrirsi a trovare inaccettabili concessioni alla dottrina avversa. La Corte ha fatto in modo che non prevalessero né gli uni né gli altri, fissando un punto di equilibrio che ben può essere modificato e diversamente configurato dal legislatore, quale interprete della volontà popolare, come del resto esplicitamente affermato dalla stessa sentenza. Qualunque rimodulazione delle condizioni legittimanti da parte del Parlamento non potrà tuttavia tornare indietro rispetto alla decisione di dichiarare legittimo, come principio di fondo, l’aiuto al suicidio, da ritenersi irreversibile attuazione della Costituzione. Di fronte al fanatismo feroce, che spregia la dignità umana, o di fronte al tremebondo alibi positivistico, anche se rafforzato da aggressività ed invettive, oltre al ragionamento giuridico si levrebbe l’indignazione morale.

Ugualmente inaccettabili sembrano certi furori “laicisti”, che appaiono ispirati alla stessa intolleranza che anima i bigotti.

Atteggiamenti improntati alla *caritas* verso il prossimo sembrano farsi strada in alcune prassi giudiziarie. Ad esempio, il *Director of Public Prosecutors* per l’Inghilterra e il Galles segue la prassi di non attivare la *prosecution* nei confronti di coloro che aiutano pietosamente malati terminali a porre fine alla loro esistenza.

È pure presente all’attenzione della giustizia costituzionale il problema dell’effettività della libertà di autodeterminarsi in materia di fine vita. Il Tribunale costituzionale federale tedesco ha di recente (sentenza del 2° Senato del 26 febbraio 2020) delineato le linee attuative di tale libertà. La lunga e complessa motivazione di questa pronuncia si snoda in una successione logico-giuridica di affermazioni: 1) il diritto generale alla personalità, sancito dalla Costituzione, implica il diritto ad una morte autodeterminata; 2) la libertà di togliersi la vita comprende anche la libertà di cercare, a questo fine, e di ricorrere all’aiuto di terzi, in quanto questo venga offerto. Da queste premesse, il giudice delle leggi tedesco trae la conclusione che, se il legislatore ha deciso di sottoporre a pena forme di aiuto al suicidio ritenute pericolose per l’autonomia della persona, deve assicurare che, nonostante il divieto, nel singolo caso resti sempre un accesso all’aiuto al suicidio, posto a disposizione con libera volontà. Il divieto dell’aiuto professionale al suicidio – sancito dalla norma censurata del codice penale tedesco – restringeva le possibilità di suicidio assistito in una tale misura che, di fatto, al singolo non rimaneva spazio per esercitare la sua libertà costituzionalmente garantita. Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale.

Se volessimo riassumere il principio fondamentale che sembra farsi strada oggi nella giurisprudenza degli Stati costituzionali del mondo e, con deprecabile

ritardo, nelle legislazioni, potremmo dire che si va verso un'affermazione del diritto alla vita, senza che ad esso corrisponda un dovere alla vita stessa.

Tra la concezione liberale e personalistica, propria dello Stato costituzionale, e la concezione paternalistica e organicistica, propria dello Stato etico autoritario, c'è un salto di civiltà rispetto al quale si impone una scelta consapevole, con un'assunzione di responsabilità morale e civica non surrogabile dalla ricerca di soluzioni neutrali "oggettive" fornite dai detentori del potere, nella migliore delle ipotesi dalla maggioranza aritmetica dei votanti in una tornata elettorale. Se la dittatura della maggioranza è sempre inaccettabile negli ordinamenti democratici e pluralisti, lo è ancor di più quando si tratta di dare regole in materia di valori supremi che riguardano la vita stessa della persona umana.

Il “Biodiritto” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’inizio della vita e l’aborto. – 3. La fine della vita e il suicidio assistito. – 4. La procreazione medicalmente assistita e la maternità surrogata; il diritto a conoscere le proprie origini e la genitorialità.

1. Premessa

Nel contesto dello sviluppo delle scienze biomediche e delle concezioni sociali in ordine alla vita, vengono riportate all’ambito del c.d. biodiritto questioni che attengono ai diritti fondamentali e al rispetto della dignità umana. Accanto alle novità portate dalle scienze biomediche va menzionata l’evoluzione della società, poiché l’un livello interagisce con l’altro in tutti i campi riferibili al biodiritto: inizio e fine vita, genitorialità, ecc. E anzi, certe vicende che meritano trattazione nell’ambito del biodiritto non sono effetto di sviluppi della tecnologia medica, ma si presentano come risultato di evoluzione dei costumi sociali (es. l’adozione da parte del single o la genitorialità dell’omosessuale).

Elemento della dignità delle persone umane è il diritto alla autodeterminazione, venuto all’esame della Corte europea dei diritti umani prevalentemente con riguardo all’art. 8 Conv., che afferma il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Anche il diritto alla vita menzionato all’art. 2 Conv. è stato oggetto di interpretazione ed applicazione sotto particolari profili che verranno qui di seguito ricordati. Interviene poi il divieto di discriminazione previsto all’art. 14 Conv.

La giurisdizione della Corte europea si estende ad ogni questione di interpretazione ed applicazione della Convenzione (art. 32 Conv.) e l’interpretazione che la Corte adotta nelle sue sentenze non può essere messa in discussione da parte delle autorità degli Stati che sono parte alla Convenzione. La Convenzione, che

¹ Questo testo riprende, sintetizza e adatta anche le parti pertinenti di V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, 2° ed., Bologna, 2019 e di V. ZAGREBELSKY, *Suicidio assistito. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legislazione penale*.

l'Italia ha ratificato con la legge 4 agosto 1955, n. 848, vive con il contenuto che emerge dalla giurisprudenza sviluppata dalla Corte in sintonia con l'evoluzione della società². Gli stati parte alla Convenzione partecipano al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che è responsabile della esecuzione delle sentenze della Corte. In quella sede la giurisprudenza della Corte non è stata formalmente contestata nel corso degli anni, cosicché, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, si può ritenere che si sia formato un accordo tra le parti in materia di interpretazione della Convenzione.

Va preliminarmente ricordata la struttura dell'art. 8 Conv., che, dopo l'affermazione del diritto di cui si tratta, afferma che nessuna interferenza è giustificata se non è prevista dalla legge e non è necessaria in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica o il benessere economico del paese, per la prevenzione del disordine o del crimine, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e libertà altrui. La giurisprudenza della Corte europea afferma che i motivi che giustificano interferenze nei diritti convenzionali vanno interpretati in senso stretto, mentre i diritti e le libertà vanno intesi in senso lato. Ma la Corte ha sviluppato la nozione del “margine di apprezzamento nazionale”, che è riconosciuto agli Stati nella composizione della concorrenza tra il diritto e le giustificazioni legittime che -fatta salva la sostanza del diritto- ne consentono regolamentazione e limiti³. L'istituto di origine giurisprudenziale risponde in linea di principio a ragionevoli preoccupazioni di definizione dei confini che sono propri a decisioni di natura giudiziaria (tanto più se di una Corte internazionale) rispetto a quelle politiche degli stati, anche alla luce del principio di cui all'art. 53 Conv. La Corte europea afferma che l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia secondo le circostanze, le materie e il contesto e che in proposito rileva la presenza o l'assenza di un denominatore comune agli ordinamenti giuridici degli stati che fanno parte del sistema della Convenzione (consenso europeo). Da un lato il margine di apprezzamento è largo se non vi è consenso tra gli stati membri sul peso relativo degli interessi in gioco o sul miglior modo di proteggerli, specialmente quando il ricorso

² *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, § 31.

³ A partire da *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgio*, 23 luglio 1968, § 4 relativo all'esposizione degli argomenti delle parti sulla portata dell'art. 2 Protocollo n. 1 e artt. 8 e 14 Conv. e anche § 10. V. anche *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, 26 aprile 1979, § 61; *Garib c. Paesi Bassi*, 6 novembre 2017, § 137. Il margine di apprezzamento nazionale è introdotto nel Preambolo della Convenzione dal Protocollo n. 15

solleva questioni morali o etiche delicate. D'altro lato, quando sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, il margine di apprezzamento è stretto⁴. Ma si può in proposito osservare che spesso i temi morali sono presenti proprio quando sono in gioco aspetti rilevanti dell'esistenza e identità dei ricorrenti, cosicché non si saprebbe dire se il margine di apprezzamento debba essere largo o stretto⁵. In ogni caso, quando riconosce il margine nazionale di apprezzamento la Corte si ritrae dal ruolo uniformatore del contenuto dei diritti fondamentali in Europa che è proprio della Convenzione e della Corte che la interpreta. Correlativamente interviene la diversificata condotta degli stati ed entra in campo la forza delle maggioranze interne (con il problema che accompagna il principio maggioritario quando si tratta dei diritti fondamentali).

La considerazione del margine di apprezzamento nazionale riguarda la fase del processo decisionale della Corte che attiene alla giustificazione dei limiti imposti ai diritti. Preliminare ad essa è però quella della applicabilità della Convenzione e di suoi specifici articoli ai fatti e motivi propri del singolo ricorso. V'è tendenza a sottovalutare l'importanza di tale preliminare fase per prendere atto (spesso in maniera estensiva) dell'esistenza di un margine di apprezzamento nazionale o addirittura per arrivare direttamente alla sola lettura del dispositivo (di non violazione). Quando la Corte afferma la applicabilità della Convenzione le conseguenze sono di carattere generale per tutti gli stati del Consiglio d'Europa, mentre la giustificazione ritenuta -anche per il tramite del riconosciuto margine di apprezzamento nazionale-, riguarda la singola e particolare fattispecie. La precisazione ha speciale rilievo e pertinenza nella materia che ci occupa per definire il significato e la portata di sentenze di "non violazione" in considerazione del riconosciuto margine di apprezzamento nazionale.

Dopo queste premesse di sistema si può passare a sinteticamente indicare il contenuto che, nell'area riferibile al biodiritto, ha acquisito la Convenzione per effetto della giurisprudenza della Corte europea, sviluppatasi rispondendo ai ricorsi individuali che l'hanno interpellata. Si tratta principalmente di questioni riguardanti 1) l'inizio della vita e l'aborto e 2) la fine della vita e il suicidio assistito. Alla discussione di tali temi si può aggiungere una informazione su vari aspetti legati 3) alla procreazione medicalmente assistita, alla maternità surrogata, al diritto a conoscere le proprie origini e a qualche questione relativa alla genitorialità.

⁴ *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2014, §§ 77-81 (riguardante la filiazione); *A. B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, §§ 229-238 (riguardante l'aborto).

⁵ La questione è menzionata (ma senza soluzione) in *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, § 177.

2. L’inizio della vita e l’aborto

Mentre la Convenzione interamericana dei diritti umani stabilisce all’art. 4/1 il diritto alla vita del non nato fin dal concepimento⁶, non si trova analoga disposizione nella Convenzione europea, che considera il diritto alla vita di ogni “persona”. Il problema della posizione del nascituro rispetto al diritto in questione si è posto quando la Corte europea ha dovuto decidere ricorsi riguardanti l’aborto o la fecondazione medicalmente assistita. In ordine alla questione della titolarità del diritto alla vita da parte del concepito non nato, la Corte ha preso atto dell’inesistenza di un consenso europeo che accomuni le posizioni esistenti negli stati europei e ha conseguentemente riconosciuto loro un largo margine discrezionale, evitando di stabilire essa stessa se e a partire da quando il concepito sia «persona» ai fini dell’art. 2 Conv.⁷. Esclusa quindi l’operatività dell’art. 2 Conv. per decidere della compatibilità delle varie legislazioni sull’aborto esistenti nell’ambito del Consiglio d’Europa, è alla luce del diritto al rispetto della vita privata (della donna) che la Corte ha deciso una serie di ricorsi. In vista della necessaria protezione del nascituro la giurisprudenza della Corte europea si è orientata in modo sostanzialmente non diverso da quanto affermato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 27/1975. La legislazione italiana (l. 22 maggio 1978, n. 174) è stata ritenuta idonea a contemperare adeguatamente gli interessi in gioco relativi alla salute della donna e alla tutela del feto⁸. Peraltro, per effetto del margine di apprezzamento nazionale riconosciuto nella materia, anche una legislazione estremamente restrittiva come quella irlandese è stata

⁶ La Corte interamericana, con la sentenza (relativa al divieto di fecondazione medicalmente assistita) *Artavia Murillo e altri c. Costa Rica*, 28 novembre 2012, §§ 171-187, 222-253, 264, ha affermato che non si ha concepimento prima dell’impianto dell’embrione nell’utero ai fini dell’art. 4 della Convenzione.

⁷ *Vo c. Francia*, 8 luglio 2004, §§ 84-85 (in precedenza Commissione europea dei diritti umani, decisione *Paton c. Regno Unito*, 13 maggio 1980). Cfr. anche *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, §§ 149-160, 215 ove la Corte ha esaminato la questione della destinazione degli embrioni non impiantati in utero dal punto di vista degli artt. 8 Conv. e 1 Prot. n. 1. La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che la tutela dell’embrione ha fondamento nell’art. 2 Cost. Tale tutela può subire affievolimento in considerazione di altri interessi costituzionalmente rilevanti (come la salute della donna – art. 32 Cost.), che risultino prevalenti: Corte cost., n. 27/1975, 35/1997, 151/2009, 229/2015. «Lo Stato [...] tutela la vita umana dal suo inizio» (art. 1 l. 22 maggio 1978, n. 194).

⁸ *Boso c. Italia*, decisione, 5 settembre 2002, § 2. La posizione di autonomo punto di riferimento di interessi meritevoli di tutela, riconosciuta in capo al feto, non è invece considerata per l’embrione non impiantato in *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, §§ 153-159, che ha ritenuto l’applicabilità dell’art. 8 Conv. sotto il solo profilo del diritto all’autodeterminazione della donna rientrante nella nozione di «vita privata».

ritenuta non contrastare con le esigenze della Convenzione. Per superare l'effetto dell'esistente consenso europeo, che limita il margine di apprezzamento nazionale e che era in senso opposto, la Corte nel caso irlandese ha menzionato il fatto che quella legislazione corrisponderebbe alle «idee morali profonde del popolo» considerato nel suo complesso⁹. L'esito del referendum che poco dopo la sentenza della Corte europea ha abrogato la norma costituzionale su cui tale legislazione si fondava, indica come sia sconsigliabile per le Corti avventurarsi nella ricostruzione e valutazione delle «idee morali» di un popolo come criterio decisionale.

3. La fine della vita e il suicidio assistito

All'altro capo della vita, per così dire, si è sostenuto che il relativo diritto implicherebbe anche il diritto della persona a porvi fine. La risposta della Corte europea è stata negativa sotto il profilo dell'art. 2 Conv., nel senso che dal diritto alla vita non si può trarre il suo opposto e cioè il diritto di morire¹⁰. La Corte, sotto il profilo dell'art. 2 Conv., ha però riconosciuto la compatibilità con la Convenzione di legislazioni statali che ammettono forme di suicidio assistito a condizione che esistano efficaci procedure che accertino la validità della volontà espressa dalla persona¹¹. La Corte europea, considerando la legislazione francese che consente la cessazione di trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale di persone in stato vegetativo e tenendo conto del margine di apprezzamento nazionale in materia, ha considerato che l'obbligazione positiva di proteggere la vita, che grava sullo stato, non è violata quando sia prevista una rigorosa procedura di accertamento medico e assicurato un efficace ricorso al giudice¹². In Italia, ove sono puniti come delitti sia l'omicidio del consenziente, che l'aiuto al suicidio, è noto il caso Englaro affrontato dalla Cassazione¹³, dal Consiglio di stato¹⁴ e dalla Corte costituzionale¹⁵ dell'autorizzazione a interrompere l'alimen-

⁹ *A. B. e C. c. Irlanda*, cit., §§ 230-231.

¹⁰ *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, §§ 37-42.

¹¹ *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, §§ 55-58.

¹² *Lambert c. Francia*, 5 giugno 2015, §§ 117-181. Per casi riguardanti minori, *Gard e altri c. Regno Unito*, decisione, 27 giugno 2017, §§ 77-98; *Djamira Afisi e Mobamed Biddarri c. Francia*, decisione, 23 gennaio 2018 in cui sia i giudici nazionali, sia la Corte europea hanno fatto ricorso al criterio del prevalente interesse del minore.

¹³ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21478.

¹⁴ Cons. Stato, 3 settembre 2014, n. 04460/2014.

¹⁵ Corte cost., ordinanza di inammissibilità n. 334/2008.

tazione e l'idratazione artificiale, ottenuta dal curatore di malata da lungo tempo irreversibilmente in stato di coma. Sull'art. 580 C.p. è recentemente intervenuta la sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale di cui si dirà in seguito.

Venendo ad esporre la posizione sviluppata dalla Corte europea nella sua giurisprudenza va ricordato quanto sopra detto in ordine alle due fasi in cui si articola il giudizio della Corte: prima di tutto la applicabilità della Convenzione e in seguito la giustificazione dei limiti posti al diritto considerato, anche alla luce del margine di apprezzamento nazionale.

Il primo caso¹⁶ in cui la Corte europea ha affermato il diritto alla autodeterminazione in ordine alla fine della propria vita è quello di una ricorrente quarantatreenne, affetta da grave malattia degenerativa (SLA), che l'avrebbe portata a una morte penosa. La sua morte era prossima ma non imminente. La ricorrente, ormai pressoché paralizzata, era alimentata mediante un tubo non essendo più in grado di deglutire. Essa non voleva esser costretta a sopportare la fase terminale della malattia, che l'avrebbe esposta a una agonia dolorosa, che riteneva indegna. Era decisa a porre fine alla sua esistenza, ma non era più in grado di procurarsi la morte da sola. La lucidità e libertà della sua decisione non era mai stata messa in discussione, né dai giudici interni, né poi dalla Corte europea. Il marito era disposto a fornirle l'aiuto necessario, ma era impedito dalla legislazione penale britannica che sanziona tale condotta.

Il secondo caso¹⁷ riguarda un ricorrente sessantenne che da una ventina d'anni soffriva di gravi disturbi affettivi bipolari. Aveva messo in atto due tentativi di suicidio ed era stato più volte ricoverato in cliniche psichiatriche. Considerando che la sua malattia, difficile da trattare, gli impediva di condurre una vita degna d'esser vissuta, voleva suicidarsi con l'aiuto della società svizzera Dignitas, ma non aveva trovato un medico che gli prescrivesse il farmaco letale.

Nel terzo caso¹⁸ la ricorrente, quasi ottantenne, aveva espresso durante diversi anni il desiderio di metter fine ai propri giorni, sentendosi sempre più decadere col passar del tempo e non volendo sopportare il declino delle sue facoltà fisiche e mentali. Non aveva trovato un medico disposto a prescriverle il farmaco letale.

¹⁶ *Pretty c. Regno Unito*, cit., §§ 7-8. In *R. c. Regno Unito*, decisione 4 luglio 1983, la Commissione europea dei diritti umani aveva ritenuto che la condotta del ricorrente, di aiuto all'altrui suicidio, non ricadesse nella nozione di vita privata di cui all'art. 8 Conv., a differenza della posizione del candidato al suicidio.

¹⁷ *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, § 7.

¹⁸ La sentenza nel caso *Gross c. Svizzera*, 14 maggio 2013, non è divenuta definitiva. Venne rimessa alla Grande Chambre, che, con sentenza del 30 settembre 2014 dichiarò irricevibile il ricorso, in quanto abusivo ai sensi dell'art. 35/3 lett. a) della Convenzione (l'intervenuta morte della ricorrente era stata taciuta alla Corte).

In un ultimo caso¹⁹, molto diverso dai precedenti, il ricorrente faceva valere i riflessi sulla propria vita privata della situazione della moglie sessantenne che da anni soffriva di una tetraplegia completa sul piano motorio. Pressoché paralizzata era sostenuta da respirazione artificiale e richiedeva assistenza medica continua. Soffriva anche di spasmi. I medici prognosticavano una vita di ancora almeno quindici anni. Era così giunta alla determinazione di por fine alla propria vita mediante l'aiuto di una società svizzera, non avendo ottenuto in Germania la prescrizione del farmaco letale. Il ricorrente, marito della ammalata, non aveva potuto avere l'esame della propria posizione da parte di un giudice.

In tutti questi casi la Corte europea, nella preliminare fase di esame della applicabilità della Convenzione, ha ritenuto che la situazione esposta dai ricorrenti ricadesse nell'ambito del diritto al rispetto della propria vita privata, protetto dall'art. 8/1 Conv.

Nel caso *Pretty*²⁰ la Corte (che ha escluso l'applicabilità o la violazione degli artt. 2, 3, 9, 14 Conv.) ha scritto che "la ricorrente in questo caso è impedita dalla legge di esercitare la sua scelta di evitare ciò che essa ritiene sarebbe una fine indegna e angosciante. La Corte non è disposta ad escludere che ciò costituisca una interferenza con il suo diritto al rispetto della propria vita privata, garantito dall'art. 8/1 Conv." E nel caso *Haas*²¹ la Corte ha affermato che "il diritto individuale di decidere con quali mezzi e a che punto la sua vita finirà, a condizione che sia capace di giungere liberamente a una decisione su questa questione e agire in conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 Conv."

Si può allora concludere che in una variegata pluralità di fattispecie concrete la Corte ha ritenuto che la decisione di por fine alla propria vita, nei tempi e modi voluti, rientra nell'ambito della autonomia della persona, che è componente della vita privata protetta dall'art. 8 Conv. È da notare che nessuna delle situazioni oggetto delle sentenze della Corte europea corrisponde all'insieme delle condizioni poste dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale per escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio. Tutte, invece, ricadono nel quadro ampio considerato dal Tribunale costituzionale tedesco per affermare il diritto al rispetto della dignità e della libertà della persona nella decisione di morire e dichiarare quindi incostituzionale il divieto di aiuto al suicidio²².

¹⁹ *Koch c. Germania*, 18 luglio 2012, §§ 8-10.

²⁰ *Pretty c. Regno Unito*, cit., §§ 61-67.

²¹ *Haas c. Svizzera*, cit., § 51.

²² Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2347/15 del 26 febbraio 2020 (incostituzionalità del § 217 del Codice penale).

Quanto al merito dei ricorsi, la Corte europea – salvo che nel caso *Koch* che è molto particolare e procedurale – è giunta alla conclusione che nella condotta degli Stati convenuti in giudizio non vi fosse violazione dell’art. 8 Conv. Sia in *Pretty* che in *Haas* ha giocato un ruolo decisivo il margine di apprezzamento nazionale. Nel merito dei due ricorsi che vanno ora considerati (*Pretty* e *Haas*), la Corte europea ha ritenuto le restrizioni imposte dalle leggi nazionali (britannica e svizzera) compatibili con ciò che ammette l’art. 8/2 Conv. In *Pretty*²³, la Corte ha discusso il requisito della necessità/proporzionalità del generale divieto di aiuto al suicidio, con riferimento alla difesa della vita e dei diritti altrui. L’argomento portato dal governo si fondava sulla legittimità di una legislazione tesa a proteggere persone vulnerabili rispetto alla decisione di morire. La Corte, sulla scorta delle decisioni dei giudici nazionali, esclude che la signora *Pretty* fosse vulnerabile. Tuttavia la punibilità dell’aiuto al suicidio prevista dalla legge “è stata concepita per preservare la vita proteggendo le persone deboli e vulnerabili – specialmente quelle che non sono in grado di prendere decisioni con conoscenza di causa contro atti diretti a metter fine o ad aiutare a metter fine alla vita”. La Corte ammette che lo stato di persone malate in fase terminale è diverso caso per caso, “ma molte persone sono vulnerabili e costituiscono la categoria che forma la *ratio legis* della norma in discussione” e “spetta in primo luogo agli Stati di valutare il rischio di abuso e le conseguenze probabili dell’abuso, che sarebbe implicato dall’attenuazione del divieto generale di assistenza al suicidio”. È dunque sulla vulnerabilità altrui, di una generalità di altre persone in condizioni di debolezza, che la Corte ha fondato la legittimità del divieto di dare aiuto al suicidio richiesto da una persona, che vulnerabile non era (argomento espressamente respinto dal Tribunale costituzionale tedesco). Rilevante in punto proporzione dell’interferenza è risultato per la Corte europea il fatto che la legislazione britannica non preveda un minimo della pena e che la sua applicazione sia retta dal principio di opportunità della azione penale. Aspetti della normativa applicabile che ne depotenziano in concreto la portata repressiva.

Nel caso *Haas* si poneva la questione se e in che limiti potessero essere riconosciute “obbligazioni positive” a carico dello stato, per assicurare al ricorrente la possibilità di attuare il suicidio senza dolore e senza rischio di insuccesso, mediante l’uso di una sostanza letale che il ricorrente voleva senza la prescrizione medica (richiesta dalla legge svizzera). Il ricorrente faceva valere che senza quella sostanza letale le modalità del suicidio che aveva deciso di compiere sarebbero state prive di dignità. La Corte²⁴ sottolinea l’esistenza di un margine

²³ *Pretty c. Regno Unito*, cit., §§ 68-78.

²⁴ *Haas c. Svizzera*, cit., §§ 52-61.

di apprezzamento nazionale, anche perché non è dato riscontrare consenso europeo in ordine ad un ruolo attivo dello stato nella materia. Richiamando poi il dovere dello stato di proteggere le persone vulnerabili anche contro atti da esse stesse posti in essere e che minacciano la loro vita²⁵, la Corte afferma che le autorità nazionali sono obbligate ad impedire che un individuo metta fine ai suoi giorni se la sua decisione non è stata presa liberamente e in tutta coscienza. La regolamentazione stabilita dalla legge svizzera, che richiede una prescrizione medica ed esclude la possibilità di ricevere la sostanza letale per suicidarsi senza averla ottenuta, è dunque tesa a proteggere la persona da decisioni non meditate e senza discernimento. La regolamentazione è anche finalizzata ad escludere, nei paesi che adottano in materia un atteggiamento liberale, che le organizzazioni che forniscono assistenza al suicidio agiscano nell'illegalità e nella clandestinità con conseguente rischio di abusi. Contro tali rischi, la Corte europea ha affermato che è funzionale l'obbligo di ottenere la prescrizione medica all'esito di una completa valutazione psichiatrica. Come sopra accennato si tratta di sentenza importante poiché completa il quadro delineato dalla sentenza *Pretty* (ove la questione della consapevolezza e libertà della decisione di morire non era in questione) e segna il peso cruciale della questione della "qualità" della volontà di morire. Lo Stato non solo può, ma deve mettere in opera cautele dirette ad assicurarsi che la decisione di suicidarsi – e dunque anche di chiedere aiuto per farlo – sia libera e consapevole. Solo quando sia tale, la volontà della persona merita riconoscimento e tutela, nel quadro del rispetto della sua autodeterminazione. Nello stesso ordine di idee si è espresso il Tribunale costituzionale tedesco.

Come è noto la Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019 ha ragionato diversamente e, riconoscendo la irragionevolezza di un divieto di aiuto al suicidio in un sistema che riconosce il diritto del paziente di rifiutare terapie anche quando dal rifiuto derivi la morte, ha ritagliato un'area di condizioni in cui deve trovarsi la persona che ha deciso di morire perché l'aiuto prestatele sia non punibile²⁶. Per rimanere nei limiti della presente relazione dedicata alla giurisprudenza della Corte europea e alla sua efficacia nel diritto interno si nota l'incompatibilità della soluzione adottata dalla Corte italiana, che non ammette un generale diritto al suicidio

²⁵ V. anche *Keenan c. Regno Unito*, 3 aprile 2001, §§ 91-97 (concernente rischi di suicidio da parte di un detenuto con problemi psichiatrici).

²⁶ La persona deve essere *a*) affetta da patologia irreversibile e *b*) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, *c*) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, *d*) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Nella giurisprudenza ordinaria successiva alla sentenza della Corte costituzionale si segnala Corte Ass. Milano, 23 dicembre 2019, Cappato e altri; Corte Ass. Massa, 27 luglio 2020, Cappato ed altri.

per poi passare ad indicare quali limiti siano da prevedere per assicurare che la decisione di morire e di chiedere aiuto a tal fine sia veramente libera, consapevole, confermata, seriamente motivata. Ma il profilo della eccezione di costituzionalità che si richiamava all'art. 117 Cost. dalla Corte è stato ritenuto assorbito. Anche con richiamo alla giurisprudenza europea invece il Tribunale costituzionale tedesco ha affermato che il legislatore può ritenere di dover difendere l'autonomia della persona da aspettative sociali, che facciano pressione e spingano al suicidio persone che si trovino in particolari situazioni (come gli anziani o malati). Ma un generale divieto eccede i limiti stretti ammissibili alla restrizione del diritto di autodeterminazione, derivante dal riconoscimento della dignità e della libertà della persona anche in ordine alla decisione di mettere termine alla propria vita. Afferma il Tribunale costituzionale tedesco che dignità e libertà della persona sono al cuore della Costituzione; il dovere dello stato di proteggere la libertà di autodeterminazione della persona può avere la precedenza soltanto quando si tratta di contrastare il rischio di influenze esterne che la condizionino.

Sia la Corte costituzionale italiana che il Tribunale costituzionale tedesco affermano che nessuno può essere obbligato a fornire aiuto al suicida e che è da prevedere la possibilità di obiezione di coscienza. Una simile previsione sembra ovviamente ben fondata, ma presuppone che di fronte ad essa stia un diritto al suicidio da parte di chi liberamente lo voglia e che si ipotizzi un obbligo positivo (dello stato) di fornire il relativo servizio. Un tale diritto, a certe condizioni, ammesso dalla giurisprudenza europea, non è però espresso nella sentenza della Corte costituzionale.

Concludendo si segnala che la Corte costituzionale richiede al legislatore di provvedere a disciplinare i molti aspetti della questione che restano aperti.

In mancanza vi saranno domande di aiuto rivolte al SSN e rimaste senza risposta o dinieghi dell'aiuto richiesto da chi abbia deciso il suicidio. Quando l'aiuto sarà invece stato fornito, potranno esser sollevati dubbi sulle condizioni che l'hanno ammesso e sulla procedura poi seguita (da parte di familiari divisi nelle valutazioni, da parte di associazioni pro-vita, ecc.). Necessariamente la soluzione verrà dall'intervento del Pubblico Ministero e poi del giudice penale. Ciò che, anche in questa materia, è altamente inappropriato²⁷.

²⁷ Come ha rilevato la Corte suprema del Regno Unito in *Nicklinson e altri* del 25 giugno 2014: *A system whereby a judge or other independent assessor was satisfied in advance that someone has a voluntary, clear, settled and informed wish to die and for his or her suicide then to be organized in an open and professional way would arguably provide greater and more satisfactory protection for the vulnerable, than a system which involved a lawyer from the DPP's office inquiring, after the event, whether the person who had killed himself or herself had such a wish.*

4. La procreazione medicalmente assistita e la maternità surrogata; il diritto a conoscere le proprie origini e la genitorialità

Una serie di situazioni diverse sono unificate dal fatto di riguardare la procreazione e la genitorialità, condizionate o addirittura rese possibili da recenti tecnologie mediche. Altre sono invece il prodotto di evoluzione di costumi e concezioni sociali e meritano di essere trattate nell'ambito (o ai bordi) del biodiritto poiché sollevano problemi di natura etica o sociale analoghi e trovano soluzione nelle decisioni giudiziarie sulla base della stessa *ratio decidendi* utilizzata per casi rientranti nel campo del biodiritto strettamente inteso. Ad alcune situazioni, che trovano riscontro nella giurisprudenza della Corte europea, si farà qui rapido cenno, segnalando che non è possibile un quadro organico e completo, dipendendo la giurisprudenza della Corte europea dall'esistenza dei ricorsi.

Il rapporto di filiazione si instaura automaticamente con la madre che ha partorito il figlio. È però riconosciuta eccezione alla regola, nel caso in cui la madre non intenda riconoscere il figlio e così non voglia essere nominata nell'atto di nascita. La legge deve peraltro assicurare al figlio la possibilità di ottenere informazioni sulla propria origine, con una regolamentazione che tenga conto dei diversi interessi in gioco, considerati dalle legislazioni che ammettono il parto anonimo²⁸. Quanto alla ricerca dell'identità del padre, sono stati censurati i limiti e le difficoltà frapposti alla ricerca della paternità²⁹, anche in contrasto con quella presunta del marito della madre³⁰, così come nel caso in cui sia il genitore biologico ad agire per far risultare la propria paternità³¹.

La scelta di avere o non avere figli rientra nell'ambito di protezione offerto dall'art. 8 Conv.³². Benché la Convenzione non assicuri un diritto di adottare, l'intervenuta filiazione adottiva dà luogo a vita familiare che deve essere riconosciuta e protetta. Così pure va detto per la filiazione ottenuta mediante le tecniche di procreazione medi-

²⁸ *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, §§ 29, 40-49 e, per la violazione dell'art. 8 da parte dell'Italia, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, §§ 47-59. Successivamente a quest'ultima sentenza, mutando orientamento rispetto a quanto deciso con sentenza n. 425/2005, la Corte costituzionale, con sentenza n. 278/2013, ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 28/7 l. 4 maggio 1983, n. 184, come sostituito dall'art. 177/2 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

²⁹ *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, §§ 48-73; *Phinikaridou c. Cipro*, 20 dicembre 2007, §§ 47-67; *Calin e altri c. Romania*, 19 luglio 2016, §§ 92-104, 106-110. V. anche *Canonne c. Francia*, decisione, 2 giugno 2015.

³⁰ *Kroon c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, §§ 31-40; *Bagniewski c. Polonia*, 31 maggio 2018, §§ 33-59. Anche sotto il profilo della protezione della vita privata, *L.D. e P.K. c. Bulgaria*, 8 dicembre 2016, §§ 53-76.

³¹ *Koychev c. Bulgaria*, 13 ottobre 2020, §§ 56-68 (non definitiva).

³² *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007, § 71.

calmente assistita (Pma), che la Corte europea ha considerato ricadere nell’ambito dell’art. 8 Conv., anche se la relativa disciplina dipende dal margine di apprezzamento riconosciuto allo stato³³. Rispetto alla scelta di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita, anche nella forma eterologa la Corte costituzionale ha affermato che la «determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»³⁴.

Non vi sono invece i presupposti della vita familiare per quanto attiene al donatore o donatrice di gameti per il procedimento di Pma eterologa o tra la «madre surrogata» e il nato. Tuttavia, in considerazione dell’interesse del minore, nel caso di nascita a seguito del ricorso a «madre surrogata» all’estero (in paese che ammette tale procedura), la Corte europea ha ritenuto che è diritto del nato il riconoscimento della filiazione nel paese di cittadinanza della coppia (che vieta invece quella procedura)³⁵.

³³ *Evans c. Regno Unito*, cit., §§ 71-82; *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007, §§ 66 e 77-85 (concernente un ricorrente detenuto); *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, §§ 78-118, relativa alla fecondazione eterologa; da segnalare l’espressa menzione della necessità di seguire l’evoluzione delle tecniche mediche nella materia per assicurare la proporzionalità delle limitazioni poste dalla legge, *ibidem*, §§ 117-118. Per l’applicabilità dell’art. 8 Conv. in un caso di sequestro di embrioni da parte delle autorità con conseguente impossibilità di impianto, *Nedescu c. Romania*, 16 gennaio 2018.

³⁴ Corte cost., n. 162/2014, richiamando la sentenza della Corte europea *S.H. e altri c. Austria*, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4/3 l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all’art. 5/1 il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili e la connessa illegittimità di altre norme della stessa legge. Con riferimento alla stessa legge la Corte europea con la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, §§ 52-71 ha riscontrato violazione dell’art. 8 Conv. per il divieto di diagnosi genetica preimpianto nella Pma in un caso di coppia fertile portatrice di malattia genetica ereditaria. Successivamente, con riferimento agli artt. 3, 32 Cost., la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 96/2015 e 229/2015, ha dichiarato incostituzionale il divieto (e la relativa sanzione penale) posto dalla l. n. 40/2004 di procedere alla Pma con diagnosi preimpianto nel caso di genitori fertili, ma portatori, anche sani, di gravi patologie genetiche ereditarie. La Corte ha auspicato l’intervento legislativo per la determinazione di tali malattie (per i limiti che incontra il legislatore nel disciplinare l’attività medica cfr. Corte cost., n. 282/2002). Sulla l. n. 40 del 2004, v. anche Corte cost., n. 151/2009.

³⁵ *Mennesson c. Francia*, cit., §§ 96-101; *Foulon e Bouwet c. Francia*, 21 luglio 2016, §§ 55-58. Alle questioni oggetto di tali sentenze si riferisce la domanda di parere presentata alla Corte europea dalla Corte di cassazione francese ai sensi del Protocollo n. 16, cui la Corte europea ha risposto con il parere P16-2018-001 del 1° aprile 2019. Corte cost., n. 272/2017 ha affermato che nell’applicazione dell’art. 263 c.c. è necessario considerare l’interesse del minore nel bilanciamento del valore della conformità dello status alla realtà della procreazione con il divieto di maternità surrogata (art. 12/6 l. 19 febbraio 2004 n. 40).

Il diritto e la nascita del vivente: a chi spetta il “diritto di procreare artificialmente”?

SOMMARIO: 1. Alcuni interrogativi. – 2. Esigenze di procreazione. – 3. Verso un incoercibile diritto a procreare. – 4. Diritto a un figlio sano? – 5. Dimensione collettiva o dimensione individuale del diritto a procreare? – 6. Quali tecniche procreative sono ammesse? – 7. Un’osservazione conclusiva.

1. Alcuni interrogativi

Fino a qualche decennio fa diritto e procreazione non sarebbero comparsi nello stesso titolo: si procreava quando e se la natura lo concedeva; altrimenti ci si rassegnava a una vita senza figli. Al più si percorreva la via stretta dell’adozione¹.

I due termini iniziano a essere associabili (e associati) quando la tecnica ha reso possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetteva. Nasce allora la rivendicazione di un diritto: il “diritto a procreare artificialmente”.

I temi implicati sono davvero molti. Ma vi sono alcune domande che questa rivendicazione ha posto, alcune delle quali hanno ricevuto risposta, altre ne sono invece ancora in attesa.

Davvero si può parlare di “diritto” di procreare artificialmente? O sarebbe più corretto parlare di esigenza, di aspettativa alla procreazione che, per quanto legittima soggettivamente, non assurge a vero e proprio diritto costituzionalmente riconosciuto? Si consideri che parlare di diritto implica la pretesa nei confronti dello Stato a che esso sia tutelato e, dunque, garantito.

Qualora si accogliesse la qualificazione di “diritto”, quale sarebbe il suo effettivo contenuto: diritto alla procreazione anche artificiale? diritto a essere genitori? diritto ad avere un figlio? diritto ad avere un figlio sano?

Chi sono i soggetti titolari di questo “diritto”: la coppia sterile o infertile (come affermava la legge n. 40 del 2004); la coppia pur sterile e/o fertile ma

¹ C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», n. 2 del 2014, 67ss.

con patologie ereditarie la cui trasmissione si vorrebbe scongiurare; la coppia eterosessuale; la coppia purchessia (quindi anche quella omosessuale); il singolo individuo.

E ancora: fino a che punto questo “diritto” può essere teso; quali sono le tecniche di procreazione cui è possibile ricorrere legittimamente e quali, se si deve distinguere, sono invece escluse.

La prospettiva da cui ci si pone è necessariamente quella del diritto costituzionale, dovendo le riportate domande cercare una risposta nel testo costituzionale.

Le tappe che hanno portato al riconoscimento di un diritto alla procreazione artificiale sono segnate dalla giurisprudenza costituzionale, chiamata in diverse occasioni a risolvere questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), con la quale il legislatore aveva tentato (*tentato* perché, come è noto, questa disciplina è stata perlopiù riscritta dalla giurisprudenza costituzionale, intervenendo sul suo scopo, sulle categorie di soggetti destinatari e sulle tecniche applicative ammesse) di individuare le modalità di accesso alle tecniche medicalmente assistite, al fine di offrire la possibilità di soluzione a problemi di sterilità e infertilità, non altrimenti risolvibili. Una legge che è stata definita, secondo le categorie proprie del diritto costituzionale, “costituzionalmente necessaria”, ma non a contenuto costituzionalmente vincolato. Dopo che la sentenza n. 347 del 1998 aveva accertato l’esistenza di una lacuna normativa nell’ordinamento giuridico in materia di procreazione medicalmente assistita che doveva essere necessariamente colmata dal legislatore², la definizione di legge costituzionalmente necessaria emerge chiaramente nell’ordinanza n. 150 del 2012 (e nelle decisioni successive che la richiamano), ove la Corte afferma che la legge n. 40 del 2004 è riconducibile al novero delle leggi ordinarie «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secon-

² «L’estraneità della fattispecie oggetto del giudizio [azione di disconoscimento di paternità di un bambino nato mediante fecondazione assistita eterologa, in costanza di matrimonio, col consenso di entrambi i coniugi] alla disciplina censurata [art. 235 c.c.] comporta l’inammissibilità della sollevata questione; dalla quale tuttavia emerge una situazione di carenza dell’attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali. [...] L’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali» (sent. n. 347 del 1998). Nella sentenza n. 45 del 2005 è stata definita la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali».

do la Costituzione» e «creerebbe incolmabili vuoti normativi e rilevanti questioni per la tutela dei soggetti coinvolti». Una scelta legislativa, dunque, che deve esserci – da qui un primo passo verso il riconoscimento di un diritto a procreare anche artificialmente –; il cui contenuto deve essere primariamente individuato, tra le pluralità di soluzioni normative possibili, dal legislatore; e che, una volta effettuata, è suscettibile, come ogni altro atto legislativo, di essere sottoposto al controllo sulla sua ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

2. Esigenze di procreazione

La prima decisione costituzionale che rileva al fine di rispondere ai quesiti posti nelle prime righe di questo lavoro è la sentenza n. 151 del 2009. La Corte dichiara l'incostituzionalità di una delle disposizioni più controverse della legge n. 40, quella che imponeva, per ogni ciclo di fecondazione artificiale, la produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», consentendo la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, solo per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna (art. 14, comma 2 e 3). Accentuando la *ratio* della stessa legge censurata, la Corte afferma la non assolutezza della tutela dell'embrione: «la legge in esame rivela [...] un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione». Il diritto che poggia sul secondo piatto della bilancia è individuato nella salute della donna (qui, si badi, ancora nell'accezione ristretta di salute fisica): «[i]l limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime», ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione del singolo caso sottoposto al trattamento e impedisce che sia ridotto al minimo il rischio per la salute della

donna e del feto. Conclusioni che conducono, come logica conseguenza, a introdurre una deroga al divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14: dovendo il trasferimento degli embrioni essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna, il ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica si impone come necessario³.

Ciò che merita di essere evidenziato è la constatazione che in questa pronuncia la Corte parla non di un vero e proprio diritto alla procreazione, ma di “esigenze di procreazione”: aspettative di gravidanza, dunque, che devono essere bilanciate, insieme al diritto alla salute della donna, con la non più assoluta tutela dell'embrione.

3. Verso un incoercibile diritto a procreare

La seconda sentenza è la n. 162 del 2014, ove la questione di legittimità costituzionale è sollevata con riferimento al divieto di ricorrere alla PMA eterologa (art. 4, comma 3, l.n. 40 del 2004). Si legge nella decisione: «[i]l divieto in esame [...] impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale. [...] la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. [...] La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. [...] La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro

³ Le disposizioni censurate sono dichiarate incostituzionali per violazione degli art. 3 e 32 Cost.: «[I]a previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso».

non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, [...] a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale».

È invocato anche in questo caso il diritto alla salute, ma in maniera diversa dalla pronuncia precedente. «La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso “nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica” (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e “la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica” (sentenza n. 167 del 1999)». Nella diversità tra le due tecniche (PMA omologa e eterologa), la Corte riconosce che l'impossibilità di formare una famiglia con figli incide negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia. Precisa la Corte: «[n]on si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

Si abbandona, in questa pronuncia, la formula precedentemente adottata delle “esigenze di procreazione”, per assumere più pregnanti espressioni: quella di “determinazione ad avere un figlio”, di “scelta di formare una famiglia anche con figli”⁴. Determinazione e scelta che concernono la sfera più intima e intangibile della persona e che risultano, pertanto, *incoercibili*. Nulla e nessuno può in alcun modo reprimere o soffocare tale libertà. Salvo che non siano vulnerati altri valori costituzionali.

L'incoercibilità rende irragionevole la distinzione tra tecniche procreative; o meglio, tra la tecnica della procreazione medicalmente assistita omologa e quella eterologa. Ancora una volta la Corte si avvale della *ratio* della stessa legge cen-

⁴ La Corte si mostra consapevole del fatto che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli. Ma sottolinea che l'ordinamento giuridico guarda con favore al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico. Ciò è dimostrato, dice la Corte, dalla regolamentazione dell'istituto dell'adozione: «[l]a considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori [...] rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

surata: «[...] alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana” (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi». Entrambe le tecniche, dunque, sono strumento idoneo alla realizzazione della scelta procreativa e non sussiste ragione per differenziare.

Due aspetti meritano attenzione, sempre volgendo lo sguardo alle domande iniziali. Il primo attiene alla considerazione che la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita (omologa o eterologa, indifferentemente) è ricondotta all’ambito di esercizio del diritto all’autodeterminazione nella scelta procreativa. Una scelta, dice la Corte, che attiene alla sfera più intima e intangibile della persona. Si insinua in questa affermazione l’interrogativo se il diritto alla procreazione così spiegato possa (o addirittura debba) essere riconosciuto non solo alla coppia, ma anche al singolo. Il secondo aspetto attiene al fatto che anche in questa pronuncia la Corte invoca il diritto alla salute, ma in un’accezione allargata, che include anche la sfera psichica. Il ricorso alle tecniche assistite non opera solo come rimedio alla salute fisica (patologie legate alla sterilità o infertilità), come sembrerebbe volere la legge n. 40, ma anche come rimedio alla salute psichica (realizzazione di una famiglia con figli). Anzi, la Corte non invoca la tutela della salute fisica, pur essendo la sterilità e l’infertilità delle patologie, in quanto è dubbio che la procreazione medicalmente assistita in genere e quella eterologa in particolare possano definirsi “cura”. La Corte muta angolo di prospettiva, guardando alla sterilità e alla infertilità non tanto come malattie, bensì come fonti di disturbi della sfera psico-emotiva, rispetto ai quali – questa volta sì – la procreazione medicalmente assistita potrebbe rappresentare una cura dal punto di vista psicologico, andando ad appagare il desiderio di genitorialità, destinato a rimanere altrimenti frustrato.

Gli atti dispositivi del proprio corpo (in questo caso, il ricorso alla donazione di gameti esterni alla coppia) non possono essere limitati quando essi siano funzionali alla tutela della salute (qui, in senso psichico), sempre che non vi siano altri interessi costituzionali da tutelare.

Sussiste, dunque, il diritto di autodeterminarsi nella scelta intorno alla formazione di una famiglia con figli. Diritto a procreare che, però, si badi, non può essere teso fino a includere un diritto ad avere un figlio. L’applicazione delle tecniche assistite è pur sempre un trattamento sanitario che, in quanto tale, non può mai garantire in via assoluta il risultato che pure mira a raggiungere.

4. Diritto a un figlio sano?

Nella sentenza n. 96 del 2015 la Corte interviene sulla legge n. 40 operando un ulteriore ampliamento dell'ambito soggettivo: la possibilità di accesso alla tecnica della procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto, prevista inequivocabilmente per le sole coppie sterili e infertili (artt. 1, 2 e 4 della legge n. 40), è estesa alle coppie né sterili né infertili ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili.

La Corte coglie un «insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni». Una palese irrazionalità dell'ordinamento giuridico, che, in caso di accertata patologia genetica ereditaria, consente l'interruzione di gravidanza (certamente più traumatica) ed esclude la diagnosi preimpianto (che eviterebbe il ricorso successivo all'interruzione di gravidanza)⁵. Irrazionalità che, inoltre, non trova giustificazione, in termini di bilanciamento, nella esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto. Il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto consente, invece, non solo di tutelare la salute della donna, nel senso di consentirle di evitare la scelta di interrompere la gravidanza successivamente al suo avvio, ma anche di procreare un figlio che non sia affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatori i genitori.

A seguito della declaratoria di incostituzionalità l'interruzione della gravidanza e la procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto, sono dunque equiparate: la procreazione di figli non affetti dalla specifica malattia di cui sono portatori i genitori può essere assicurata sia *dopo* l'instaurazione della gravidanza con la sua interruzione, sia *prima* attraverso il mancato impianto degli embrioni creati in vitro.

Un dubbio è sorto a seguito di questa pronuncia. Se essa non si sia limitata a correggere una irrazionalità, equiparando interruzione di gravidanza e diagnosi preimpianto, ma abbia altresì aperto le porte (forse inconsapevolmente) a una rivendicazione diversa: il diritto a procreare un figlio *sano*; o, piuttosto,

⁵ «[...] il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali. [...] il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

come sembrerebbe più plausibile alla luce di una lettura più restrittiva, il diritto a procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui è portatrice la coppia. Interpretazione, questa seconda, che già sembrava dedursi dalla sentenza della Corte EDU, Costa e Pavan *contro* Italia (sentenza del 28 agosto 2012, § 57), ove si legge che «il diritto al rispetto della vita privata e familiare include il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica», e resa ancora più chiaramente nella decisione n. 229 del 2015, ove la Corte costituzionale afferma che la selezione degli embrioni è consentita solo a tal fine. Un'interpretazione che, per quanto circoscritta nella portata, solleva certamente molte perplessità, anche dal punto di vista costituzionale.

5. Dimensione collettiva o dimensione individuale del diritto a procreare?

Una lettura restrittiva della giurisprudenza costituzionale porta comunque a ritenere che non si sia inteso introdurre un diritto alla procreazione inteso come diritto ad avere un figlio, quanto di un diritto alla procreazione inteso come diritto ad autodeterminarsi in questo campo e a vedersi assicurata la garanzia del diritto alla salute che risulta in ogni caso sotteso alla procreazione. Così circoscritta la portata del preteso diritto, si pone l'interrogativo circa la possibile riconduzione dell'accesso alle tecniche procreative assistite alla sola coppia oppure anche al singolo individuo. Nel primo caso viene in rilievo la dimensione collettiva dell'esercizio di tale diritto, che richiederebbe necessariamente la presenza della coppia: il fondamento costituzionale può essere trovato nell'art. 2 Cost., riconducendo la dimensione di coppia quale formazione sociale (sia che la coppia sia coniugata, sia che sia convivente) in cui pure si svolge la personalità dei singoli che la compongono. Nel secondo caso viene in rilievo il diritto alla salute individuale (intesa in senso sia fisico che psichico) (art. 32 Cost.) e/o il diritto all'autodeterminazione (artt. 2 e 13 Cost.) nelle scelte che riguardano la sfera della vita privata.

La legge n. 40 certamente richiamava la sola dimensione collettiva⁶.

Una certa ambiguità è stata tratta dalla sentenza n. 162 del 2014 relativa al divieto assoluto di donazione di gameti esterni alla coppia. Qui, come si è detto, la Corte ha riconosciuto l'incostituzionalità di tale divieto, per violazione della libertà di autodeterminazione della coppia nelle proprie scelte procreative e del diritto alla salute intesa anche in senso psichico. Ma nel riconoscere il diritto del-

⁶ L'art. 5 della legge prevedeva, infatti, che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

la coppia ad autodeterminarsi nella sfera procreativa ha definito la scelta di avere o non avere figli del tutto incoercibile, poiché rientrante nella sfera più intima e intangibile della persona umana. Entrambe le dimensioni, dunque, sia quella collettiva che quella individuale, sembrano poter assumere rilievo nella scelta procreativa. L'ambiguità è stata sciolta dalla Corte costituzionale stessa nella più recente sentenza n. 221 del 2019 ove, resasi conto delle implicazioni contenute nelle precedenti affermazioni, sembra fare un passo indietro.

I passaggi argomentativi che conducono la Corte a restringere l'ambito soggettivo dell'accesso alle tecniche artificiali di procreazione possono essere così sintetizzati.

1) La Corte avverte la necessità di distinguere “diritto di procreare” e “desiderio di procreare”. «La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone, in effetti, un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Più in particolare, si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato».

2) Pur avendo di fatto dissolto, con la sua giurisprudenza, la portata normativa della legge n. 40, richiama quali presupposti per il suo decidere quelle che lei stesse definisce le «idee di base» della normativa: lo scopo della legge e il suo ambito soggettivo. Essendo le tecniche procreative «rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile», è escluso, afferma la Corte, «che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati». La legge, poi, prevede una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, «alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre».

3) I precedenti della Corte (le sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015⁷) hanno rimosso alcune “distonie”, come dice la Corte, della disciplina delineata

⁷ Si ricordi che la sentenza n. 162 del 2014 ha ammesso alla riproduzione artificiale le coppie alle quali sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo. La sentenza n. 96 del 2015 ha dischiuso, a sua volta, l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro.

dal legislatore, senza incidere – o incidendo solo in modo marginale – sulle coordinate di fondo di quest’ultima. «Entrambe le pronunce si sono mosse, dunque, nella logica del rispetto – e, anzi, della valorizzazione – della finalità (*lato sensu*) terapeutica assegnata dal legislatore alla PMA (proiettandola, nel caso della sentenza n. 96 del 2015, anche sul nascituro), senza contestare nella sua globalità – in punto di compatibilità con la Costituzione – l’altra scelta legislativa di fondo: quella, cioè, di riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna».

4) Ne discende l’esclusione delle coppie omosessuali dal ricorso alla PMA e, dunque, al diritto alla procreazione. «L’ammissione alla PMA delle coppie omosessuali [...] esigerebbe [...] la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull’intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)». L’infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale.

L’ambito soggettivo del preteso “diritto”, dunque, si restringe. *Non è più per tutti incoercibile*. È attenuato il riferimento all’autodeterminazione, alla sfera più intima ed intangibile della persona umana; o meglio, di autodeterminazione si parla, ma della coppia e, più precisamente, della coppia eterosessuale. La libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori non implica che essa possa esplicarsi senza limiti: «[e]ssa dev’essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico».

Altrettanto attenuato è il riferimento al diritto alla salute della coppia nella sua dimensione psicofisica: dice la Corte, «[l]a tutela costituzionale della “salute” non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione

soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione».

La Corte conclude, però, il suo percorso argomentativo con un'apertura: «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza. Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata».

In questa linea si inserisce la recente sentenza n. 32 del 2021, ove la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità della questione relativa alla richiesta di registrazione dell'atto di nascita di un figlio concepito all'estero, mediante tecnica di fecondazione artificiale, da due donne civilmente unite, sottolinea che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»⁸.

6. Quali tecniche procreative sono ammesse?

Il diritto di procreazione inteso come diritto all'autodeterminazione, concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, avrebbe potuto condurre a ritenere irrilevante (o meglio, indifferente) la tecnica di procreazione artificiale prescelta (e così, infatti, sembrava dedursi dalla possibilità riconosciuta alle coppie sterili e infertili di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita eterologa). La precisione (o il passo indietro) svolta dalla Corte nella sent. n. 221 del 2019 ripropone, invece, il tema: è possibile distinguere tra tecniche procreative ammissibili e tecniche procreative non ammissibili?

Rientra in tale discorso la tecnica della c.d. surrogazione di maternità: una tecnica esplicitamente vietata nel nostro ordinamento (art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004) e che la Corte costituzionale mantiene rigorosamente

⁸ Del resto, prosegue la Corte, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (sentenza n. 221 del 2019)» (punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*).

distinta dalla procreazione medicalmente assistita⁹. Il divieto di ricorrere alla maternità surrogata non è stato, fino a oggi, oggetto di specifica questione di legittimità costituzionale. Esso è stato affrontato trasversalmente dalla Corte, quando è stata chiamata a decidere della legittimità costituzionale delle disposizioni che, nella loro interpretazione attuale, non consentono il riconoscimento di un figlio concepito da una coppia che sia ricorsa all'estero alla maternità surrogata (sentt. n. 272 del 2017 e n. 33 del 2021). Nella consapevolezza del difficile bilanciamento tra la scelta già effettuata dal legislatore di disincentivare il ricorso a tale pratica (finalità perseguita con la previsione di un divieto penalmente sanzionato) e l'imprescindibile esigenza di tutelare l'interesse del minore nato a seguito di questa tecnica ancorché vietata, la Corte si arresta¹⁰, rimettendo al giudice il compito di valutare, caso per caso, alla luce del principio del *best interest* del bambino la regola di giudizio¹¹ e

⁹ «La tecnica della procreazione medicalmente assistita «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia» (sentenza n. 162 del 2014).

¹⁰ Meritano di essere sottolineati alcuni incisi contenuti nella parte conclusiva della pronuncia n. 33 del 2021 – «in prima battuta» e «allo stato» – che rivelano come la Corte, pur riconoscendo la necessità di un prioritario intervento del legislatore, non sarà disposta, qualora l'inerzia dovesse protrarsi, a esimersi dal decidere nel merito in un secondo tempo. Un inaccettabile decorrere del tempo che sarà, però, valutato dalla stessa Corte costituzionale. Sul punto v. le osservazioni di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in «Consultaonline», n. 1 del 2021. Affermazioni analoghe si trovano anche nella sentenza immediatamente precedente, la n. 32 del 2021, ove la Corte sottolinea che «[a]l riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore [nato da coppia omosessuale a seguito del ricorso a tecniche di procreazione artificiale], che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. [...] Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia» (punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*).

¹¹ «La regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi del[ve] tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela» (sentenza n. 272 del 2017). Analogo argomento si trova nella sentenza n. 32 del 2021 («la concomitanza degli eventi prima

invitando il legislatore a «porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»¹².

Questa scelta non risolve, però, ancora un dilemma che affonda nel rapporto tra diritto (che riconosce dei diritti) e la scienza (che soddisfa di fatto delle esigenze). Il diritto alla procreazione, ormai riconosciuto, può consistere nella pretesa a ricorrere a *tutte* le tecniche procreative che la scienza rende possibili? Il sol fatto che una tecnica sia scientificamente possibile la rende immediatamente esigibile? O piuttosto non esiste un imperativo categorico che imponga al legislatore di tradurre in diritto tutto ciò che la tecnica consente, per il sol fatto che lo consente, senza possibilità di frapporre alcuna valutazione discrezionale?¹³

7. Un'osservazione conclusiva

Al di là delle sue singole disposizioni e delle decisioni costituzionali adottate finora, ciò che rimane dalla vicenda sulla legge n. 40 è la consapevolezza che in materie eticamente controverse la via della imposizione di una normativa dai contenuti ideologicamente marcati mostra i suoi limiti. L'imposizione per legge di un'opzione etica si può tradurre in coercizione non solo della libertà morale dei cittadini che non condividono, ma anche della libertà personale, costringendoli a subire nel corpo pratiche o situazioni da loro percepite come crudeli o degradanti. Inoltre, come è stato osservato, le questioni tipiche del biodiritto non possono essere decise «con il semplice

descritti, svela una preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi, a fronte di quanto in forte sintonia affermato dalla giurisprudenza delle due corti europee, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale», punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*).

¹² «Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco» (sentenza n. 33 del 2021).

¹³ In senso negativo si esprime G. SILVESTRI, *Il "Biodiritto" nel diritto costituzionale italiano e comparato: tra scienza, etica-politica e diritto*, in questo volume, il quale afferma a chiare lettere che «non tutto ciò che è possibile sul piano scientifico e tecnologico lo è pure sul piano giuridico. [...] il rinvio alla scienza, pur essendo molto utile per dare razionalità alle scelte giurisprudenziali, non può essere un mezzo per eludere la responsabilità di chi interpreta la Costituzione e le leggi e applica le regole, ma, al massimo, per tentare di dimostrare la non arbitrarietà del suo operato».

criterio aritmetico della maggioranza»¹⁴: parlare di maggioranze, infatti, implica il riferimento non solo a maggioranze necessariamente mutevoli nel tempo secondo la fisiologica alternanza maggioranza/minoranza (condizione essenziale della democrazia parlamentare), ma anche di «entità che si aggregano in modi sincronicamente variabili, anche in relazione al modo specifico in cui viene presentata la questione su cui si vuole individuare una maggioranza»¹⁵. Più opportuno (e costituzionalmente adeguata) dovrebbe essere il ricorso a discipline di procedure, in grado di fissare regole di compatibilità tra concezioni diverse e interessi contrapposti¹⁶. Soprattutto nelle materie eticamente controverse sulla quali la Costituzione non dice, il legislatore dovrebbe saper assicurare a ciascuno spazi di libertà morale che gli consentano di agire in conformità alla propria coscienza, ricorrendo di preferenza a modalità basate su permesso/facoltà piuttosto che a modalità basate su obbligo/divieto. In questo contesto colpisce il ripetersi di alcuni *obiter dicta*: «[s]i tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» (sentenza n. 272 del 2017); la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenze n. 272 del 2017 e n. 33 del 2021). Si tratta di affermazioni perentorie: sebbene la questione non sia stata sollevata direttamente sulla maternità surrogata e sul divieto previsto nel nostro ordinamento, la Corte riconosce un elevato livello di disvalore a questa pratica e, in qualche misura, una sorta di conformità costituzionale (non richiesta) allo stesso divieto. Il lato cui la Corte rivolge lo sguardo è quello delle ipotesi di ricorso alla maternità surrogata ai fini commerciali, a quegli accordi che «comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»¹⁷; ma non contempla altre ipotesi

¹⁴ «Se la dittatura della maggioranza è sempre inaccettabile negli ordinamenti democratici e pluralisti, lo è ancora di più quando si tratta di dare regole in materia di valori supremi che riguardano la vita stessa della persona umana» (G. Silvestri, *Il “Biodiritto” nel diritto costituzionale italiano e comparato: tra scienza, etica-politica e diritto*, in questo volume).

¹⁵ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 137.

¹⁶ Sul punto L. D'AVACK, *Il ruolo della giurisprudenza di fronte alle questioni eticamente sensibili*, in questo volume.

¹⁷ «[S]ituazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita» (sent. n. 33 del 2021, punto 5.1. del *Considerato in diritto*).

sulle la letteratura giuridica ed etica sta discutendo¹⁸. Si tratta di affermazioni quali non sembrano volte a indirizzare il legislatore nella sua libertà di scegliere, ma che al contrario sembrano imporgli una via stretta nella decisione, che limitano il legislatore futuro nelle sue possibilità di scelta e nella futura lettura di quella stessa coscienza sociale che la Corte ha inteso tradurre privandola della sua naturale mutabilità. Forse un passo troppo avanti, che in qualche misura eccede nella sfera della discrezionalità legislativa.

¹⁸ Si vedano, ad esempio, il volume dedicato al tema dalla rivista *BioLaw Journal* (*BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2 del 2016); S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2 del 2019, 329 ss.

Le frontiere dell'autodeterminazione: il caso del fine vita

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza n. 207 del 2018 e il tema dei deboli e vulnerabili. – 3. La sentenza n. 242 del 2019: la conferma della prospettiva già tracciata.

1. Premessa

L'apertura di nuove frontiere al principio di autodeterminazione spesso finisce, più o meno direttamente, per coinvolgere anche il tema dei soggetti deboli e vulnerabili, chiamando la Corte costituzionale a operare bilanciamenti molto complessi.

Sono state diverse le occasioni in cui questa dimensione del problema è venuta alla luce.

Nella giurisprudenza costituzionale più recente si possono ricordare, ad esempio, la questione dell'incriminazione penale del favoreggiamento e del reclutamento della prostituzione (sent. n. 141 del 2019) e quella sul divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali (sent. n. 221 del 2019).

Il caso più significativo può però essere ritenuto senz'altro quello inerente all'aiuto al suicidio, oggetto prima dell'ordinanza n. 207 del 2018 e poi della sentenza n. 242 del 2019.

2. L'ordinanza n. 207 del 2018 e il tema dei deboli e vulnerabili

L'ordinanza n. 207 del 2018 rappresenta una delle decisioni che hanno maggiormente segnato la giurisprudenza costituzionale in oggetto, sia per le questioni trattate, che attengono direttamente allo statuto costituzionale della persona umana, sia per la novità apportata al quadro delle tecniche decisorie, sia per il ricchissimo e complesso dibattito dottrinale che si è sviluppato¹.

¹ Cfr., fra gli altri, F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, 1 ss.; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. N. 207/2018 (nel caso*

Nello specifico, la Corte costituzionale è stata chiamata, dalla Corte di Assise di Milano, a intervenire in merito alla sospettata illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio. Il suddetto articolo, risalente al 1930 ed espressivo di una visione fortemente pubblicistica della vita del singolo, infatti, punisce severamente – con la reclusione da cinque a dodici anni (pena solo di poco inferiore

cappato) e la sent. N. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto, in *Forum Quad. cost.*, 28 giugno 2019, 1 ss.; F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l’ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum Quad. cost.*, 5 giugno 2019, 1 ss.; A. D’ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte Costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in *Forum Quad. cost.*, 30; M. D’AMICO, *Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, 1 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.; G.P. DOLSO, *Profili processuali dell’ord. n. 207 del 2018*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, 1 ss.; S. GIANELLO, *Sulla legittimità costituzionale (a determinate condizioni) dell’aiuto al suicidio e sulla via più consona al suo riconoscimento*, in *Federalismi.it*, 3 luglio 2019, 1 ss.; J. LUTHER, *The judge’s power over life and death*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2018, 1 ss.; J. LUTHER, *Corte “incappata”?* in *Forum Quad. cost.*, 2 luglio 2019, 1 ss.; E. MALFATTI, *Sui richiami, nell’ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Forum Quad. cost.*, 25 giugno 2019, 1 ss.; B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall’ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell’autodeterminazione in materia di salute?* in *Forum Quad. cost.*, 22 giugno 2019, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *L’altra quaestio del “caso Cappato”: la pena draconiana dell’art. 580 c.p.*, in *Forum Quad. cost.*, 4 giugno 2019, 1 ss.; G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell’ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forum Quad. cost.*, 9 giugno 2019, 1 ss.; G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, 1 ss.; G. RIVOSCECHI, *Osservazioni sull’ord. n. 207 del 2018 e sul possibile “seguito”: una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in *Forum Quad. cost.*, 22 giugno 2019, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum Quad. cost.*, 23 giugno 2019, 1 ss.; E. ROSSI, *L’ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?* in *Forum Quad. cost.*, 5 luglio 2019, 1 ss.; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, 27 maggio 2019, 1 ss.; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 644 ss.; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 567 ss.; G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 26 ss.; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire “nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”*, in *Forum Quad. cost.*, 14 giugno 2019, 1 ss.; P. VERONESI, *L’ord. n. 207/2018 sul c.d. “Caso Cappato”: cosa c’è, cosa non c’è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe preludere*, in *Forum Quad. cost.*, 12 giugno 2019, 1 ss.

a quella dell'omicidio del consenziente) – chi concorre nel suicidio altrui: e ciò tanto se la partecipazione si attui nella forma della istigazione, quanto se si realizza nella forma del concorso materiale (aiuto): agevolandone – recita l'articolo del codice – «in qualsiasi modo l'esecuzione».

In particolare, la Corte d'assise sosteneva che l'incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio, non rafforzative del proposito della vittima, fosse in contrasto con i principi sanciti dagli articoli 2 e 13 della Costituzione, dai quali discenderebbe la libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria vita.

La vicenda nasceva dal caso di un ex DJ, Fabiano Antoniani, che a seguito di un grave incidente automobilistico, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità permanente, non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, in stato di costante e acuta sofferenza, conservando però intatte le facoltà intellettive. Un euro parlamentare con cui Fabo era entrato in contatto, Marco Cappato, decise di assecondare le richieste di Fabiano accompagnandolo in auto, assieme alla madre e alla fidanzata, in Svizzera, dove venne compiuto il suicidio, realizzato azionando con la bocca uno stantuffo, attraverso il quale viene iniettato in endovena il farmaco letale.

Di ritorno dal viaggio, Marco Cappato si è autodenunciato all'autorità di pubblica sicurezza e il caso è arrivato al giudizio della Corte d'assise di Milano, dove avrebbe condotto alla condanna di Cappato (e probabilmente anche della madre e della fidanzata di Fabo) se non fossero state sollevate le suddette questioni di costituzionalità.

Ad esse la Corte costituzionale ha risposto con l'ordinanza n. 207/2018, che ha innanzitutto operato una drastica delimitazione della questione che il giudice remittente aveva formulato in termini molto ampi²: in nome dell'autodeterminazione individuale, veniva, infatti, prospettata una libertà, costituzionalmente garantita, di scegliere come e quando porre fine alla propria vita (il cd. diritto al suicidio), derivando dalla stessa una generale inoffensività dell'aiuto al suicidio di chi si è autonomamente determinato (anche fosse solo a motivo del cd. *taedium vitae*) nell'esercizio di tale libertà.

La Corte costituzionale non ha condiviso questa tesi nella sua assolutezza; nella pronuncia, infatti, si afferma che dall'art. 2 Cost. discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non quello opposto «*di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire*».

Inoltre si specifica che l'incriminazione non solo dell'istigazione, ma an-

² COSÌ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questionegiustizia.it*, 19.11.2018.

che dell'aiuto al suicidio è *«funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio»*. Pertanto mantiene *«la perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»*³.

Solo dopo queste affermazioni, la pronuncia "scende dalla regola" (in forza della quale l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può ritenersi incompatibile con la Costituzione) per calarsi nell'eccezione, precisando la necessità di tenere conto di specifiche situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta.

In questo modo concentra l'argomentazione solo su quelle ipotesi, come quella del giudizio *a quo*, *«in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare»*.

Nelle particolari situazioni sopra indicate, che profilano una richiesta di assistenza nel morire avanzata in condizioni esistenziali molto diverse rispetto a quelle che, su un piano più generale, sono giustificate dalle sole "sofferenze dell'anima"⁴, *«vengono messe in discussione le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio»*.

³ La sentenza, infatti, precisa: *«Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)»*.

⁴ Cfr., sul punto, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 marzo 2019, 2.

In questa prospettiva l'ordinanza si aggancia allora alla recente legge italiana n. 219 del 2017, sul fine vita⁵, che riconosce ad ogni persona «*capace di agire*» il diritto, nell'ambito della cosiddetta alleanza terapeutica e nel contesto del sistema di cure palliative della l. n. 38 del 2010, di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, compresi i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale, sottoponendosi a sedazione profonda continua.

Proprio dal riconoscimento di questo diritto, in cui è implicito che «*il cardinale rilievo del valore della vita*» non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di lasciarsi morire con l'interruzione dei trattamenti sanitari, l'ordinanza della Corte costituzionale trae la propria conclusione, affermando che, sul piano costituzionale, «*non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*». In questo specifico ambito, quindi, il divieto assoluto di aiuto al suicidio limita indebitamente la libertà di autodeterminazione scaturente degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

La Corte però non ha ritenuto di poter porre rimedio a questo *vulnus* con una semplice cancellazione del reato di aiuto al suicidio di chi si trova nelle descritte situazioni: «*fu]na simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi*».

Ritorna quindi con forza la centralità dell'esigenza di tutelare le persone deboli e vulnerabili⁶ da possibili abusi; argomento rispetto al quale la Corte costituzionale intravede la necessità, per la serie di scelte discrezionali in esso implicate, innanzitutto dell'intervento del legislatore, data anche la difficoltà di rispondervi compiutamente con una sentenza.

In questo solco l'ordinanza però non rinuncia, in nome di quella medesima esigenza di tutela, a esplicitare una serie di contenuti che vengono suggeriti al

⁵ Sulla quale, cfr. G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019.

⁶ Il tema della protezione da abusi dei soggetti deboli e vulnerabili è una costante che, in varie forme, si rinviene in numerose pronunce delle Corti di altri Paesi, richiamate nell'ordinanza, come quella inglese (Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, [2014] UKSC 38) e quella canadese (Supreme Court of Canada, *Carter vs Canada*, 6 febbraio 2015), sia della Corte Edu: Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito* e sentenza 20 gennaio 2011, *Haas contro Svizzera*.

legislatore per caratterizzare l'introduzione della nuova previsione normativa. Essi attengono: a) le modalità di verifica medica: si richiede quindi necessariamente l'intermediazione di un medico nella verifica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto al suicidio; si tratta di una condizione importante (ma non sufficiente) al fine di evitare abusi e distorsioni; b) la disciplina del relativo «*processo medicalizzato*»: si rimarca e si specifica ulteriormente, con questa precisa espressione, la necessità di una reale presa in carico sanitaria del soggetto, perché solo così risulta effettivamente garantito il diritto fondamentale del paziente ad essere reso consapevole e effettivamente informato sulle varie soluzioni che possono essere alternative al suicidio: prima tra tutte quella delle cure palliative (che spesso se somministrate con competenza riducono notevolmente le richieste di suicidio assistito⁷) e poi quella della sedazione profonda e continuata (già prevista dalla citata legge 219 del 2017 e in forza della quale la morte sopravviene in poco tempo ma ancora per effetto della malattia e senza essere imputabile a un atto uccisivo diretto⁸); c) la (eventuale) riserva esclusiva di somministrazione dei trattamenti al servizio sanitario nazionale (con una sostanziale esclusione della possibilità di svolgere a fini di lucro tali trattamenti); d) la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto in tali procedure.

È anche interessante precisare, *last but not least*, che l'ordinanza, volutamente, non contiene alcun giudizio di valore sulle situazioni che eppure legittimano la richiesta di porre fine alla propria vita, in questo consapevole che in quelle stesse drammatiche situazioni, a fronte di persone che si risolvono per la scelta di

⁷ Cfr., in tal senso, la precisa e netta posizione assunta all'unanimità dal Comitato Nazionale di Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, 19, ss., dove si conclude «*Purtroppo, lo sviluppo e il consolidamento della cultura palliativa nel nostro Paese incontrano ancora molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell'offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell'ambito delle professioni sanitarie. Non è questa la sede per affrontare adeguatamente tale problematica, per la quale rimandiamo innanzitutto alle relazioni annuali del Parlamento italiano sull'applicazione della L. 38/2010 e al portale dedicato dal Ministero della Salute⁷ oltre che all'indagine conoscitiva sull'attuazione della legge della Commissione Affari Sociali della Camera. Tuttavia il CNB unanime auspica che il SSN sia sempre in grado di offrire, realmente, senza disuguaglianze in termini di entità e qualità di servizi, su tutto il territorio nazionale, cure palliative e terapia del dolore, nei termini stabiliti dalla L. 38/2010, a ogni persona che ne abbia necessità. Dovrebbe essere questa una priorità assoluta per le politiche della sanità*»

⁸ Cfr., sul punto, A. DA RE, *La falsa analogia tra rifiuto-rinuncia alle cure e suicidio medicalmente assistito. Riflessioni bioetiche sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207/2018*, in *Medicina e morale*, 2019, 1 ss.; nonché M. RONCO, *Impegno solidale per la vita*, in AA.VV., *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, a cura di M. RONCO, Torino, 2019, 210.

abbandonare la vita, ve ne sono altre, che per la solidità del contesto familiare o per una fortunata ricchezza d'animo, rimangono, fino all'ultimo respiro, persino innamorate della vita⁹.

In questo stesso complesso contesto valoriale, che peraltro non esaurisce tutti i possibili risvolti della fattispecie – si pensi al rischio che la nuova facoltà diventi una scorciatoia rispetto a una seria presa in carico del paziente, così da condurre al deprecabile paradosso dell'esistenza di un diritto all'aiuto al suicidio nell'assenza di un effettivo diritto ad essere curati – si inserisce anche il carattere innovativo della decisione dal punto di vista delle tecniche decisionali: in presenza di una pluralità di scelte discrezionali, finora la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, con un monito al legislatore affinché approvasse la disciplina necessaria. Se il monito rimaneva senza riscontro, seguiva, di norma, una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ora, però, la Corte osserva che questa tecnica decisoria avrebbe *«l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione»*. *«Un simile effetto»* – si legge nell'ordinanza – *«non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»*.

Di qui la decisione adottata che, da un lato, stigmatizza il *vulnus* costituzionale prodotto dalla norma impugnata, e, dall'altro, rinvia il giudizio a data fissa, per dare al legislatore la possibilità di intervenire con una apposita disciplina *«che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»*.

Nella “terra di mezzo” rappresentata dall'arco temporale definito dall'ordinanza, rimane sospeso il giudizio *a quo* e – precisa l'ordinanza – in altri eventuali analoghi giudizi spetterà al giudice valutare se, alla luce dei principi ora affermati, ci siano le condizioni per sollevare una uguale questione di legittimità costituzionale, così da evitare l'applicazione della disposizione censurata.

«[I]n uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale», con l'ordinanza n. 207 la Corte costituzionale ha quindi inteso rimettere la soluzione alla discrezionalità del legislatore, ma anche *«evitare, per un verso, che ... una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compa-*

⁹ Si veda ad esempio l'interessante LA PUSATA, *La vita non è un peso*, Milano, 2020. Si tratta di un libro scritto con il puntatore da un malato di Sla che testimonia come dalla prima reazione di negazione e sconforto, ben presto l'atteggiamento sia cambiato: circondato dall'amore dei tre figli, della moglie e di tanti amici e parenti, la sua fiducia nel futuro e la sua voglia di vivere, anziché diminuire, sono aumentate. In effetti Michele, che è inchiodato su un letto ormai da qualche anno, pur con tutto il realismo e senza alcuna edulcorazione nei confronti della sua condizione, si considera un uomo innamorato della vita, che proprio attraverso la malattia ha riscattato il valore e la bellezza di ciò che prima appariva scontato.

tibili» e «al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

Facendo leva sugli strumenti processuali consentiti – la possibilità di rinviare la decisione – la Corte costituzionale italiana ha quindi introdotto, pur utilizzando formalmente lo strumento noto dell'ordinanza, un nuovo strumento decisorio che la dottrina ha definito in molti modi (tra cui: “ordinanza a incostituzionalità differita”¹⁰, “a incostituzionalità immediata e ad annullamento differito”¹¹, ecc.). Il Presidente della Corte costituzionale nella relazione di fine anno ha usato il termine, più appropriato, di “incostituzionalità prospettata”. A prescindere dalle definizioni resta, in ogni caso, abbastanza pacifica l'influenza del modello della *Unvereinbarkeitserklärung* del Tribunale costituzionale tedesco¹², pur con tutte le diversità in termini di origine e di sviluppo dell'istituto, come anche l'analogia con le pronunce di *simple incostitucionalidad* del Tribunale costituzionale spagnolo¹³.

Trattandosi di uno strumento nuovo, non immediatamente chiari sono risultati gli effetti della pronuncia nei confronti non tanto dei giudici diversi da quello *a quo*, peraltro – come detto – sollecitati dall'ordinanza a sospendere i processi, quanto nei confronti della pubblica amministrazione, dei soggetti privati, delle situazioni già risolte con sentenza definitiva. È stato l'inevitabile prezzo da pagare in forza della volontà di mantenersi, nell'enucleare uno strumento decisionale innovativo che rispondesse a tutte le esigenze sollecitate dal caso normativo in questione, nello stretto alveo della legalità processuale, senza sconfinare dalle strettoie processuali¹⁴. Maggiore flessibilità e capacità di modulare gli effetti delle decisioni sono insite nelle tecniche decisionali della giurisprudenza tedesca, di origine però puramente pretoria: un confine che invece la Corte italiana ha preferito non valicare¹⁵.

¹⁰ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

¹¹ F.S. MARINI, in AA.VV., *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di Francesco Saverio Marini e Cristiano Cupelli, Napoli, 2019, § 3.

¹² Cfr. per una valutazione comparativa A. VON BOGDANDY – D. PARIS, *Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No 2019-01.

¹³ Cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in AA.VV., *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., 97 ss.

¹⁴ Così, molto lucidamente, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

¹⁵ Idem.

3. La sentenza n. 242 del 2019: la conferma della prospettiva già tracciata

In data 24 ottobre 2019, si è svolta la nuova udienza a seguito del rinvio: nel frattempo, infatti, il Parlamento italiano non era riuscito nemmeno a calendarizzare un disegno di legge in materia.

A questo punto la Corte, constatato il mancato intervento parlamentare nei termini, ha dichiarato, con la sent. n. 242 del 2019, l'incostituzionalità della punizione penale dell'aiuto al suicidio di cui all'articolo 580 del codice penale, di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

In attesa di un indispensabile, futuro, intervento del legislatore, la Corte ha però ritenuto indispensabile subordinare da subito la non punibilità¹⁶: a) al rispetto delle precise modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulla sedazione profonda continua e sulle cure palliative, nonché b) alla verifica, sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione, da parte di una struttura pubblica del SSN e c) al previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Con queste rigorose e complesse condizioni, desunte in ogni caso da normative già presenti nell'ordinamento, si è voluto chiaramente scongiurare il facile rischio di introdurre una sorta di "aiuto al suicidio all'italiana"¹⁷, privo cioè di quelle indispensabili e complesse garanzie che sono invece sempre necessarie per evitare il rischio di abusi e che, del resto, anche gli ordinamenti più permissivi (come ad esempio l'Olanda) stabiliscono.

L'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali si è quindi resa necessaria per tutelare le persone specialmente deboli e vulnerabili, riprendendo così il solco dell'esigenza già tracciata dall'ordinanza n. 207 del 2018.

¹⁶ Il comunicato stampa della Corte chiarisce però che rispetto alle condotte già realizzate, «il giudice valuterà la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate».

¹⁷ Rischio chiaramente sottovalutato da alcune posizioni dottrinali: cfr., ad esempio, Carnevale, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 28 giugno 2019, per il quale al fine di "evitare quantomeno l'bard far west, dominato dal principio dell'aiuto al suicidio all'insegna del fai da te", sarebbe stato sufficiente richiedere un mero accertamento "in un contesto medicale".

Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale¹

SOMMARIO: 1. Il «caso Antoniani-Cappato» e la “doppia pronuncia” della Corte costituzionale: l’ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019. – 2. La sentenza n. 242/2019: una “riformulazione” dell’art. 580 c.p. modellata su un caso concreto. – 3. L’intervento di “separazione” e “duplicazione” dell’art. 580 c.p. Le “ferite dell’anima” e le tipologie tradizionali di suicidio. – 4. I tormenti e “i diritti” del corpo di fronte alla richiesta di assistenza a morire. – 5. La presenza del requisito *sub c)* come “*trump card*” della “doppia pronuncia” della Corte costituzionale. – 6. La sentenza n. 242/2019 e gli ulteriori requisiti di natura procedimentale: 1) La concreta possibilità della persona malata di sottoporsi alla terapia del dolore e alle cure palliative; 2) L’aiuto al suicidio nell’ambito di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente. – 7. La sentenza n. 242/2019 e il rischio di generare disorientamento nel dibattito etico e giuridico sulle questioni di fine vita. – 8. Non “soltanto” ferite di un’anima, non “ancora” tormenti di un corpo legato ad una macchina. – 9. Il pre-requisito del coinvolgimento in un percorso di terapia del dolore e di cure palliative: un diritto umano fondamentale.

1. Il «caso Antoniani-Cappato» e la “doppia pronuncia” della Corte costituzionale: l’ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019

Com’è noto, la Corte costituzionale era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del delitto di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) nell’ambito della vicenda giudiziaria che ha visto imputato Marco Cappato in relazione al suicidio di Fabiano Antoniani (detto Dj Fabo) presso l’associazione svizzera

¹ Il contributo è già stato pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 4, 2159 ss. e in G. D’ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 77 ss.

“Dignitas”². La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d’Assise di Milano³ è stata “rimodellata” dalla Consulta con l’ordinanza n. 207/2018, definita dal Presidente della Corte di «incostituzionalità prospettata»⁴.

In relazione all’incriminazione dell’istigazione e dell’aiuto al suicidio, la Consulta – nell’ordinanza depositata il 16 febbraio 2018 – ritiene che sia «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile,

² Per una puntuale descrizione dei fatti e dei giudizi si rinvia a G. LEO, *Nuove strade per l’affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 241 ss.

³ L’ordinanza del 14 febbraio 2018 è stata pubblicata su www.penalecontemporaneo.it, 16 febbraio 2018.

⁴ G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in riferimento alla giurisprudenza costituzionale del 2018, in www.cortecostituzionale.it, 2019, 13.

I commenti all’ordinanza n. 207/2018 sono stati numerosissimi: per le indicazioni rinviamo al sito ufficiale della Corte costituzionale (<https://www.cortecostituzionale.it/action/NoteSentenza.do>).

In questa sede mi limito ad alcune segnalazioni. Si veda, innanzitutto, il volume F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, con prefazione di F. VIGANÒ, Napoli 2019, dove si sono cimentati i giuristi penalisti R. BARTOLI, 1-17; S. CANESTRARI, 37-60; C. CUPELLI, 75-90; M. DONINI, 113-129; L. EUSEBI, 132-143; F. LAZZERI, 181-204; A. MASSARO, 217-228; D. PULITANÒ, 277-287; L. RISICATO, 289-306; S. SEMINARA, 307-335; A. SESSA, 337-353. La registrazione del video della Tavola Rotonda «L’ordinanza n. 207/2018 sul caso Cappato: dignità e autodeterminazione nel morire» (Università degli Studi di Milano, 18 settembre 2019), in occasione della presentazione del volume, è disponibile su Radioradicale.it. Cfr. inoltre AA.VV., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti e S. Vinciguerra, Padova 2019, con riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2018 nei saggi di S. VINCIGUERRA, 85 ss.; C. CASONATO, 95 ss.; T. PASQUINO, 107 ss.; P. BAIMA BOLLONE, 119 ss.; S. CANESTRARI, 137 ss.; S. RIONDATO, 161 ss.; L. PICOTTI, 169 ss.; AA.VV., *Il diritto di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, a cura di M. Ronco, Torino 2019, con scritti di A. MANTOVANO, A. RUGGERI, L. CORNACCHIA, A. MORRESI, G. RAZZANO, G. ROCCISI e M. RONCO; AA.VV., *Atti del Seminario “Suicidio assistito e valori costituzionali: un orizzonte da delineare”*, tenutosi il 15 marzo 2019 presso il Senato della Repubblica, con il patrocinio della Camera dei Deputati, organizzato da Accademia Aletheia, Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche dell’Università G. Marconi e Scuola Territoriale della Camera Penale di Roma, con le relazioni di T. PADOVANI, M.B. MAGRO, C. TRIPODINA e di chi scrive, in <https://www.biodiritto.org/Dossier/Casi-e-materiali-sul-fine-vita-in-Italia>; AA. VV. “*Questioni di fine vita*”. *Dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, fasc. 1-bis.

Si veda altresì il *forum Fase finale della vita, tra libertà ed esigenze di protezione. Quali punti fermi?*, a cura di M. D’AMICO, I. PELLIZZONE e B. LIBERALI, in *Notizie di Politeia*, 2019, 71 ss.; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 805 ss.; G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in www.archiviopenale.it, 3/2018; F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all’aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 101 ss.

come quella del suicidio». Il divieto, anche nell'odierno assetto costituzionale, ha una sua «ragion d'essere» a tutela principalmente delle persone in condizione di fragilità che potrebbero essere facilmente indotte a concludere prematuramente la loro vita, «qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto». Di conseguenza, non si può ritenere inibito al legislatore penale di vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autodeterminazione individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della «persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.)⁵.

Tuttavia, sempre a giudizio della Corte, occorre prendere in considerazione specifiche situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta. «Il riferimento» scrive l'ordinanza n. 207/2018 «è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento in vita artificiale non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare».

In questo senso, l'ordinanza della Corte considera paradigmatico il «caso Antoniani-Cappato». In tali ipotesi, il «divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli articoli 2, 13 e 32, secondo comma, della Costituzione, imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile».

La Consulta però non ritiene di poter porre rimedio a questo *vulnus* con una semplice cancellazione del reato di aiuto al suicidio prestato nei confronti di chi si trova in tale condizione. «Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale al suicidio ai pazienti

⁵ Tali argomentazioni vengono rafforzate anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, in materia di tutela del diritto alla vita e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 2 e 8 CEDU, sentenze *Pretty c. Regno Unito*, *Haas c. Svizzera*, *Koch c. Germania*).

in tali condizioni, in un ambito di altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». Una regolamentazione della materia volta ad evitare abusi nei confronti delle persone vulnerabili implica una serie di scelte discrezionali e, quindi, l’intervento del legislatore.

A questo punto l’ordinanza della Corte ritiene «doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa».

Il complesso e dettagliato monito rivolto al legislatore ad intervenire entro la data della nuova udienza, fissata per il 24 settembre 2019, è caduto nel vuoto. Com’era prevedibile, la sentenza della Consulta, depositata il 22 novembre 2019, è coerente con quanto anticipato nell’ordinanza n. 207/2018. Come si legge nel dispositivo della sentenza n. 242/2019, l’art. 580 c.p. viene dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219» – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza, con modalità equivalenti – «agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»⁶.

2. La sentenza 242/2019: una “riformulazione” dell’art. 580 c.p. modellata su un caso concreto.

La sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale richiama espressamente – nel Considerato in diritto (§§ 1-2) – le argomentazioni proposte nell’ordinanza n. 207/2018 e conferma in larga parte il loro contenuto, con alcune omissioni relative al concetto di «dignità nel morire» o di «morte dignitosa»⁷.

⁶ Corte costituzionale, sentenza 24 settembre (dep. 22 novembre 2019), n. 242, Pres. Lattanzi, Est. Modugno.

⁷ Come osserva puntualmente C. TRIPODINA, *La «circoscritta area» di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 224 s., la parola «dignità» collegata a quelle di «morte» o «morire» non compare più nelle motivazioni della sentenza n. 242/2019. In generale, sul concetto di dignità umana nell’ambito del (bio)diritto penale, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, 32 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

Tali “cancellature” appaiono peraltro assai significative. Nella sentenza n. 242 la Corte abbandona l’idea di indicare i fondamenti e di delineare i contenuti di un «diritto a morire con dignità», ovvero di un «diritto alla piena dignità anche nel morire» lumeggiato nell’ordinanza n. 207/2018⁸.

Rimane dunque *in vigore* la bipartizione consolidata. Da un lato, il diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari anche necessari alla propria sopravvivenza, dove il diritto all’autodeterminazione del malato assume la consistenza dei diritti dell’*habeas corpus*⁹: il diritto all’intangibilità della propria sfera corporea consacrato dall’art. 32, comma 2, Cost. – che può essere letto congiuntamente all’art. 13, comma 1, Cost. – e ribadito in modo inequivoco dalla l. n. 219/2017¹⁰. Dall’altro, il c.d. «diritto al suicidio» o l’ipotetico «diritto a morire con l’aiuto o per mano d’altri», disconosciuto dall’orientamento dominante nella letteratura giuridica e dalla «doppia pronuncia» della Corte costituzionale.

Nel “territorio di mezzo” tracciato dalla sentenza n. 242/2019 scompare ogni riferimento alla visione soggettiva di dignità del morire e non viene più utilizzata la parola *diritto*; campeggia, invece, l’espressione *libertà* – «di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» –¹¹.

Gli inevitabili margini di ambiguità connessi a tale utilizzo del concetto di «libertà» rendono ancora più fragile l’idea di un’assunzione della l. n. 219/2017 a *tertium comparationis*¹².

⁸ In riferimento alla «dignità nel morire» nelle motivazioni dell’ordinanza n. 207/2018, cfr. C. CUPPELLI, *Il Caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018, par. 4.

⁹ Sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 67 ss., anche per indicazioni relative alla letteratura bioetica e biogiuridica; nella dottrina penalistica, con chiarezza, D. PULITANO, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1204, laddove parla «dei diritti di inviolabilità del proprio corpo, del proprio essere vivente»; ID., *L’attività terapeutica*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Tutela penale della persona*, Torino 2019, 44; A. VALLINI, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 70.

¹⁰ V. S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 2018, 14 ss.; C. CUPPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e direttive anticipate di trattamento*, in *Criminalia*, 2017, 285 ss.; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il caso Cappato*, cit., 132 ss.; A. VALLINI, *Morire è non essere visto*, cit., 815.

¹¹ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, *Considerato in diritto*, § 2.3.

¹² In proposito appare significativo che la sentenza m. 242/2019 non menzioni più il parametro dell’art. 3 Cost. – evocato invece nell’ordinanza n. 207/2018 – e non adduca argomentazioni a sostegno di una fallace equiparazione tra rinuncia a trattamenti di sostegno vitale e assistenza medica

Le riflessioni sin qui effettuate trovano un’evidente conferma nel punto centrale della sent. n. 242/2019, le poche ma cruciali righe del par. 6 del *Considerato in diritto*: «quanto, infine, al tema dell’obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita ad escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».

In seguito avrò occasione di analizzare la questione dell’obiezione di coscienza. Per ora mi preme sottolineare che il “disallineamento” tra l’ambito di non punibilità individuato dalla sentenza n. 242/2019 e i diritti “effettivi” previsti dalla l. n. 219/2017 non poteva risultare più evidente. Ed, invero, in coerenza con i principi enunciati, il legislatore del 2017 rende “azionabile” il diritto della persona malata di ottenere la realizzazione delle proprie richieste di interruzione del trattamento sanitario, anche *life saving*, in corso: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente [...]» (art. 1, comma 6) e «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge [...]» (art. 1, comma 9).

In assenza di una solida ricostruzione “generale” delle realtà normative “differenziate” nei diversi contesti di fine vita, la sentenza n. 242/2019 appare invece espressamente “ritagliata” sul caso d’origine e finisce per individuare una «circoscritta area di non conformità costituzionale»¹³ dell’art. 580 c.p., con l’obiettivo di delineare un ristretto ambito di non punibilità – di incerta qualificazione penalistica – dell’assistenza medica al suicidio¹⁴.

al suicidio. Sul tema vale anche la pena ribadire l’ovvietà di un assunto, al fine di evitare insidiosi fraintendimenti: il *right to refuse medical treatment* — inteso quale diritto a vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari, anche salvavita, contro la propria volontà – è esercitabile con le modalità previste dalla legge n. 219/2017 a prescindere dai requisiti richiesti dalla sentenza n. 242/2019 per l’aiuto medico al suicidio.

Si vedano ora le chiare osservazioni di M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistemapenale.it*, 13 gennaio 2020, 7, laddove sottolinea che l’analogia tra la rinuncia ai trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza e il suicidio – sulla quale fa leva la «doppia pronuncia» della Corte costituzionale – costituisce una «palese forzatura».

¹³ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, *Considerato in diritto*, § 2.3.

¹⁴ Cfr. le osservazioni di C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale.it*, 53. L’Autore ritiene che la pronuncia della Corte possa assumere i connotati di una additiva di regola, consistente nell’introduzione di una causa di non punibilità o di una scriminante c.d. procedurale, collegata al rispetto di determinate condizioni. La sentenza n. 242/2019 potrebbe

Di fronte ad una delle pronunce più importanti della storia della Corte costituzionale, i giudici della Consulta devono aver avvertito “il dolore” di affrontare una delle questioni più controverse e drammatiche – la più lacerante e “dilemmatica”, quella dell’aiuto medico a morire¹⁵ – con il periscopio “comunque ristretto” del diritto penale, per di più “puntato” su una norma risalente al 1930. La n. 242/2019 è dunque una sentenza “inevitabilmente infelice”.

L’operazione di «diluire» una tematica che costituisce il *Kern* di ogni ordinamento giuridico – e richiede una decisione politica di un legislatore democraticamente eletto – all’interno di una mera questione di “parte speciale del diritto penale” può dirsi “impossibile”. Le peculiarità del «caso Antoniani-Cappato» consentono però ai giudici della Consulta di intravedere e percorrere un sentiero che non si conclude con una “rivendicazione” per via giurisprudenziale di *nuovi* diritti di fine vita di discusso fondamento costituzionale¹⁶.

essere pure qualificabile – sempre ad avviso dello stesso Autore – come ablativa parziale, in quanto «prevale l’individuazione delle situazioni da sottrarre alla sfera applicativa dell’art. 580 c.p., pur se accompagnata dall’aggiunta di ulteriori requisiti destinati a ridurre le criticità ravvisate nell’ordinanza» (C. CUPELLI, *op. loc. ult. cit.*).

¹⁵ Il “dilemma” è profondo e “trasversale”: come dimostra l’esperienza dei principali Paesi europei, non può essere “ridotto” alle classiche contrapposizioni laici/cattolici, progressisti/conservatori. Basti pensare al dibattito pubblico in Germania, Francia, Spagna, Regno Unito caratterizzato da una dialettica costante sull’opportunità o meno di legalizzare il suicidio medicalmente assistito e le condotte eutanasiche. Per un’approfondita analisi di diritto comparato cfr. AA.VV., *Autodeterminazione*, cit., con le relazioni di M. HELFER, 13 ss.; I. MARCHI, 33 ss.; R. PARIZOT, 43 ss.; K. JARVERS, 53 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, 63 ss.; J. NOSEDA, 71 ss.; G. BONIFACIO, 77 ss.; AA.VV., *Perspectives of law and culture on the end-of-life legislations in France, Germany, India, Italy and United Kingdom*, a cura di S. Rohlffing-Dijoux e U. Hellman, Baden-Baden 2019; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2017, spec. 17 ss., con articolate riflessioni sulle soluzioni normative della legalizzazione o della depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito e dell’eutanasia nei Paesi europei (Olanda, Belgio, Lussemburgo, Svizzera).

Con riferimento al diritto al suicidio medicalmente assistito, così come configurato dopo la decisione *Carter* da parte della Corte Suprema canadese, si veda B. CHAN, M. SOMERVILLE, *Converting the “Right to Life” to the “Right to Physician-Assisted-Suicide” and Euthanasia*, in *Medical Law Review*, 2016, 143 ss.; quanto, invece, alla opposta soluzione prospettata nello stesso anno dalla *High Court* neozelandese nel caso *Seales*, cfr. S.S. MARTIN, *A Human Rights, Perspective of Assisted Suicide: Accounting for Disparate Jurisprudence*, in *Medical Law Review* 2018, 98 ss.

In relazione alla «non scontata legittimità dell’aiuto al suicidio nella giurisprudenza CEDU», cfr. le preziose osservazioni di L. RISCATO, *L’incostituzionalità «differita» dell’aiuto al suicidio nell’era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in AA.VV., *Il caso Cappato*, cit., 295 ss.

¹⁶ Nessuna introduzione di «un diritto a morire con l’aiuto o per mano di altri» ma piuttosto di «un diritto (“tutto...penalistico”) a non essere punito», ieri di Marco Cappato – in data 23 dicembre 2019

In virtù di due ordini di motivazioni.

Per un verso, il «caso Antoniani-Cappato» non è un caso paradigmatico di suicidio medicalmente assistito. Le persone malate che richiedono l’assistenza medica al suicidio pongono l’accento, in prevalenza, sulle tremende sofferenze di *una vita* che ritengono non più sopportabile. In questo caso, invece, la persona afflitta da una malattia gravissima e irreversibile ha richiesto l’aiuto al suicidio per evitare *una morte* nel sonno, senza dolore e in assenza di coscienza, ma ritenuta “non accettabile”. La sentenza della Corte dunque riesce – con argomentazioni invero «ambivalenti» – ad “aggirare” il vertiginoso tema della legalizzazione del suicidio medicalmente assistito tramite il ricorso ad una equiparazione, “necessariamente malferma”, tra un *diritto* e una *libertà*. Il diritto al trattamento sanitario della sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte (vale a dire, il «diritto di dormire per non soffrire prima di morire»¹⁷), riconosciuto e garantito dalla l. n. 219/2017 anche al paziente che rinuncia al proseguimento di un trattamento di sostegno vitale. La libertà di anticipare la propria morte dopo aver interrotto il trattamento di sostegno vitale, con l’aiuto da parte di un medico “volontario” al suicidio di una persona malata che assume personalmente il farmaco letale.

la Corte d’Assise di Milano ha pronunciato sentenza di assoluzione con la formula «perché il fatto non sussiste» – oggi di un medico pietoso.

“Tanto tuonò che piovve” per chi vede crollare l’argine di un divieto assoluto nei confronti del medico che aiuta a morire il malato, con l’auspicio o con il timore che il “passaggio del Rubicone” conduca prima o poi alla legalizzazione dell’eutanasia.

“Tanto rumore per (quasi) nulla” secondo chi ritiene che la previsione di una mera «rinuncia a punire» renda difficilmente azionabile la richiesta di avvalersi di un’assistenza medica al suicidio.

Tra i primi commenti alla recentissima sentenza n. 242/2019 cfr., con punti di vista anche molto divergenti, M. ROMANO, *Aiuto al suicidio*, cit., 13; F. GIUNTA, *L’insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen*, focus, 25 novembre 2019; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2; C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit.; G. FLORA, *Una domanda a Ferrando Mantovani. A proposito della sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *disCrimen opinioni*, 30 ottobre 2019; M.B. MAGRO, *Fine vita: la Consulta indica quando non è punibile l’aiuto al suicidio*, in *Quotidiano giuridico*, 25 novembre 2019; R. BIN, «Tanto tuonò che piovve». *Pubblicata finalmente la sentenza sull’aiuto al suicidio («caso Cappato»)*, in *laCostituzione.info*, 22 novembre 2019; A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2; C. TRIPODINA, «La circoscritta area», cit.

¹⁷ Il diritto alla somministrazione di sedativi nella modalità «profonda e continua», previsto dalla legge Leonetti-Claeys del 2 febbraio 2016, è stato tradotto in Francia nel «diritto di dormire per non soffrire prima di morire» secondo la formula del deputato Leonetti. Per una lettura del testo dell’art. L1110-5-2 (istituito dalla l. n. 2016-87 del 2 febbraio 2016, art. 3) si veda République française, *Code de la santé publique* (<https://www.legifrance.gouv.fr>).

Per altro verso, è radicata convinzione di chi scrive che l'introduzione di una disciplina dell'assistenza medica a morire esige una decisione da parte del legislatore. Si tratta di effettuare un'autentica opera di bilanciamento, di fronte alla richiesta di essere aiutato a morire indotta da situazioni drammatiche, tra il diritto all'autodeterminazione della persona malata e il diritto ad una tutela effettiva dei pazienti in condizioni di sofferenza: «la richiesta di assistenza medica a morire non deve mai essere una scelta obbligata come avverrebbe laddove uno stato di sofferenza, che oggettivamente sarebbe mutabile e riducibile, fosse reso insuperabile dalla mancanza di un supporto e assistenza adeguati»¹⁸. Un'"onesta" opzione riformatrice presuppone allora una valutazione concreta ed approfondita della realtà sanitaria del nostro Paese da parte del Parlamento. I principi del (bio)diritto penale, e il suo carattere di laicità¹⁹, devono essere invocati per opporsi all'idea che questo complesso e delicato bilanciamento non possa o non debba mai essere effettuato.

Ora, il legislatore democraticamente eletto può anche "decidere di non decidere" e assumersi la (non) responsabilità, nella sua libera valutazione politica, di rinviare un simile "travaglio". Ciò varrebbe a maggior ragione nella realtà italiana caratterizzata dalla *necessità* di dare una piena attuazione al recente e significativo intervento del legislatore sulle tematiche di fine vita (la "buona legge buona" n. 219/2017²⁰). Ma anche sul versante "normativo" – come su quello "fattuale" – occorre prendere atto di una anomalia, in questo caso del sistema penale ita-

¹⁸ Così la posizione c) nell'ambito del documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, 24-26 (in *bioetica.governo.it*) redatta da chi scrive (CANESTRARI, DA RE, § 5, *Opinioni etiche e giuridiche all'interno del CNB. Posizione c)*). Sul punto, si veda anche *infra*, par. 9. Per un'autorevole adesione a questa posizione, cfr. C. VIAFORA, *Fine vita: un'istruzione delle questioni etiche più dibattute*, in C. VIAFORA, E. FURLAN, S. TUSINO, *Questioni di vita. Un'introduzione alla bioetica*, Milano 2019, 343 s. nt. 52.

¹⁹ Sul tema, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., spec. 11 ss.; 63 ss.; ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/ 2018, 55 ss.

²⁰ Sul punto si veda S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 975 ss.; ID., *La legge 219 del 2017*, cit., 11. Tra i commenti della l. n. 219/2017 si segnalano nella letteratura giuspenalistica, O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 917 ss.; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo in avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2302 ss. Nell'ambito di lavori monografici cfr. le riflessioni di A. NAPPI, *Principio personalistico e binomi indissolubili. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Napoli 2018, 188 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, 55 ss.

liano. In assenza di una scelta legislativa del nostro Parlamento si applicano le disposizioni incriminatrici del codice penale del 1930, che non prevedono alcuna disciplina dell’eutanasia e dell’aiuto medico al suicidio e che danno luogo ad esiti sanzionatori di rigore così intenso da apparire assolutamente censurabili sotto il profilo della ragionevolezza-proporzione²¹.

In sintesi. La sentenza n. 242/2019, “ristretta” nell’ambito di un angusto orizzonte penalistico, risulta modellata su un caso che “non è” – paradigmatico di – un suicidio medicalmente assistito inquadrato all’interno di una disposizione incriminatrice redatta in un’epoca in cui l’“enigma” del suicidio medicalmente assistito non esisteva neppure.

Muovendo da presupposti “infelici” e da un “contesto” caratterizzato da una duplice anomalia, la sentenza n. 242/2019 riesce comunque a giungere – come vedremo – ad una riformulazione “plausibile” della fattispecie di cui all’art. 580 c.p. Di fronte all’ambivalenza del termine suicidio – medicalmente assistito – e alla vetustà dell’art. 580 c.p., la Consulta è pienamente consapevole della necessità che una “riscrittura” della fattispecie comporta in realtà una sua “duplicazione”. Il concetto tradizionale di “suicidio” e quello recente di “suicidio medicalmente assistito” non sono gemelli che possono sopravvivere congiunti: occorre un intervento chirurgico che provasse a “distinguere” ciò che non potrà mai essere del tutto “separato”, “i tormenti del corpo e le ferite dell’anima”²².

3. L’intervento di “separazione” e “duplicazione” dell’art. 580 c.p. Le “ferite dell’anima” e le tipologie tradizionali di suicidio.

La parziale declaratoria di incostituzionalità dell’art. 580 c.p. mi impone di riprendere alcune considerazioni già svolte in un saggio dove si analizzavano le tematiche di fine vita anche alla luce dell’ordinanza n. 207/2018²³.

La rilettura dell’art. 580 c.p. da parte della “doppia pronuncia” della Consulta conduce alla conclusione che l’incriminazione dell’aiuto al suicidio non si può ritenere, in quanto tale, in contrasto con la Costituzione. La sentenza 242/2019

²¹ Da tempo e più volte chi scrive ha sottolineato la necessità di un intervento del nostro legislatore: per un’illustrazione dei benefici e dei rischi delle possibili direttrici di riforma, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 97 ss.

Una chiara disamina della genesi dell’art. 580 c.p. e della sua collocazione all’interno del sistema penale, anche in rapporto all’omicidio del consenziente, in S. SEMINARA, *L’art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in AA.VV., *Il caso Cappato*, cit., 307 ss.

²² V. S. CANESTRARI, *I tormenti*, cit., 37 ss.

²³ V. S. CANESTRARI, *I tormenti*, cit., 37 ss., in part. §§. 7 e 8 (48-55).

– la “doppia pronuncia” – della Corte costituzionale giustifica l’incriminazione dell’aiuto al suicidio sulla base di un paternalismo “indiretto” definibile “debole”²⁴; vale a dire un intervento dell’ordinamento compatibile con un diritto penale di orientamento liberal-democratico, in quanto interviene a proibire condotte autolesive – ovvero condotte offensive in presenza del consenso dell’interessato – quando non siano sorrette da una scelta realmente libera e responsabile (e qui non appare necessario ricorrere alle categorie del “paternalismo”) oppure vi è un dubbio, fondato e ragionevole, che non siano sorrette da una scelta autenticamente libera (“*soft paternalism*”).

Ed eccoci ad una questione che ritengo *cruciale* e su cui vorrei riproporre alcune mie riflessioni che hanno contribuito alla discussione pubblica successiva all’ordinanza n. 207/2018. In sintesi: l’individuazione dei criteri in base ai quali considerare la scelta e la conseguente condotta suicidaria realmente autonoma e libera.

Il problema è decisivo e ne è ineludibile, in via preliminare, l’esame: come è stato più volte ribadito, in un’ottica laica e liberale l’accertamento della volontarietà della scelta deve porsi come priorità assoluta, con l’avvertenza che più la condotta è autodannosa e rischiosa più elevati debbono essere lo *standard* della volontarietà e lo *standard* dell’accertamento²⁵.

Il mio intento è quello di non concludere qui il discorso e di assumere il compito – che ritengo essenziale nell’ambito di una scienza penale integrata – di “dialogare” con quei campi disciplinari che più direttamente si occupano del suicidio e da cui sarebbe lecito attendersi indicazioni utili ai nostri fini. Gli studiosi più rigorosi – medici, psichiatri, psicologi, sociologi, giuristi, filosofi, teologi, bioeticisti – muovono dall’elaborazione di una tassonomia, di una classificazione

²⁴ Per la distinzione tra forme di “paternalismo *hard*”, non più accettabili per la loro connotazione autoritaria, e forme di paternalismo “moderato” o “limitato” conciliabili con un liberalismo penale non dogmatico, ma “maturo” e “cauto” cfr. l’opera di J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3, *Harm to Self*, Oxford, 1986, 14, ripresa, con chiarezza, da G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227 ss. Sul tema v. ora il recentissimo saggio di M. ROMANO che definisce in modo efficace l’art. 580 c.p., «rigore di confini e di penalità a parte», «norma moderatamente (e indirettamente) paternalistica» (*op. cit.*, 4).

²⁵ In argomento, cfr. le considerazioni di L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, Torino 2008, 53 ss.; A. MANNA, *Artt.579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l’eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, I, Padova 2007, 48; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, 202 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna 2008, 101 ss. Più di recente cfr. anche le opportune considerazioni con accenti problematizzanti di O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., 917 ss.

dei tipi di suicidio. A titolo esemplificativo: suicidio patologico, anomico, non intenzionato/intenzionato/subintenzionato, panico, altruistico, collettivo, egoistico, passivo, cronico, religioso, politico, liberatorio, espiatorio, intellettuale, umanitario, emotivo, razionale, ludico, sentimentale, simbolico, e l’elenco potrebbe continuare, così come potrebbero essere riviste alcune denominazioni a seconda della prospettiva dei diversi autori.

Un’approfondita analisi di queste indagini mi consente, pur di fronte alla varietà delle posizioni e alla molteplicità dei punti di osservazione, di formulare alcune considerazioni.

Dagli angoli visuali delle diverse discipline la prevenzione del suicidio è una finalità centrale: la maggioranza degli studi sono stati svolti allo scopo di raccogliere informazioni utili a prevenire la condotta suicidaria.

Ciononostante, queste indagini rimangono sostanzialmente “all’esterno” e la loro efficacia è relativa, in quanto anche le disamine più raffinate non riescono a dare conto del coinvolgimento della psiche nella condotta suicidaria. Occorre sottolineare che nella maggioranza dei casi il suicidio ricorre in situazioni umane comuni e non – come sarebbe tranquillizzante pensare – negli psicotici ospedalizzati: ogni suicidio ha il suo particolare, individuale lato d’ombra.

La conoscenza che abbiamo del suicidio è sempre incompleta, ogni definizione netta è prematura: la “comprensione” del suicidio è un problema ma è e rimarrà soprattutto un mistero.

Ciò trova conferma anche nei contributi della disciplina che ha maggiori risorse per ascoltare le sofferenze dell’anima dell’aspirante suicida, cioè la psicoanalisi, la psicologia del profondo: «Un’indagine svolta dalla prospettiva analitica si differenzia da altri tipi di ricerca in quanto non si propone né di condannare né di condonare il suicidio, anzi neppure di esprimere un giudizio ma semplicemente di comprenderlo come un evento della realtà psichica»²⁶.

Tuttavia, anche quando la psicoanalisi ha l’effetto di prevenire il suicidio – come per fortuna talvolta accade²⁷ – essa non può contribuire a formulare una serie di regole per stabilire se una scelta suicidaria sia realmente libera, a causa dell’unicità e irripetibilità della relazione analitica.

Se il suicidio – letteralmente “uccisione di se stesso” – è un attacco alla vita del proprio corpo, l’unicità della tragedia non può essere sottoposta a verifica.

²⁶ J. HILLMAN, *Il suicidio e l’anima*, Milano 2010, 121 ss. (la prima edizione è del 1965, mentre la seconda, con *postscriptum* del 1997).

²⁷ «Quando l’impulso alla morte fisica è stato vinto e assorbito dalla sua realizzazione all’interno della psiche» (J. HILLMAN, *op. cit.*, 137) gli psicoanalisti parlano di un’autentica “rinascita” dell’aspirante suicida.

Anche la psicoanalisi non può – né peraltro intende – elaborare regole per stabilire quando il suicidio, o “quel suicidio”, sia una “chiamata” di un Sé libero e autonomo.

Insomma, ritengo non solo difficilmente ipotizzabile un accertamento di una volontà suicida libera ed autonoma, ma neppure che esista la figura di un “valutatore”, di un “perito”, di un “esperto” che sappia valutare l’intensità e la “curabilità” delle ferite della nostra anima²⁸. Questa riflessione mi porta a ritenere che nessuno – giudici, psichiatri, psicoanalisti, religiosi, amici, parenti – abbia la facoltà di autorizzare, proibire e nemmeno di facilitare la condotta suicidaria.

L'impossibilità di identificare adeguati strumenti di accertamento per verificare in concreto se la condotta suicidaria si fondi su una decisione libera, autonoma e responsabile mi conduce a condividere il pensiero della “doppia pronuncia” della Corte sulla «perdurante attualità» dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio²⁹. Un simile divieto penale può sopravvivere, peraltro, soltanto nell’ambito di una riforma generale dei delitti contro la vita previsti dal codice Rocco che – intendo sottolineare con chiarezza – danno luogo a esiti sanzionatori così intensi da apparire censurabili sotto il profilo della ragionevolezza-proporzione³⁰.

Per ciò che riguarda i destinatari di tale tutela la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 ripropone la categoria delle persone specialmente «vulnerabili» richiamando quanto affermato nell’ordinanza n. 207/2018.

Sulla base delle considerazioni svolte ritengo preferibile un atteggiamento di cautela nel procedere ad una individuazione dei contesti e delle categorie “più a rischio”. Poiché la scelta suicida è per molteplici aspetti ambivalente e poiché la conoscenza che ne abbiamo è comunque assai limitata, ogni classificazione appare parziale: la psiche di ciascuno di noi può contenere un’eterna primavera di crescita e un inverno senza fine di depressione e di disperazione³¹.

²⁸ Cfr. il volume collettaneo R. TATARELLI, M. POMPILI (a cura di), *Il suicidio e la sua prevenzione*, Roma 2008, *passim*; M. POMPILI, *La prevenzione del suicidio*, Bologna 2013, *passim*; M. BIONI, A. IANNITELLI, S. FERRACUTI, *Sull'imprevedibilità del suicidio*, in *Rivista di psichiatria*, 2016, 167 ss.; L. PAVAN, *Esiste il suicidio razionale?*, Roma 2009, *passim*.

²⁹ La sentenza n. 242/2019 (*Considerato in diritto*, § 2.2.) ripropone quanto affermato con nettezza nell’ordinanza n. 207/2018.

³⁰ Sul punto si rinvia a quanto detto in S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 97 ss. e alle osservazioni svolte nel paragrafo precedente.

³¹ In questa sede mi limito a riportare un dato del rapporto *OMS World Health Statistics 2018*: nei Paesi europei il suicidio è tra le prime cause di morte nei giovani tra 14 e 25 anni. https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/.

4. I tormenti e “i diritti” del corpo di fronte alla richiesta di assistenza a morire

A questo punto del mio discorso devo riformulare il quesito che considero centrale – e preliminare ad ogni ulteriore riflessione – nell’ambito delle situazioni nelle quali la Corte ritiene che la repressione penale dell’aiuto al suicidio entri in contrasto con i principi costituzionali.

Vale a dire: è possibile accertare la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli (di autodeterminarsi) nel richiedere la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte da parte di pazienti (a) affetti da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trovano assolutamente intollerabili i quali (c) sono tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale?

Non posso neppure accennare alla questione – profonda e ramificata – della “reciproca relazione” tra anima e corpo. Tutti noi comunque sappiamo che esiste un legame tra le “sofferenze dell’anima” e le “sofferenze del corpo”: nell’esperienza concreta non stanno mai in un rapporto di esclusione assoluta. Nelle condizioni delineate dalla “doppia pronuncia” della Corte, a differenza di quelle che caratterizzano le tipologie di suicidio esaminate in precedenza, il corpo assume peraltro, indubbiamente, il ruolo di *protagonista* con i suoi diritti – il principio dell’intangibilità della sfera corporea ed il diritto a vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – e i suoi tormenti. Tale *centralità* delle sofferenze e della condizione del corpo del malato mi conduce ad effettuare considerazioni diverse rispetto a quelle relative alle “tradizionali” tipologie del suicidio indotto dal “male dell’anima”. La sussistenza di presupposti “oggettivi” – l’esistenza di una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psichiche intollerabili al paziente tenuto in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale – depone per la possibilità di verificare la libertà di autodeterminazione di una richiesta di assistenza a morire. Siamo in presenza di criteri di accertamento e di una figura in grado di svolgere il procedimento di *verifica*, che non può che essere il medico, magari con l’ausilio di uno psicologo clinico nel caso vi siano dubbi sul pieno possesso delle facoltà mentali della persona malata.

Ed invero, a conferma di quanto detto, la Corte ritiene fondamentale una regolamentazione sulle modalità di verifica *medica* della sussistenza di presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’assistenza a morire e la disciplina del relativo processo medicalizzato³². In attesa di un intervento del Parlamento, la sentenza della Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure pallia-

³² Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.4 riprendendo l’ordinanza n. 207/2018.

tive e sulla sedazione profonda e continua (artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN (Servizio Sanitario Nazionale), sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

5. La presenza del requisito sub c) come “trump card” della “doppia pronuncia” della Corte costituzionale.

Il requisito sub c) – la richiesta di assistenza a morire deve provenire da una persona malata «tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale» – consente alla Corte di “risolvere” (rectius: di “non affrontare”) le questioni più complesse che emergono nel dibattito mondiale relativo alla legalizzazione o alla depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito e delle condotte eutanasiche. Vale a dire: le richieste di assistenza al suicidio di persone malate che si trovino nelle identiche situazioni soggettive descritte dalla Corte, ma che siano per la natura della loro patologia nella condizione di poter rifiutare e/o rinunciare autonomamente a trattamenti sanitari salvavita.

L'introduzione del requisito *sub c)* permette, pertanto, alla Corte di escludere dall'oggetto della sentenza quelle malattie che si prestano per la loro natura ad un accertamento di estrema difficoltà in relazione alla capacità decisionale della persona malata. Di conseguenza, l'opera di verifica del requisito *sub d)* – il soggetto «agevolato» deve essere «capace di prendere decisioni libere e consapevoli» – risulta meno complessa. Ribadisco: da un duplice punto di vista. Per un verso, si dovrà valutare la scelta di rivendicare i diritti e di “spegnere” i “tormenti di un corpo prigioniero” e mai esclusivamente l'intensità di una prostrazione dovuta alle “ferite dell'anima”. Per l'altro, trattandosi necessariamente di *pazienti medicalizzati* è agevole identificare nel *medico* il soggetto che deve comunque essere coinvolto nella procedura di accertamento della «capacità di prendere decisioni libere e consapevoli».

La presenza del requisito *sub c)* consente altresì alla “doppia pronuncia” di “aggirare” le questioni più tragiche e controverse relative ai requisiti richiesti dalla Corte *sub a)* e *sub b)* per accedere all'aiuto medico a morire.

Per ciò che riguarda il requisito *sub a)* – la persona malata deve essere «affetta da una patologia irreversibile» – la questione più discussa riguarda la definizione dello stato patologico come “terminale”. Le soluzioni adottate dai paradigmi normativi che hanno legalizzato o depenalizzato il suicidio medicalmente assistito o le condotte eutanasiche sono molteplici: alcuni Stati degli USA, ad esempio, hanno fatto riferimento ad un “modello oggettivo” prevedendo in modo esplicito che la patologia si trovi allo stadio terminale.

Nel perimetro della «non punibilità» del suicidio assistito tracciato dalla sentenza della Corte tramite il requisito *sub c)*, viene in considerazione un paziente che s'inse-

risce in un processo di fine vita a seguito della rinuncia all’uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali e che ha diritto di beneficiare della sedazione palliativa profonda continua. Dunque, una persona malata che entra necessariamente in una fase terminale dopo aver interrotto i trattamenti di sostegno vitale.

In relazione al requisito *sub b)* il profilo più controverso consiste nella necessità di richiedere che la condizione clinica sia connotata da un persistente stato di sofferenza fisica «e» oppure «o» psicologica. Anche su questa tematica l’opzione della “doppia pronuncia” della Corte – per la disgiuntiva «o» anziché per la congiuntiva «e» – risulta “semplificata” (e “sdrammatizzata”) dalla concomitante presenza del requisito *sub c)*. Il timore che tale scelta dilati eccessivamente l’ambito di non punibilità appare ingiustificato, in quanto la dimensione della “sofferenza fisica” deve ritenersi in una certa misura “connaturata” alla condizione di un corpo dominato da tecnologie biomediche «inimmaginabili» all’epoca in cui fu redatto il codice Rocco.

Ancora. La previsione del requisito *sub c)* finisce per introdurre un’ulteriore condizione “non scritta” per accedere all’aiuto medico al suicidio: la persona malata non è di regola in grado di far cessare da sola la propria esistenza.

Trattandosi di pazienti medicalizzati che si trovano in tale condizione clinica la Corte riesce ad inserire – con motivazioni ambigue – nel novero dei parametri l’art. 32, comma 2, Cost. e ad attribuire rilievo alla disciplina prevista dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017 evitando, al contempo, di prendere una posizione esplicita sui fondamenti della sua decisione.

In definitiva, proprio la concomitanza dei quattro requisiti indicati nella sentenza consente alla Corte di non esaminare con il necessario approfondimento la dimensione *altamente problematica* di un supposto “completamento” di un diritto a rinunciare alla prosecuzione di trattamenti sanitari salvavita con l’accesso al suicidio medicalmente assistito³³.

6. La sentenza n. 242/2019 e gli ulteriori requisiti di natura procedimentale:
- 1) La concreta possibilità della persona malata di sottoporsi alla terapia del dolore e alle cure palliative;
 - 2) L’aiuto al suicidio nell’ambito di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

Ho avuto più volte l’opportunità di sottolineare con favore la sensibilità della legge n. 219/2017 verso il settore della medicina palliativa, indice dell’ormai diffusa consapevolezza che i doveri deontologici e professionali del medico – e de-

³³ Cfr. anche le osservazioni svolte nel par. 2.

gli altri operatori sanitari – si proiettano verso la tutela della salute in un’accezione ampia, nella quale risulta compreso l’alleviamento della sofferenza. Ai fini del nostro discorso val la pena riportare adesso l’intero testo dell’art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita») della l. n. 219/2017, che prevede tre commi: «1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un’appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l’erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38. 2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. 3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

Ora, la Corte nella sentenza n. 242/2019 ha subordinato la non punibilità dell’aiuto al suicidio – in attesa di un indispensabile intervento del legislatore – proprio al rispetto delle condizioni e delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2, l. n. 219/2017)³⁴, nonché della loro verifica da parte del comitato etico territorialmente competente.

La sentenza n. 242 della Corte costituzionale addita, dunque, al legislatore due nuovi requisiti di natura procedimentale, per delimitare in modo più efficace l’area di non punibilità dell’assistenza medica al suicidio: 1) La concreta possibilità della persona malata di sottoporsi alla terapia del dolore e alle cure palliative, compresa la sedazione palliativa profonda continua; 2) L’assistenza medica al suicidio deve avvenire nell’ambito di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

In relazione al primo requisito la sentenza della Corte sottolinea la necessità che alla persona malata, che richiede l’assistenza medica al suicidio, sia obbligatoriamente proposta, come pre-requisito, la presa in carico da parte di strutture della rete palliativa. Al paziente pertanto devono essere offerti in via prioritaria specifici percorsi palliativi, indicando concretamente le strutture sanitarie disponibili e le modalità di accesso; quando i sintomi sono refrattari, in condizioni di

³⁴ Sul punto, si rinvia alla letteratura citata alla nota 19.

inguaribilità e di terminalità o di imminenza della morte, deve sempre essere garantita la possibilità del ricorso alla sedazione palliativa profonda continua. Posto che la sedazione profonda applicata in modo appropriato – con un’adeguata verifica della mancata risposta dei sintomi alle terapie ed un uso proporzionato e monitorato dei farmaci³⁵ – non produce di regola l’accorciamento della vita del paziente ma talora la estende³⁶, non è superfluo porre in evidenza che la l. n. 219 appare in piena sintonia con un documento di fondamentale importanza del Comitato Nazionale per la Bioetica. Nella Raccomandazione n. 2 del parere del CNB sulla “Sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte” (29 gennaio 2016) si afferma, infatti, che «anche il paziente che si inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o rinuncia di uno o più trattamenti sanitari o all’uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali ha diritto di beneficiare della terapia del dolore e in caso di sofferenze refrattarie della sedazione profonda e continua»³⁷. Occorre ora chiedersi come accertare concretamente tale requisito, vale a dire se sia possibile verificare la prospettazione e la effettiva praticabilità della terapia del dolore e delle cure palliative – compresa la sedazione palliativa profonda – nei confronti di chi intende avvalersi dell’aiuto medico al suicidio.

Tale indagine non sarebbe di certo agevole – in particolare nella nostra realtà sanitaria – relativamente alle richieste di assistenza medica al suicidio provenienti da pazienti non ospedalizzati. Diversamente, l’accertamento può essere sicuramente effettuato riguardo alla tipologia di malati individuati dalla Corte costituzionale, che limita l’accesso all’aiuto al suicidio alle persone malate tenute in vita da un trattamento di sostegno vitale, dunque ospedalizzate o comunque in assistenza domiciliare.

Ciò consente anche di verificare l’accertamento dell’ulteriore requisito di natura procedurale – *sub 2*) – vale a dire il rispetto delle condizioni e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo l’intervenuto parere del comitato etico territorialmente competente.

³⁵ Si veda L. ORSI, *Sedazione terminale/palliativa: aspetti etici, quesiti clinici*, in *Riv. it. cure palliative*, n. 2/2012, 1 ss.; per la definizione di «refrattarietà del sintomo» si rinvia alle *Raccomandazioni della Società italiana di Cure Palliative (SICP)* sulla sedazione terminale/sedazione palliativa, 2007, 10.

³⁶ Cfr. E.M. BEUER, M.L. VAN DRIEL, L. MCGREGOR, *Palliative pharmacological sedation for terminally ill adults*, in *Cochrane Database Syst. Rev.*, 2015, 1.

³⁷ CNB, *Sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte*, 29 gennaio 2016, 15, in *bioetica.governo.it*.

7. La sentenza n. 242/2019 e il rischio di generare disorientamento nel dibattito etico e giuridico sulle questioni di fine vita

La concomitante sussistenza dei quattro requisiti di natura sostanziale per avvalersi dell'assistenza medica al suicidio e il rispetto delle condizioni e delle modalità di natura procedimentale indicate dalla sentenza n. 242/2019 appaiono coerenti nella direzione di delimitare il perimetro della non punibilità del suicidio assistito al fine di evitare abusi.

I requisiti, le condizioni e i limiti indicati dalla Corte nella prospettiva regolamentatrice risentono peraltro – come abbiamo già sottolineato – della elusione di alcuni nodi di fondo³⁸, che sono destinati a “ri-emergere” nella discussione pubblica. La sentenza n. 242/2019 rappresenta una tipologia inedita di decisione calibrata sulle peculiarità del caso concreto e, proprio in virtù della specificità della vicenda giudiziaria, rischia di generare ulteriore disorientamento nel dibattito etico e giuridico sulle questioni di fine vita.

Innanzitutto, come ho già osservato, non è agevole ricondurre la condizione esistenziale di Fabiano Antoniani (detto Dj Fabo), nel momento della richiesta di assistenza a morire, alla categoria del suicidio: siamo di fronte ad una persona malata che si è sottoposta per anni a trattamenti sanitari e a terapie sperimentali motivata da un tenace impulso “a vivere” anziché “a morire”. In queste ipotesi si dovrebbe pertanto riflettere sull'opportunità di superare «le trappole semantiche e concettuali legate alla pigra ripetizione del termine suicidio»³⁹.

Di fronte all'impossibilità di procedere ad una differenziazione sul piano della tipicità, il malessere “è raddoppiato” dal fatto che è ancora vigente l'art. 580 c.p. nella formulazione prevista dal codice Rocco, in un'epoca in cui era ancora lontana l'irruzione della tecnica in tutte le stagioni della nostra esistenza.

Non soltanto un suicidio “atipico” e inimmaginabile nel 1930, ma anche “non paradigmatico” rispetto al dibattito mondiale sulla legalizzazione o sulla depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito: le ipotesi principali che vengono in rilievo non riguardano richieste di assistenza al suicidio di persone malate che rinunciano al proseguimento di un trattamento di sostegno vitale e, al contempo, rifiutano la sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte.

Occorre rimarcare il fatto che la sedazione palliativa profonda continua è un trattamento sanitario che avvia la persona malata ad una morte naturale e ha come effetto l'annullamento totale della coscienza e un “sonno senza dolore” fino

³⁸ Si vedano anche le riflessioni svolte al paragrafo 2.

³⁹ Vedi S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, 255, nell'ambito di una riflessione generale sulle questioni di fine vita.

al momento del decesso. La sedazione profonda continua può essere percepita come un’angosciosa conclusione – secondo le parole della sentenza n. 242/2019: «[...] vissuta da taluni come una soluzione non accettabile»⁴⁰ – ma non può certo essere ritenuta una modalità “non decorosa” per accompagnare il paziente nella fase finale della sua esistenza⁴¹.

Sul punto è necessario avere piena consapevolezza, per evitare che la sentenza n. 242/2019 generi disorientamento o equivoci nel dibattito etico e giuridico sulle questioni di fine vita. Il diritto di beneficiare in caso di sofferenze refrattarie della sedazione palliativa profonda non viene garantito in modo omogeneo ed efficace nelle diverse realtà sanitarie del nostro Paese⁴². Anche in questa sede ribadisco con forza che tale diritto fondamentale deve ricevere una piena attuazione perché consente alla persona malata di morire senza dolore nel rispetto della sua dignità.

Tenendo conto anche delle osservazioni appena svolte, appare comprensibile che la “prima pronuncia” della Corte costituzionale – l’ordinanza n. 207/2018 – abbia posto questioni drammatiche e di difficile risoluzione alla classe medica⁴³. Il medico dovrebbe contribuire alla realizzazione della scelta del paziente di accelerare la propria morte pur disponendo di un trattamento sanitario – la sedazione palliativa profonda continua – che non abbrevia la vita e consente di «dormire per non soffrire prima di morire», la cui attivazione però è rifiutata da una persona malata cosciente e in grado di autodeterminarsi⁴⁴. La sentenza n. 242/2019 della Consulta sembra prendere atto che si pone il medico in una situazione di conflitto profondo rispetto ai fini tradizionali della sua professione: pertanto prevede una scelta – e non un obbligo – da parte del medico di utilizzare le proprie competenze per un aiuto al suicidio della persona malata.

Tale presa di posizione conduce la sentenza della Corte a riconoscere e “certificare” un evidente “disallineamento” tra la l. n. 219/2017 e l’ordinanza n. 207/2018. Ed invero, la sentenza n. 242/2019 non ripropone l’idea di introdurre il diritto della persona malata a richiedere l’assistenza al suicidio tramite una modifica della l. n. 219/2017: un “innesto” di difficile attuazione in un tessuto normativo che si è posto l’obiettivo di valorizzare l’“incontro” tra l’autonomia decisionale del paziente e l’autonomia professionale del medico, con la finalità di superare una pervicace

⁴⁰ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, *Considerato in diritto*, § 2.3.

⁴¹ Sottolinea con chiarezza tale aspetto F. GIUNTA, *L’insostenibile sofferenza del vivere*, cit., 2.

⁴² Si vedano anche le riflessioni svolte nel paragrafo successivo.

⁴³ Cfr. gli atti del convegno nazionale “*Il suicidio assistito tra diritto e deontologia*”, che si è tenuto a Parma il 18 ottobre 2019 sotto l’egida della FNOMCeO, in corso di pubblicazione.

⁴⁴ Cfr. M.B. MAGRO, *The last dance*, cit., anche per richiami bibliografici.

visione paternalistica senza mettere in discussione l'immagine tradizionale del medico costitutiva dello sfondo archetipico della sua professione.

La relazione medico-paziente delineata nella sentenza n. 242/2019 non presuppone l'equivalenza – che l'ordinanza n. 207/2018 sembrava prefigurare – tra la situazione in cui la morte sopravvenga per il decorso della malattia, in seguito all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, e l'assistenza al suicidio dove il decesso viene deliberatamente provocato. A questo punto del discorso si possono rileggere con ancora maggiore consapevolezza le parole della sentenza n. 242/2019 anche in riferimento alla questione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario.

La sentenza della Consulta ribadisce che la l. n. 219/2017 riconosce «il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza» e, pertanto, «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente»⁴⁵. Viceversa, introducendo il tema dell'obiezione di coscienza, la sentenza n. 242/2019 afferma che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁴⁶.

Dunque. Il legislatore del 2017 non ha contemplato un'apposita norma che regoli l'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario perché tale opzione sarebbe stata incoerente con una disciplina che intende promuovere e valorizzare una relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico senza necessità di procedere ad un contemperamento tra valori confliggenti. Al contrario, la sentenza n. 242/2019 non ritiene necessario introdurre l'istituto dell'obiezione di coscienza perché non prevede alcun obbligo da parte del medico (e della struttura sanitaria) di utilizzare le proprie competenze per aiutare la persona malata a morire.

8. Non “soltanto” ferite di un'anima, non “ancora” tormenti di un corpo legato ad una macchina

Come si è più volte posto in evidenza la “doppia pronuncia” della Corte costituzionale finisce per affrontare la drammatica e complessa questione del suicidio medicalmente assistito con un approccio “modellato” sul caso di origine «Antoniani/Cappato».

⁴⁵ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, *Considerato in diritto*, § 2.3.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 242/2019, *Considerato in diritto*, § 6 già citato in precedenza al § 2 del presente scritto.

Da più parti viene posto l’interrogativo se possa ritenersi discriminatorio negare l’assistenza medica al suicidio alle persone malate che si trovino nelle identiche situazioni soggettive descritte dalla Corte costituzionale senza che siano, per caratteristiche contingenti della loro patologia, nella condizione di rinunciare al proseguimento di trattamenti di sostegno vitale.

Alcuni settori della letteratura giuridica affermano che sulla base del principio di uguaglianza – nelle forme di non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità – gli ambiti di non punibilità dell’assistenza medica a morire non possono limitarsi alla fattispecie oggetto della «doppia pronuncia» della Consulta: la dipendenza da trattamenti di sostegno delle funzioni vitali non può essere considerata un requisito essenziale. In questa direzione, per ciò che riguarda i requisiti per avanzare una richiesta di aiuto a morire, si ritiene necessaria – in sintonia con le legislazioni dei Paesi che hanno legalizzato il suicidio medicalmente assistito e l’eutanasia – la concomitante presenza di tre requisiti: a) un grave e irreversibile stato patologico accertato; b) un intollerabile stato di sofferenza fisica e/o psicologica; c) una volontà autentica⁴⁷.

Di fronte alla molteplicità e alla diversità delle condizioni cliniche che possono essere oggetto di valutazione in una simile prospettiva, il contributo che posso fornire consiste esclusivamente nel segnalare e porre in evidenza l’estrema problematicità dell’opera di verifica della capacità di prendere decisioni consapevoli da parte della persona malata. Vale a dire: in quali costellazioni di casi il paziente può essere considerato realmente autonomo e dunque la sua richiesta di assistenza medica a morire libera e responsabile?

Nei casi “tradizionali” di suicidio caratterizzato dalle *indecifrabili* “ferite dell’anima” ho sostenuto che non sia possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri,

⁴⁷ Si veda il documento di sintesi del gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire, coordinato dal Prof. Carlo Casonato presso l’Università degli Studi di Trento, *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, in *Biodiritto*, *BLJ*, online first: 11 settembre 2019, 1 ss. Cfr. inoltre le osservazioni di A. VALLINI, *Morire è non essere visto*, cit., 816 ss., laddove auspica una soluzione normativa che ponga su un piano di pari tutela le persone gravemente malate che possono suicidarsi autonomamente, quelle che non potrebbero provvedere direttamente ad attivare il processo letale e quelle che, allo stesso scopo, richiedono l’attività di terzi. Di segno opposto, le riflessioni di L. EUSEBI, secondo il quale non sarebbe auspicabile un intervento parlamentare per estendere l’ambito di ammissibilità dell’assistenza al suicidio, «vanificando in tal modo tutti i *caveat* della Corte costituzionale», e «percorrere fino in fondo il declivio che conduce ad autorizzare l’eutanasia» (L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte Cost. n. 242/2019*, cit., 6 s.). Sui requisiti richiesti dalle proposte di legge in discussione in Parlamento – comma 2, art. 3; C. 1586, artt. 1 e 2 – v. C. CUPPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell’aiuto al suicidio. Spunti e prospettive del caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 19 aprile 2019.

né identificare soggetti in grado di accertare la «genuinità» di una richiesta di assistenza al suicidio. Al contrario, nei casi descritti dalla Corte costituzionale, il medico ha sicuramente le competenze per verificare la validità della richiesta di un paziente, il cui corpo malato e sofferente è tenuto in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale.

Nella vasta gamma di ipotesi nelle quali, invece, la richiesta di assistenza al suicidio proviene da un malato gravemente sofferente per via di patologie che non richiedono trattamenti sanitari di sostegno vitale suscettibili di essere interrotti – e dunque da un paziente anche non morente né nella fase finale della sua esistenza – la questione si presenta estremamente complessa. L'analisi di questa tematica richiederebbe osservazioni approfondite e competenze specialistiche.

In questa sede, mi limito a ribadire con forza che tutti dovremmo concordare con questo assunto di partenza: nell'impostare un confronto tra le diverse posizioni relative all'assistenza medica a morire è la validità della richiesta e non solo l'intensità della sofferenza a costituire il presupposto assolutamente imprescindibile. Nel dibattito tra discipline scientifiche, nel confronto tra le forze politiche, nel discorso pubblico si deve riconoscere in questo elemento il baricentro.

9. Il pre-requisito del coinvolgimento in un percorso di terapia del dolore e di cure palliative: un diritto umano fondamentale

I diversi orientamenti dovrebbero dunque convergere su un aspetto che considero di fondamentale importanza: per garantire un'autentica libertà di scelta nelle decisioni di fine vita, occorre sempre fornire alla persona malata la possibilità di un'adeguata assistenza sanitaria, in particolare tutte le cure palliative praticabili nonché diagnosi e terapie psicologiche e psichiatriche.

Ecco, allora, che manifesto un convinto apprezzamento per le indicazioni della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale laddove ribadisce con chiarezza che: «Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative deve costituire [infatti] “un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente” (come già prefigurato dall'ordinanza n. 207 del 2018)»⁴⁸.

In questa prospettiva assume particolare rilievo il richiamo della sentenza n. 242/2019 al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica – «Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito» – del 18 luglio 2019⁴⁹. La Corte pone in

⁴⁸ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, *Considerato in diritto*, § 2.4.

⁴⁹ Il testo è stato redatto dai Professori Lorenzo d'Avack, Laura Palazzani, Carlo Casonato, Antonio Da Re e da chi scrive (può essere consultato al link <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/riflessioni-bioetiche-sul-suicidio-medicalmente-assistito/>).

evidenza che in tale documento il CNB ha sostenuto, all’unanimità, che la necessaria offerta reale e concreta di cure palliative e di terapia del dolore dovrebbe rappresentare una «priorità assoluta per le politiche della sanità»⁵⁰.

Ragionando diversamente – prosegue la sentenza della Corte costituzionale – si cadrebbe «nel paradosso di non punire l’aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l’effettività del diritto alle cure palliative»⁵¹. Ritengo che quest’ultima affermazione sia di grande significato – anche per una discussione «responsabile» in sede parlamentare – in quanto richiede un effettivo e previo coinvolgimento della persona malata in un percorso di terapia del dolore e di cure palliative.

Questa presa di posizione della Corte costituzionale può dirsi in piena sintonia con l’opinione espressa da chi scrive all’interno del citato documento del Comitato Nazionale per la Bioetica – «Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito» – nell’ambito della posizione c)⁵². Il riferimento è in particolare alla parte centrale di questo «terzo orientamento», il contenuto della quale può essere opportuno qui riportare. «La libertà di autodeterminazione, che deve costituire il presupposto imprescindibile per parlare di una richiesta consapevole di assistenza a morire, è presente solamente in un contesto concreto in cui i pazienti godano di un’effettiva e adeguata assistenza sanitaria, ove possano accedere a tutte le cure palliative praticabili – compresa la sedazione palliativa profonda – e nel quale siano supportati da una consona terapia medica, psicologica e psichiatrica. Accesso alle cure, strutture adeguate e risorse appropriate devono essere garantite a prescindere da quella che sarà la decisione legislativa in materia: la richiesta di assistenza a morire non deve mai essere una scelta obbligata come avverrebbe laddove uno stato di sofferenza, che oggettivamente sarebbe mutabile e riducibile, fosse reso insuperabile dalla mancanza di supporto e assistenza adeguati.

In proposito allora si intende manifestare, proprio in questa sede, la grande preoccupazione riguardo al contenuto del “Rapporto sullo stato di attuazione della l. 15 marzo 2010, n. 38 *“Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore”*”, che il Ministero della Salute ha inviato al Parlamento nel gennaio 2019⁵³. Come si legge con chiarezza nel documento, la qualità e l’offerta assistenziale per le cure palliative in regime residenziale e domiciliare

⁵⁰ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.4 *Considerato in diritto*, laddove riprende il citato parere del CNB, 20.

⁵¹ Corte costituzionale, sent. 242/2019, § 2.4. *Considerato in diritto*.

⁵² CANESTRARI, DA RE, § 5, *Opinioni etiche e giuridiche all’interno del CNB, Posizione c)*, in CNB, *Riflessioni*, cit., 24 ss.

⁵³ http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=2814.

presenta forti disomogeneità sul territorio nazionale, non certo per inadeguatezza dei professionisti sanitari ma per note e gravi carenze strutturali. Ciò si traduce nel fatto che in alcune regioni italiane oggi non viene garantito un diritto umano fondamentale: quello del paziente di ricevere nella fase finale della propria esistenza un effettivo supporto finalizzato al controllo della sofferenza nel rispetto della sua dignità. Si è pienamente consapevoli che una maggiore diffusione e un potenziamento della terapia del dolore e delle cure palliative non possono eliminare del tutto le richieste di assistenza medica a morire, ma potrebbero ridurle in maniera significativa, escludendo quelle dettate da cause legate ad una sofferenza alleviabile. In via prioritaria si intende, dunque, ribadire con forza la necessità di rendere omogeneo l'accesso alle cure palliative sul territorio nazionale»⁵⁴.

Dopo aver messo in rilievo che i concreti pericoli di un “pendio scivoloso” appaiono accentuati nella realtà sanitaria italiana, l'esposizione di questa posizione nell'ambito del documento del CNB si conclude con alcune riflessioni relative al rapporto tra i concetti e gli istituti previsti della l. n. 219/2017 e la questione del suicidio medicalmente assistito. Il riferimento, dunque, è non soltanto alla sedazione palliativa profonda prevista dall'art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita»), ma anche alla disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4) e della pianificazione condivisa delle cure (art. 5) rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta.

«Purtroppo la l. n. 219/2017 non ha ancora avuto piena attuazione e non è ancora sufficientemente conosciuta nella realtà sanitaria del nostro Paese. Ora, è profonda convinzione di chi sostiene tale posizione che l'indispensabile applicazione, valorizzazione e diffusione dei contenuti e degli istituti previsti da tale normativa possa avere un potente effetto preventivo e dissuasivo nei confronti, in generale, delle condotte suicidarie dei pazienti e, in particolare, di moltissime, anche se non di tutte le richieste di suicidio medicalmente assistito (di assistenza medica a morire)»⁵⁵.

⁵⁴ CANESTRARI, DA RE, § 5, *Opinioni etiche e giuridiche all'interno del CNB, Posizione c*, cit., 25.

⁵⁵ CANESTRARI, DA RE, § 5, *Opinioni etiche e giuridiche all'interno del CNB, Posizione c*, cit., 26.

“Bios” e “Zoe” nel diritto. Per una tutela giuridica del vivente non umano

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. *Zoé e Bios*. – 3. La questione animale in filosofia. – 4. Cenni al contributo scientifico. – 5. Il diritto positivo e gli esseri animali: *work in progress*.

1. Breve premessa

Ringrazio la Scuola Superiore della Magistratura per il graditissimo invito a partecipare a questo interessante corso di formazione con tante amiche ed amici per discutere di bioetica e biodiritto. Sono molto lieta che mi sia stato chiesto di occuparmi della tutela del vivente non umano, argomento a me molto caro e che ormai è entrato a pieno titolo nell’ambito della bioetica giuridica.

Sono passati molti anni da quando ho cominciato a studiare i diritti degli esseri animali e devo ammettere che all’inizio era considerato alquanto bizzarro che una giurista, tanto più una costituzionalista, trattasse temi di pertinenza quasi esclusivamente filosofica, dato che la barriera della specie costituiva un vero e proprio confine per gli studi giuridici. La situazione oggi è in via di trasformazione, in effetti l’interesse verso la soggettività animale dal punto di vista giuridico è ancora alquanto circoscritto e i progressi compiuti purtroppo non sono rivoluzionari ma si registrano comunque significativi passi avanti e la considerazione della questione animale da parte del diritto è certamente cambiata rispetto al passato, tanto che ho avuto il piacere di essere invitata, quale esperta, ad un’audizione in Senato in merito alla possibile revisione dell’articolo 9 della nostra Carta costituzionale, al fine di verificare la possibilità di inserire la dignità o senzietà animale proprio nella nostra Costituzione.

La questione animale, quindi non riveste più un ruolo marginale dal punto di vista giuridico ma rientra in un quadro più ampio concernente lo sviluppo e l’affermazione dei diritti fondamentali e del principio di eguaglianza anche al di là della barriera della specie.

Naturalmente non è tutto oro ciò che luccica e ancora oggi si nota come l’approccio giuridico alla ‘questione animale’ sia caratterizzato da un deciso antropocentrismo, l’intera costruzione giuridica ruota infatti sostanzialmente intorno alla

figura dell'essere umano e il diritto ha esaminato la posizione degli esseri animali al massimo in un'ottica protezionistica, per cui gli animali, così come l'ambiente, divengono oggetto di tutela e protezione poiché in tal modo si preservano interessi delle presenti e future generazioni umane. Insomma, trattiamo e a volte tuteliamo animali ed ambiente in modo da garantirci un posto migliore dove poter vivere nell'immediato e da lasciare ai nostri figli domani. I disastri ambientali di cui siamo testimoni dimostrano però che l'atteggiamento marcatamente antropocentrico ha fallito non solo nei confronti dell'ambiente che ci circonda, ormai giunto forse ad un punto di non ritorno, ma anche verso noi stessi e soprattutto per quanto concerne le future generazioni umane che inevitabilmente dovranno gestire un'eredità ambientale decisamente compromessa.

Gli interventi che mi hanno preceduta si sono occupati dell'affascinante e misterioso territorio di confine tra diritto e bioetica, un territorio dove assai spesso il nostro Legislatore sembra smarrirsi perdendo di vista la fondamentale importanza delle c.d. *leggi facoltizzanti* cioè quelle leggi che consentono - a chi lo desidera - il compimento di comportamenti da altri considerati moralmente riprovevoli come ad esempio le unioni tra persone dello stesso sesso, l'interruzione della gravidanza, il fine vita e, oggi più attuale che mai, la gestazione per altri. Non è certo facile per il diritto muoversi nell'ambito di queste fattispecie eticamente sensibili e per questo il Legislatore dovrebbe mostrarsi il meno invasivo possibile, evitando di erigersi a giudice di scelte personalissime (un esempio di ciò che il Legislatore non dovrebbe mai fare è rappresentato dalla Legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita).

Se già le scelte giuridiche appaiono complesse quando riguardano l'essere umano, il quadro si aggrava ulteriormente quando il protagonista è l'essere animale rispetto al quale la tentazione di reificazione è decisamente forte.

2. Zoé e Bios

Prima di approfondire l'approccio del diritto alla questione animale, appare necessario soffermarsi sulla natura della vita o per meglio dire sulle diverse tipologie di vita esistenti. Vi sono infatti almeno due modi di considerare la vita e per comprendere questa bipartizione possiamo appellarci agli antichi Greci, che come noto avevano un linguaggio assai ricco e profondo. I Greci, infatti avevano due termini per dire “vita”: *Zoé* e *Bios*¹. Con il termine *Zoé* si identificava la

¹ Su tale divisione cfr. G. AGAMBEN, *Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005; G. AGAMBEN, *Homo Sacer*, Macerata, 2018; A. FIRENZE, *Dalla Zoe al Bios. Normalizzazione antropologica e naturalizzazione delle gerarchie sociali in Aristotele*, in *Etica & Politica*, XXI, 2019, 2, 517.;

vita animale che si immedesima con il ciclo naturale; cioè quella vita che noi esseri umani condividiamo con il mondo della flora e della fauna e che si può identificare con “l’anima vegetativa e sensitiva” di aristotelica memoria. L’uomo che vive la sua *Zoé* è quell’individuo che appartiene ad una data specie, che ha un corpo da nutrire e che è sottoposto a tutte le necessità che riguardano i viventi, non ultima la morte che non è un evento eccezionale ma fa parte del ciclo stesso della vita. Egli condivide caratteristiche con i vegetali e altre con gli esseri animali: nasce, si nutre, cresce, è dotato di attività percettive e si muove da un luogo all’altro. L’essere umano, in quanto membro della specie umana, ha un valore relativo nel senso che appare sacrificabile rispetto al bene della specie nel suo complesso. La *Zoé* quindi è la vita comune a tutti gli esseri viventi, la pura corporeità che non evolve in un essere sociale, è il vivente non formalizzato nè soggetto a norme e, di conseguenza, rintracciabile soltanto in quegli elementi organici che lo definiscono nella sua fisicità. Accanto a questa vita di pura corporeità si trova il *Bíos* che invece è la vita specifica di ciascun gruppo di esseri viventi, una maniera di vivere regolata, una vita qualificata e tecnica che assume valore soltanto all’interno di un determinato contesto sociale. Il *Bíos* riguarda le facoltà superiori dell’uomo, è la vita orientata agli obiettivi liberamente scelti dalla ragione e dalla sfera affettivo-spirituale di ciascuno, che fanno dell’esistenza della persona qualcosa di unico e irripetibile, con un valore proprio e non riducibile a quello della specie. Il *Bíos* è la vita che l’uomo conduce nel diritto e nella libertà, la dotazione spirituale conferita alla persona dal solo fatto di essere umana e di cui la ragione e le altre suddette facoltà superiori sono manifestazioni ed espressioni più o meno evidenti. La vita umana quindi, pur essendo in parte *Zoé*, la trascende divenendo *Bíos* e acquisendo un valore assoluto che esclude ogni intervento teso ad appropriarsene e/o a manipolarla. L’uomo può nel corso della vita decidere di sé, perché appartiene solo a se stesso, in tal senso l’uomo dovrebbe poter decidere anche sul suo essere in vita.

L’uomo come spiega Aristotele, è un animale razionale dotato di un’esistenza politica, è quindi il suo essere socievole e responsabile che lo differenzia dagli esseri animali, è il suo appartenere alla *polis* che gli permette di accedere alla vita in quanto *Bíos*. Nell’antica Grecia non si parla di vita in riferimento a “quel qualcosa che deve morire o semplicemente sopravvivere”, ma a quell’esistenza che va oltre i confini corporali, per assumere in sé significati e valori riscontrabili soltanto nell’uomo-cittadino, in quell’individuo che essendo membro di una comunità è soggetto a determinati diritti e doveri. È il fattore politico che strappa l’uomo dalla *Zoé* per inserirlo nella vita normata: il *Bíos*.

Una situazione analoga è riscontrabile anche nell’antica Roma e, in particolare, nella condizione dell’*Homo sacer*, nell’accezione non di “sacro”, bensì in quella, speculare, di maledetto. Questa figura, analizzata con precisione nel

testo *Homo sacer* del filosofo Giorgio Agamben², è una figura limite, l'*homo sacer*, infatti, è colui che ha commesso un reato e che, proprio per questo, viene espulso dalla comunità e bandito dalla città. Isolato dall'esistenza civile l'*homo sacer* si presenta spogliato della sua dignità politico/religiosa e quindi relegato ad una mera esistenza materiale e fisica (*Zoé*) che non può più tramutarsi in *Bíos*, e a causa della sua condizione di non cittadino egli risulta uccidibile da tutti. Agamben accosta l'*homo sacer* alla figura del lupo mannaro, e questa animalità contenuta in lui è riconducibile alla perdita del proprio rango sociale e all'impossibilità di potersi ricostituire come soggetto politico, il che significa essere obbligati a esistere solo in quanto corpi organici catturati nella loro finitezza e sottratti al loro valore pubblico.

Le due forme di vita si differenziano anche per il diverso rapporto che intrattengono con il tempo, poiché il tempo della *Zoé* ha un andamento ciclico e ripetitivo che non conosce fine né morte in quanto ogni fine viene riassorbita nell'orizzonte della ripetizione, mentre il *Bíos* si svolge fra una nascita e una morte seguendo il corso del tempo lineare. Il *Bíos* conosce la morte perché la morte è la sua fine, ma anche il punto ultimo e conclusivo dopo il quale si può giudicare una vita nella sua interezza. Per i greci, infatti, nessuno poteva essere considerato felice prima della morte, perché la morte e il morire erano parte integrante della vita.

Questa ricostruzione conduce all'affermazione secondo la quale gli esseri animali non possono condividere il *Bíos* con noi esseri umani, ma restano confinati nella vita biologica o parabiologica, quella vita che Hannah Arendt in *Vita activa* identificava quale “vita stessa” (*life itself*) che esula dal mondo politico e dal racconto³.

La differenza ontologica tra esseri umani ed esseri animali è alla base della diversa considerazione riservata a questi ultimi dalla religione, dalla filosofia e naturalmente dal diritto. La questione animale insomma accompagna la storia del pensiero umano probabilmente da sempre, poiché in tutte le epoche sono rinvenibili riferimenti e tentativi di disciplina del rapporto tra esseri umani ed esseri

² Cfr. G. AGAMBEN, *Homo Sacer*, Macerata, 2018.

³ *Vita activa* è un importante saggio di Hannah Arendt pubblicato negli Stati Uniti nel 1958 con il titolo *The Human Condition* dalla casa editrice University of Chicago Press, tradotto e pubblicato in Italia nel 1964 con il titolo *Vita activa. La condizione umana*. Nel saggio l'autrice, prendendo le distanze da Aristotele e Platone, contrappone la vita attiva alla vita contemplativa. Questi due aspetti della vita sono i due elementi fondamentali della condizione umana. Arendt parla di *condizione umana*, e non di natura umana, poiché ritiene che gli umani sono esseri condizionati da alcuni fattori sia biologici (vitalità, natalità, mortalità), sia storici (mondanità, pluralità), anche se la loro peculiarità consiste nel non essere mai totalmente riducibili a queste condizioni. Cfr. H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2019 (ult.ed.).

animali. Persino Socrate chiese nell'*agorà* una pesante pena per un giovane che si era divertito ad accecare una rondine affermando che costui non sarebbe mai stato un buon cittadino ateniese, perché chi dimostra istinti crudeli verso creature più deboli manca potenzialmente delle capacità di convivenza e di rispetto della vita civile anche verso i propri simili. E ancora, nel Medioevo, gli animali potevano addirittura essere considerati punibili per i reati commessi: si narra infatti che nel gennaio del 1457, in Borgogna, una scrofa e sei maialini furono processati per aver ucciso e divorato un bambino. I maialini in considerazione della loro giovane età, nonché dell'influenza *corruttrice* della madre, furono 'graziati', mentre la scrofa fu ritenuta colpevole e impiccata ⁽⁴⁾. Filosofia, scienza e diritto hanno quindi affrontato la questione animale sviluppando atteggiamenti diversi anche se è comunque evidenziabile una comune volontà di evolvere da posizioni chiuse e sostanzialmente antropocentriche verso una considerazione nuova e maggiormente rispettosa degli esseri animali, seppure tale cammino si sia sviluppato in maniera differente a seconda del periodo storico e del settore di riferimento.

In particolare l'approccio giuridico appare contraddistinto da un deciso antropocentrismo, per cui la tipica autoreferenzialità dei sistemi giuridici costruisce il diritto unicamente intorno alla figura dell'essere umano considerando la posizione degli esseri animali al massimo in un'ottica protezionistica, per cui gli animali divengono oggetto di tutela e protezione solo perché così facendo si preservano interessi umani. La sostanziale chiusura degli ordinamenti giuridici nei confronti degli esseri animali non deve però essere considerata come un dato di fatto immutabile, un ostacolo insormontabile, poiché anche nell'ambito della stessa umanità sono state perpetrate varie forme di discriminazione riservando trattamenti privilegiati solo a particolari categorie considerate meritevoli. Il diritto dunque non nasce perfetto ma necessita di continui aggiustamenti; e così come le diseguaglianze tra esseri umani sono state -almeno in parte- erose dalla lenta ma continua evoluzione dei diritti che si è mossa lungo due differenti direttrici strettamente collegate (cioè l'emergere di nuove necessità sociali e quindi di inedite categorie di diritti e conseguentemente di nuovi soggetti pronti a reclamare tali diritti) è altrettanto possibile che la sorte giuridica degli esseri animali evolva verso situazioni di riconoscimento giuridico, anche tuttora la barriera della 'specie' resiste. L'atteggiamento antropocentrico non è prerogativa esclusiva dell'approccio giuridico, permeando anche la riflessione storico-filosofica e soprattutto quella religiosa; tale comunanza interpretativa, pur se non giustifica la visione giuridica prettamente antropocentrica, facilita comunque la comprensione delle radici dell'antropocentrismo giuridico.

⁴ Su tale episodio cfr. T. REGAN, *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 7.

3. La questione animale in filosofia

Dal punto di vista filosofico, l'approccio antropocentrico trova giustificazione in dati meramente fisici, come ad esempio la posizione dell'uomo eretto e piantato sui piedi ed il possesso delle mani (Platone); e in dati psicologici-razionali, come la razionalità (Aristotele), e viene confermato dalla riflessione cristiana e da una lettura fortemente umanistica della Bibbia, per cui la presunta superiorità umana è sancita dal fatto che Dio ha creato «*l'uomo a sua propria immagine*» (*Genesi*, 1, 26, 28) e che solo l'uomo è dotato di un requisito fondamentale che è l'anima, testimonianza della sua superiorità su tutte le altre creature (Tommaso d'Aquino), giungendo fino alla definizione cartesiana degli animali quali «*bruti privi di pensiero*», cioè creature considerate alla stregua di automi, macchine prive di intelligenza e consapevolezza⁵. Malgrado questa impostazione di partenza, la chiusura verso la sensibilità animale è stata progressivamente sconfessata dai filosofi capaci di andare oltre il dogma antropocentrico consapevoli che questo non coincide necessariamente con la condizione umana: infatti, anche se l'uomo crea l'etica, come ogni altro sistema di valori (tra i quali il sistema normativo), tali “creazioni” non sono obbligatoriamente antropocentrate, e nulla effettivamente osta all'estensione della considerazione morale anche ad altri soggetti per promuovere una visione in cui integrità umana e integrità naturale si richiamano reciprocamente⁶. Si collocano in quest'ottica di apertura le riflessioni filosofiche animaliste a partire dalla “*morale della*

⁵ Vale la pena segnalare come anche in tempi remoti c'è stato chi si è dissociato dalla maggioranza per affermare la sensibilità degli esseri animali, in tal senso cfr. PLUTARCO, *Del mangiare carne*, in *Opuscoli morali*, Firenze, tomo IV, 1820, 207 ss; G. INDELLI (a cura di), PLUTARCO, *Le bestie sono esseri razionali*, Napoli, 1995; A. ZINATO (a cura di), PLUTARCO, *Le virtù degli animali*, Venezia, 1995; L. INGLESE, G. SANTESE (a cura di), PLUTARCO, *Il cibarsi di carne*, Napoli, 1999.

⁶ Allo stesso modo anche la religione cattolica ha modificato il suo approccio di chiusura e durante il pontificato di Giovanni Paolo II, nella *Sollicitudo rei socialis*, il Papa ha spronato i teologi a studiare il rapporto uomo-animale, perché il credente, con una rinnovata responsabilità, deve prendere sul serio la creazione e ha il compito di custodire, coltivare e portare a compimento quanto Dio gli ha consegnato. Ancora, nel corso di un'udienza del mercoledì, nel gennaio del 1990, il Pontefice ha affermato che: «La Genesi ci mostra Dio che soffia sull'uomo il suo alito di vita. C'è dunque un soffio, uno spirito che assomiglia al soffio e allo spirito di Dio. Gli animali non ne sono privi. ... Sotto questo aspetto l'uomo, uscito dalle mani di Dio, appare solidale con tutti gli esseri viventi». Ha ripreso dunque il passo della Bibbia ove si afferma: «c'è un solo soffio vitale per tutti. Non esiste superiorità dell'uomo rispetto alle bestie, perché tutto è vanità» (Qo 3, 19-21). Sul pensiero “animalista” cattolico cfr. B. D'AGUI, *Gli animali nella dimensione divina*, Roma, 1984, 9; M. DAMIEN, *Gli animali, l'uomo e Dio*, Casale Monferrato, 1987; DON M. CANCELI, *Nell'arca di Noè. Religioni e animali*, Padova, 1990; P. DE BENEDETTI, *Uomini e animali di fronte a Dio*, in P. STEFANI (a cura di), *Gli animali e la Bibbia. I nostri fratelli minori*, Roma, 1994.

simpatia”, elaborata alla metà del ‘700, che sottolinea come anche gli esseri animali, nel compiere le azioni quotidiane, proprio come noi umani, evitano il dolore e cercano la gioia⁷; passando alla “*teoria dell’utilità*” che va oltre l’illuminismo razionalistico e astratto sostituendo al criterio della ragione quello più concreto dell’utilità, per cui il fine principale della morale, ma anche del diritto, deve essere quello di cercare di procurare la massima felicità possibile al maggior numero di esseri viventi, animali compresi⁸. Dall’utilitarismo si sviluppa il c.d. ‘*neoutilitarismo*’⁹ di Singer che teorizza l’applicazione del principio di eguaglianza al rapporto uomo-animale al fine di contrastare quella subdola forma di diseguaglianza costituita dallo “*specismo*”¹⁰. Ma la riflessione filosofica non si è fermata all’applicazione del principio di eguaglianza, arrivando bensì a teorizzare la necessità di riconoscere specifici diritti soggettivi agli esseri animali, diritti ai quali corrispondono veri e propri obblighi del genere umano, è questa la “*teoria del valore*”, basata sul fatto che i diritti si fondano sul valore inerente dell’essere che intendiamo far rientrare nella sfera morale, valore che costituisce una caratteristica oggettiva di quell’essere, tale da renderlo non solo degno di rispetto ma titolare di diritti in sé e per sé. Qualsiasi individuo, ‘animale umano’ o ‘animale non umano’, ha quindi diritto ad eguale rispetto in quanto è egualmente dotato di valore inerente, indipendente dalle valutazioni o dai desideri, dagli interessi o dalle preferenze degli altri¹¹.

⁷ Cfr. D. HUME, *Della ragione degli animali*, in T. REGAN, P. SINGER (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 73.

⁸ Cfr. J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789.

⁹ Cfr. P. SINGER, *In difesa degli animali*, Roma, 1987; IDEM, *Liberazione animale*, Milano, 2003.

¹⁰ Lo specismo segna il confine ultimo della morale, il limite al di là del quale nessuna creatura vivente ha importanza per l’uomo. Come il razzista attribuisce maggior peso agli interessi dei membri della sua razza ed il sessista favorisce gli interessi del proprio sesso, così lo “specista” permette che gli interessi della sua specie prevalgano sugli interessi dei membri di altre specie. Il termine “specismo” è stato coniato da RYDER che già nel 1970 aveva pubblicato un *pamphlet* dal titolo *Speciesism*, termine ripreso nei suoi lavori successivi per i quali cfr. R.D. RYDER, *The Struggle against Speciesism*, in D. PATERSON, R.D. RYDER, *Animal Rights. A Symposium*, London – New York, 1979; IDEM, *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*, Oxford, 1989.

¹¹ La teoria del valore elaborata da Regan definisce i soggetti di vita affermando: «*Gli individui sono soggetti-di-una-vita se sono in grado di percepire e ricordare; se hanno credenze, desideri e preferenze; se sono in grado di agire intenzionalmente in vista del soddisfacimento dei propri desideri e del conseguimento dei propri obiettivi; se sono senzienti e hanno una vita emozionale; se hanno il senso del futuro e, in particolare, del proprio futuro; se hanno un’identità psicofisica nel tempo e se sono in grado di avere esperienze di benessere individuale in un senso indipendente dalla loro utilità per gli altri e dal loro essere oggetto dell’interesse altrui*». Cfr. T. REGAN, *I diritti animali*, Milano, 1990, 358 ed anche T. REGAN, *Defending Animal Rights*, Urbana and Chicago, 2001.

Muovendo dalla considerazione del valore inerente degli esseri animali una parte del pensiero filosofico più moderno si è concentrata sulla questione eminentemente giuridica della proprietà degli esseri animali, sottolineando come il diritto occidentale manifesti una sorta di schizofrenia giuridica nel momento in cui si preoccupa di tutelare alcuni animali a cui però continua a riconoscere lo *status* giuridico di mera proprietà¹². Si contesta quindi da più parti la visione dell'animale quale oggetto, dovuta al fatto che gli animali sono stati considerati tra gli indicatori della ricchezza dall'uomo e, dunque, mere proprietà alla pari di qualsiasi altro bene materiale; lo stesso assistenzialismo nei confronti degli animali, espressione sostanziale dell'utilitarismo, nasconde una logica di utilità e sfruttamento, che nei contesti più disparati induce a disporre liberamente degli esseri animali nei contesti più disparati: dall'alimentazione, al divertimento, al vestire, alla sperimentazione, non garantendo una reale ed efficace tutela agli animali non umani. In tale ottica, l'unica strada percorribile sembra essere quella di andare oltre ogni distinzione, e dunque anche oltre la barriera della specie, al fine di riconoscere agli esseri animali lo *status* di soggetti anziché quello di oggetti¹³. La riflessione filosofica più recente mette a confronto due visioni differenti: da un lato il protezionismo animale (o *welfarism*) che giustifica in alcune circostanze l'utilizzo degli animali a patto che però che si costruisca un diritto *science-based* fondato sul benessere animale¹⁴; e, dall'altro, l'abolizionismo, secondo cui invece gli esseri umani non hanno nessun diritto né morale né legale di utilizzare gli animali, anche se la società continua a rivendicare il dominio sugli animali stessi con argomentazioni differenti a seconda del contesto e della latitudine.

¹² Cfr. G.L. FRANCIONE, *Animals, Property and the Law*, Philadelphia, 1995.

¹³ Cfr. G.L. FRANCIONE, A. CHARLTON, *Mangia con consapevolezza. Analisi sulla moralità dello sfruttamento degli animali*, Logan, 2014-2015, in cui si afferma in maniera assai decisa che: “...abbiamo l'obbligo morale di non imporre inutili sofferenze agli animali...siamo tutti d'accordo che la sofferenza inflitta ad animali solo perché ci procura piacere, o perché lo troviamo divertente o conveniente, non è necessaria”. Gli autori sostengono che non è necessario essere animalista per dimostrare che il veganismo rappresenti un obbligo morale, ma l'unica necessità è quella di riconoscere agli animali una valenza morale.

¹⁴ In tale ottica cfr. D. FRASER, D. WEARY, E.A. PAJOR, B.N. MILLIGAN, *A Scientific Conception Of Animal Welfare That Reflects Ethical Concerns*, in *Animal Welfare*, Vol. 6, n. 3, Agosto 1997, 187, in cui si afferma “La ricerca scientifica sul benessere animale trae origine prima di tutto dall'interesse etico attorno alla qualità della vita degli animali e l'opinione pubblica guarda alla ricerca scientifica sul benessere animale come ad un punto di riferimento importante. La concezione del benessere animale impiegata pertanto deve rispecchiare da vicino questo interesse”.

Come evidenziato, la riflessione filosofica è stata capace di prendere le distanze dalla considerazione degli esseri animali quali ‘bruti privi di pensiero’ anche se la questione animale è stata affrontata quasi esclusivamente dai filosofi morali e sostanzialmente trascurata dalla filosofia politica che ha cominciato solo recentemente ad occuparsene elaborando una sorta di “svolta politica” nell’etica animale al fine di evidenziare i confini della questione animale ed indagare se esista un sistema politico più adatto alla protezione degli esseri animali e favorevole al loro riconoscimento quali soggetti del diritto¹⁵. Questo percorso è appena agli inizi ma potrebbe essere di grande aiuto per la costruzione di una legislazione sensibile e rispettosa della questione animale senza tuttavia abbracciare il fondamentalismo abolizionista difficilmente conciliabile con la centralità dell’essere umano nella costruzione giuridica. In effetti le riflessioni abolizioniste, come spesso accade quando si sposa una posizione decisamente rigida se non oltranzista, appaiono destinate a rimanere confinate nel dibattito filosofico morale e difficilmente trasferibili a quello giuridico poiché non basta affermare una valenza morale degli esseri animali per stabilire ad esempio l’obbligatorietà giuridica del veganismo. Certo ci si può continuare a muovere su un piano meramente morale, ma se si vuole modificare lo *status* degli esseri animali allora è necessario superare l’approccio legato alla morale e provare a confrontarsi con le possibilità giuridiche applicabili agli esseri animali, altrimenti il rischio è che ad una costruzione morale così rigida non corrisponda in realtà alcun progresso nella condizione effettiva degli esseri animali e ci si continui solo a confrontare con ciò che sarebbe giusto fare, rimanendo ancorati nella pratica ad un deciso antropocentrismo.

4. Cenni al contributo scientifico

Anche la scienza medica in generale e l’etologia in particolare sono state capaci abbandonare la presunzione antropocentrica arrivando a riconoscere agli

¹⁵ Sulla svolta della filosofia politica rispetto alla questione animale cfr. D. NIBERT, *Animal Rights/Human Rights: Entanglements of Oppression and Liberation*, Lanham, 2002; R. GARNER, S. O’SULLIVAN (a cura di), *The political turn in Animal Ethics*, Lanham, 2016 e L. CAFFO, *Il male non fa la rivoluzione. Il nuovo manifesto per un antispecismo debole*, Milano, 2016 in cui l’autore tratteggia un interessante dialogo tra l’antispecismo debole e quello politico, queste due posizioni appaiono contrapposte ma comunque in dialogo tra loro, l’antispecismo debole rimprovera all’antispecismo politico di ritenere necessaria la liberazione animale poiché implica la liberazione umana e per questo ogni movimento di liberazione sociale dovrebbe farsi carico della causa antispecista legando situazioni assai diverse e dando per scontato che da una liberazione ne consegua necessariamente un’altra. L’autore mira a fare emergere invece una proposta nuova volta ad un ripensamento generale del posto dell’uomo nel pianeta, un approccio specifico e non la costruzione di un’etica generale.

esseri animali livelli differenziati di soggettività, partendo da un livello minimo fondato sulla sensibilità quale zona della dimensione cognitiva, che non è più mera sensazione ma coinvolge l’emotività, fino a giungere a livelli di vera consapevolezza di sé¹⁶. Ormai è infatti scientificamente dimostrato che anche gli esseri animali sono intelligenti e soprattutto capaci di modificare i propri comportamenti per proteggersi da pericoli e per garantirsi condizioni di vita migliori, esattamente come ha sempre fatto l’essere umano. Gli animali individuano e riconoscono il pericolo e sono anche in grado di pensare al futuro e di organizzarsi (decisamente emblematico il comportamento dello scimpanzè Santino, ospite dello zoo di Furuvik in Svezia, che ogni mattina accumulava sassi in pile ordinate per poi poterli tirare, nel pomeriggio ai visitatori). Il darwinismo ha dimostrato che gli esseri animali sono intelligenti, e si differenziano sulla base di specializzazioni, per cui ogni specie ha costruito un proprio modo di elaborare le informazioni e risolvere i problemi, in quest’ottica è corretto parlare di differenze a livello intellettuale, ma più dal punto di vista qualitativo che da un punto di vista quantitativo, l’intelligenza infatti non è una sola, ne esistono di diversi tipi a seconda della specie presa in considerazione¹⁷.

5. Il diritto positivo e gli esseri animali: *work in progress*.

L’evoluzione compiuta dalla riflessione filosofica e dall’approccio empirico scientifico hanno dimostrato che anche per gli esseri animali la vita non è solo *Zoé*, cioè solo pura corporeità destinata a non manifestare mai una dimensione sociale: anche gli animali infatti partecipano alla vita quale *Bios*, hanno regole, comportamenti indotti dalle necessità del momento, contesti sociali e in questo senso anche gli esseri animali sono contraddistinti da un valore proprio, valore inerente che andrebbe dunque riconosciuto anche dai sistemi giuridici. Tale riconoscimento giuridico non è però né scontato, né automatico, ed infatti un esame dei diversi ordinamenti dimostra, nella maggior parte dei casi, come il pensiero

¹⁶ Si segnalano gli esperimenti che grazie ai più moderni sistemi diagnostici hanno dimostrato come anche i cani provano emozioni e sentimenti e che essi risiedono nella stessa area del cervello -il nucleo caudale- di quelli dei ‘superiori’ esseri umani. Cfr. B. CYRULNIK, É. DE FONTENAY, P. SINGER, *Anche gli animali hanno diritti*, Parigi, 2013.

¹⁷ Sul contributo di scienza ed etologia all’evoluzione del concetto di essere animale cfr. C. DARWIN, *I poteri mentali dell’uomo e quelli degli animali inferiori*, in *L’origine dell’uomo e la scelta in rapporto al sesso*, Milano, 1926; K. LORENZ, *L’anello di Re Salomone*, Milano, 1982; M. MIDGLEY, *Perché gli animali. Una visione più “umana” dei nostri rapporti con le altre specie*, Milano, 1985; P. CAVALIERI, P. SINGER (a cura di), *Il progetto grande scimmia. Eguaglianza oltre i confini della specie umana*, Milano, 1994.

giuridico sia rimasto sostanzialmente ancorato a posizioni difensive della prerogativa umana, laddove proprio il diritto potrebbe (o meglio dovrebbe) costituire lo strumento per abbandonare l'autoreferenzialità antropocentrica e affermare una considerazione nuova degli esseri animali, non in un'ottica protezionistica volta a preservare interessi umani presenti e futuri, ma al fine di riconoscere la dignità degli esseri animali non umani¹⁸.

L'approccio 'difensivo' del diritto appare ancora oggi riconducibile alla considerazione cartesiana degli animali quali esseri mancanti di razionalità, in grado di agire solo in base all'istinto, esseri che non possono comprendere ed utilizzare a proprio vantaggio eventuali riconoscimenti giuridici in quanto privi delle facoltà intellettive tipiche umane e soprattutto della capacità di linguaggio e per questo è inutile ed anche giuridicamente fuorviante riconoscere loro soggettività giuridica. Tali affermazioni sono però non solo superficiali, considerando le reali capacità di interazione e comprensione tipiche degli esseri animali, ma anche pericolose nei confronti degli stessi esseri umani poiché renderebbero proponibile il paradosso per cui gli esseri umani mancanti di queste facoltà potrebbero essere privati di tutela giuridica: si pensi ai c.d. esseri umani non propriamente 'paradigmatici' quali bambini, anziani, incapaci, malati che seppure non sono in grado di reclamare del tutto o in parte i propri diritti ed avanzare pretese sono comunque dotati di capacità giuridica, titolari di situazione giuridiche e coadiuvati, ove necessario, da apposite figure quali tutori e curatori. Affermare che gli esseri animali, in quanto privi di alcune qualità tipiche degli esseri umani, non possono avere rilevanza giuridica, significa mettere a rischio la soggettività giuridica anche di alcuni esseri umani.

Un ulteriore ostacolo che viene frapposto al riconoscimento della soggettività giuridica animale concerne le difficoltà relative al novero dei diritti eventualmente ascrivibili agli esseri animali, impedimento in realtà facilmente superabile se ci si concentra sui diritti della personalità - cioè quelli congiunti agli interessi di cui esseri umani non paradigmatici ed esseri animali sono portatori - diritti numericamente limitati e di facile definizione, tra cui spicca il diritto alla vita, alla cui base si trovano i desideri, gli scopi e le diverse propensioni e preferenze di ogni

¹⁸ L'espressione "animale non umano" rimarca la circostanza per cui quelli che vengono definiti animali, sono animali proprio come lo siamo noi umani, da un punto di vista biologico infatti non vi è discontinuità tra l'essere umano e gli altri animali, tale discontinuità esiste invece dal punto di vista culturale poiché *"la categoria animale è cioè funzionale non tanto a conoscere o esperire il mondo dei viventi quale esso è, quanto piuttosto a costruire una linea di separazione tra l'antroposfera da un lato e la zoosfera dall'altro"*. Su tale riflessione cfr. P. LI CAUSI, *Gli animali nel mondo antico*, Bologna, 2018, 15.

essere vivente. È pur vero che il diritto alla vita degli esseri animali si presenta -allo stato attuale- quale diritto relativo, un diritto *prima facie*, non assoluto, in quanto esistono delle circostanze in cui esso può essere disatteso poiché il bilanciamento con alcuni interessi umani comporta inevitabilmente la soggezione del primo ai secondi, ma la relativizzazione del diritto alla vita animale non dovrebbe tradursi nel rimettere l'esistenza animale alla completa discrezionalità umana, bensì dovrebbe condurre alla determinazione di un contenuto minimo inviolabile, che non potrà in nessun caso essere sacrificato, stabilendo con chiarezza quali interessi umani in eventuale conflitto con quelli animali sono destinati a prevalere, assicurando in tal modo agli esseri animali una vita dignitosa, libera il più possibile da inutili sofferenze e consona alle proprie caratteristiche etologiche. Il bilanciamento tra diritti, la relativizzazione tra posizioni giuridiche, non costituiscono eccezioni costruite ad arte solo nell'ambito della possibile soggettività animale ma sono tipiche anche della soggettività giuridica umana: lo stesso diritto alla vita umana infatti, pur considerato il primo tra i diritti fondamentali, e come tale proclamato nelle Carte internazionali e sovranazionali, non può considerarsi un diritto assoluto dovendo convivere con ipotesi quali la pena di morte, l'esercizio del diritto di difesa, l'interruzione della gravidanza, fino all'esercizio dell'autodeterminazione per porre fine ad un'esistenza non considerata più dignitosa e consona rispetto alla natura umana. Il diritto alla vita quindi, seppure primo tra i diritti inviolabili, presenta profili di 'violabilità' legalizzata anche per lo stesso essere umano.

Ma cosa può fare l'ordinamento giuridico per tutelare concretamente il diritto alla vita, una vita che è insieme *Zoé* e *Bios*, anche per gli esseri animali oltre che per gli esseri umani? Il primo passo è quello di abbandonare il rassicurante antropocentrismo giuridico per procedere all'ampliamento della categoria dei diritti oltre la barriera della specie, al fine di costruire un sistema normativo nuovo in cui alla giuridicità umana si possa affiancare quella animale, poiché è solo all'idea di diritto soggettivo che si collega una reale tutela da parte dell'ordinamento e dei suoi organi. Non è dunque la considerazione morale che potrà affermare efficacemente la soggettività animale, ma solo quella giuridica che purtroppo risulta ancora incompiuta in quanto l'auspicabile ampliamento dei diritti al di là della barriera della specie non sembra aver trovato finora effettiva realizzazione attraverso la legislazione ordinaria, nemmeno quella più avanzata e progredita, che in ultima analisi, mantiene comunque un'impostazione antropocentrica o al massimo protezionistica-compassionevole. L'idea alla base della costruzione degli attuali sistemi giuridici è ancora infatti quella di sistemi creati per l'essere umano a suo esclusivo vantaggio e gli esseri animali rimangono sostanzialmente “*res*” messe a disposizione dell'uomo per essere cacciate, allevate, mangiate, utilizzate per fabbricare beni, per compiere lavori faticosi o pericolosi, per spe-

rimentare sostanze che potrebbero essere dannose per l'uomo e infine persino per intrattenere e divertire l'essere umano.

Malgrado questa innegabile constatazione critica è necessario evidenziare come il nostro ordinamento giuridico abbia manifestato progressivamente una visione più attenta ai bisogni degli esseri animali, anche se, almeno fino a questo momento, non risulta sancita una reale soggettività giuridica animale.

Senza voler entrare nel dettaglio del percorso normativo è comunque opportuno accennare alle tappe più significative percorse dal diritto positivo rispetto alla questione animale partendo dalle previsioni dell'articolo 491 del Codice Zanardelli del 1889 che evidenziavano un'ottica decisamente antropocentrica poiché la preoccupazione del Legislatore di fine Ottocento era indirizzata non a garantire il benessere degli esseri animali, bensì a non offendere la sensibilità umana¹⁹). Anche il successivo Codice Rocco del 1930, all'articolo 727 riproponeva questa statuizione, collocando tale previsione -che avrebbe dovuto riguardare la protezione degli animali- fra i reati contro la moralità pubblica e il buon costume. Proprio l'articolo 727 del codice penale è stato oggetto di una continua e costante elaborazione dottrinale, giurisprudenziale ed anche legislativa come dimostra la Legge n. 473 del 1993 alla quale si deve la definizione più precisa del reato di maltrattamento degli animali, con la previsione di un collegamento tra i comportamenti che costituiscono maltrattamenti e le caratteristiche etologiche degli animali, per cui ogni animale deve essere considerato, rispetto al comportamento posto in essere, a seconda delle proprie peculiari peculiarità e conseguentemente non esiste più un concetto teorico generico di maltrattamento ma l'atto che colpisce l'animale va valutato rispetto agli effetti che produce per quello specifico animale. Tappa fondamentale del cammino 'animalista' del nostro diritto positivo è la Legge n. 189 del 2004, contenente "*Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate*", che rimane tuttora il principale riferimento normativo nella definizione dello *status* animale nel nostro ordinamento. È stata proprio la Legge del 2004 ad introdurre il principio ai sensi del quale i reati commessi a danno degli animali non rientrano più nell'ambito dei crimini contro la proprietà o riguardanti la polizia dei costumi, ma hanno un proprio specifico oggetto ed esigono un titolo apposito venendo rubricati quali: "*delitti contro il sentimento per gli animali*", titolo che mostra ancora un

¹⁹ L'articolo 491 recitava infatti: "*Chiunque incrudelisce verso animali o, senza necessità li maltratta ovvero li costringe a fatiche manifestamente eccessive, è punito con ammenda. (...) Alla stessa pena soggiace anche colui il quale per solo fine scientifico o didattico, ma fuori dei luoghi destinati all'insegnamento, sottopone animali ad esperimenti tali da destare ribrezzo*".

certo antropocentrismo considerando che l'articolo 727 del Codice Penale rimane nell'ambito delle *“Contravvenzioni concernenti la Polizia dei costumi”*, anche se comunque il nuovo Titolo, oltre a scorporare una parte del vecchio 727, introduce fattispecie di notevole interesse, superando finalmente la distinzione tra uccisione di animale altrui e maltrattamento e uccisione di animale proprio, eliminando anche la lacuna relativa all'uccisione di animali di nessuno (o *res nullius*); in tal modo l'animale diviene effettivamente il soggetto passivo del reato e non più solo un mero referente indiretto di diritti altrui, anche se la condotta sanzionata dalla nuova previsione deve -a differenza di quanto stabilito dalla disciplina 'umana'- essere caratterizzata dagli elementi della crudeltà e della mancanza di necessità.

L'approvazione della Legge del 2004 sembra aver esaurito la spinta propulsiva del Legislatore italiano rispetto alla questione animale, dopo tale atto infatti gli interventi normativi in materia sono stati alquanto limitati e prevalentemente legati all'attuazione o applicazione della normativa europea. Il Legislatore italiano ha preferito 'accodarsi' alle sollecitazioni europee piuttosto che completare autonomamente il cammino della soggettività giuridica animale. Proprio rispetto alle sollecitazioni europee meritano di essere evidenziati alcuni interventi assai significativi. L'anno decisivo può essere considerato il 2009, anno in cui entra in vigore il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, che all'articolo 13 prevede: *«Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale»*. Gli animali sono dunque definiti in un Trattato europeo quali 'esseri senzienti', ma questo fondamentale riconoscimento può assumere significati giuridici differenti soprattutto perchè lo stesso articolo 13 appare contraddistinto da un forte spirito di compromesso in quanto coniuga l'affermazione della 'senzietà animale' con il mantenimento in essere di fenomeni discutibili ed altamente problematici, come le macellazioni rituali religiose o le attività folkloristiche e di costume. È dunque evidente che nemmeno l'articolo 13 del Trattato di Lisbona è in grado di affermare effettivamente la soggettività giuridica degli esseri animali, anche se questa disposizione ha comunque il merito di avere dichiarato l'esistenza della 'senzietà' animale, incentivando future iniziative legislative maggiormente garantiste nei confronti degli esseri animali, sia a livello degli Stati membri, che a livello di legislazione europea.

Il 2009 è importante per l'evoluzione giuridica della considerazione animale anche per l'approvazione del Regolamento CE n. 1223 al quale si deve la graduale ed infine totale eliminazione della possibilità di effettuare test sugli esseri animali per i prodotti cosmetici in Europa. La nuova regolamentazione vieta le sperimentazioni che coinvolgono gli animali sia per i prodotti finiti che per gli ingredienti o le combinazioni di ingredienti che andranno a formare il prodotto finito, il Regolamento vieta altresì l'importazione e l'immissione sul mercato europeo di prodotti la cui formulazione finale sia stata oggetto di sperimentazione animale e anche di quei prodotti contenenti ingredienti o combinazioni di ingredienti che siano stati oggetto di sperimentazione animale. L'innovazione è stata certamente di estrema rilevanza sebbene i test che coinvolgono gli esseri animali legati anche trasversalmente alla produzione di cosmetici non siano ancora effettivamente del tutto scomparsi²⁰.

Oltre alla sperimentazione cosmetica, un altro grande settore che vede l'involontario coinvolgimento degli esseri animali è quello della sperimentazione medico-farmaceutica disciplinata dalla Direttiva Europea n. 63 del 2010 relativa alla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici che rielabora e sostituisce la precedente Direttiva 1986/609 CEE²¹. La nuova disciplina mira ad implementare la tutela degli animali utilizzati per scopi scientifici e sperimentali migliorandone il benessere attraverso l'affermazione del principio delle tre R e cioè: sostituzione (*replacement*), riduzione (*reduction*) e perfezionamento (*refinement*)²². Il rece-

²⁰ Sulla sperimentazione in materia di cosmetici mi si consenta di rimandare al mio F. RESCIGNO, *Il divieto degli animal testing cosmetici: un passo avanti verso la soggettività animale?*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, Roma, 2014, 45.

²¹ Sulla sperimentazione animale prima e dopo la Direttiva del 2010 cfr. G. CIABURRI, *La sperimentazione sugli animali*, Bologna, 1956; R.D. RYDER, *Experiments on Animals*, in S. GODLOVITCH, R. GODLOVITCH, J. HARRIS (a cura di), *Animal, Men and Morals: an enquiry into the maltreatment of non-humans*, London, 1971; S. GARATTINI, *Problemi della vivisezione*, Atti del Convegno *Necessità e limiti della sperimentazione scientifica su animali. Aspetti etici e zoofili, tecnici, scientifici, didattici, legislativi*, Milano, 1972; R.D. RYDER, *Victims of Science*, London, 1975; R.D. RYDER, *Esperimenti sugli animali*, in T. REGAN, P. SINGER (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 41; S. GARATTINI, *La sperimentazione animale è tuttora necessaria per la salute degli uomini*, in *Federazione Medica*, I, 1991, 9; AA.VV., *Modelli sperimentali nella ricerca biomedica: aspetti tecnici e scientifici. Manuale pratico*, Pavia, 1994; L. LOMBARDI VALLAURI, *L'obiezione di coscienza legale alla sperimentazione animale, ex-vivisezione (Legge 12 ottobre 1993 n. 413)*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, 271; E. FARINA, *La sperimentazione clinica*, in *Sanità pubblica*, 4, 2002, 515; A. GUERINI, *Experimenting with Human and Animals: From Galen to Animal Rights*, Baltimore, 2003; I. R. PAVONE, *Animal Experimentation and Animal Welfare in the Context of the European Union: Reflections on the Directive 2010/63/EU and its Transposition in Italy*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 75.

²² Sul principio delle 3 R cfr. W.M.S. RUSSELL, R. L. BURCH, *The Principles of Human Experimental Technique*, London, 1959. Questo principio venne enunciato nel 1959 da Russel e Burch e nel 1992

pimento della Direttiva nel nostro ordinamento, avvenuto -in ritardo- con il Decreto Legislativo n. 26 del 2014, ha causato diversi problemi e sembra non avere esaudito i *desiderata* né dei fautori della sperimentazione animale, né tantomeno di chi combatte per una progressiva riduzione se non eliminazione della stessa.

Il Decreto Legislativo n. 26 del 2014 si è dimostrato più attento al benessere animale rispetto alla Direttiva limitando ulteriormente alcune delle previsioni europee attraverso l'introduzione di una serie di specifici divieti tra i quali ad esempio il divieto di uso di animali nei corsi universitari per biologi, farmacisti e biotecnologi, con l'eccezione degli studenti di medicina e veterinaria; il divieto di utilizzo di animali nella ricerca sugli organi per gli xenotrapianti e sulle sostanze d'abuso (droga, tabacco, alcool), e ancora il divieto relativo all'allevamento sul suolo nazionale di cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione, divieto che non impedisce però il ricorso all'utilizzo di animali provenienti da altre nazioni e che per questo potrebbe paradossalmente trasformarsi in un boomerang rispetto alla tutela degli esseri animali, poiché gli allevamenti di provenienza possono utilizzare metodi considerati inaccettabili per noi ma non sono né controllabili né tantomeno ispezionabili; ed ancora, è opportuno ricordare come il trasporto degli animali sia per loro causa di forti stress. Questa previsione sembra quindi voler delegare la responsabilità del trattamento delle cavie a enti su cui lo Stato italiano non ha giurisdizione.

I divieti relativi alle ricerche sugli animali per le sostanze d'abuso e per gli xenotrapianti, ai sensi dell'articolo 42, dovevano entrare in vigore a partire dal 1° gennaio 2017, ma il 14 febbraio 2017 la Commissione Affari Costituzionale del Senato ha approvato a maggioranza l'*emendamento De Biasi-Cattaneo* che ha concesso 3 anni di proroga spostando lo stop definitivo al gennaio 2020. In realtà i ricercatori chiedevano una moratoria ben più lunga o la cancellazione definitiva di tali vincoli, mentre, all'opposto, gli animalisti censuravano la sospensione e chiedevano di rendere immediatamente operativi e permanenti tali divieti. L'abitudine -tutta italiana- ai rinvii è stata confermata dal c.d. Decreto Milleproroghe

fu ristampata un'edizione speciale del testo originale, per il notevole interesse sollevato dalle idee espresse presso la comunità scientifica. Nel saggio, Russell e Burch proposero una nuova scienza volta a migliorare il trattamento degli animali da laboratorio e, nel contempo, a promuovere la qualità della ricerca negli studi che fanno uso di animali. Presentarono e diedero una definizione dei termini *replacement*, *reduction* e *refinement*, in seguito divenuti noti come “alternative” o “metodi alternativi” volti a ridurre al minimo l'eventuale dolore e sofferenza animale nella ricerca biomedica. Il principio delle 3 R afferma dunque la necessità per ogni sperimentazione animale, della verifica di metodi alternativi per sostituire (*replace*) gli animali; e/o per ridurre (*reduce*) al minimo il numero di animali impiegati e/o per migliorare (*refine*) le condizioni degli animali che devono essere necessariamente utilizzati, minimizzando lo stress e il dolore.

del dicembre 2019 che ha posticipato fino al 2022 la validità della moratoria sugli xenotrapianti in scadenza il 1° gennaio del 2020. Slitteranno quindi probabilmente al 2022, salvo nuove proroghe, le disposizioni del Decreto di attuazione della Direttiva che vietano l'utilizzo di animali negli studi sulle sostanze d'abuso e sugli xenotrapianti. La decisione di perseverare nella proroga è la risposta del nostro Governo alla procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 258 del Trattato iniziata dall'Unione, che aveva considerato l'attuazione italiana troppo timida rispetto agli altri *partners* europei.

Il Decreto si occupa anche dello sviluppo, convalida, accettazione e applicazione dei “metodi alternativi”, procedure volte a ridurre e/o evitare il ricorso all'utilizzo di animali nella sperimentazione scientifica. Gli ultimi dati in materia sono stati resi noti nella Relazione 2019 della Commissione Europea al Parlamento Europeo e al Consiglio, sulle statistiche relative all'uso di animali a fini scientifici negli Stati membri dell'Unione europea nel periodo 2015-2017. Dalla Relazione emerge che il ricorso agli animali sembra essere in calo, i dati riportano per il triennio 2015-2017 “l'uso” di quasi 10 milioni di animali all'anno, a cui si aggiungono altri 12 milioni di animali necessari per mantenere le colonie di individui geneticamente modificati e/o soppressi per esubero e fornitura di tessuti. Il totale si aggira quindi intorno a 22 milioni di esseri animali destinati a fini scientifici sacrificati ogni anno in Europa. Di questi animali utilizzati nella ricerca di base e applicata, nei test e per la didattica, oltre un milione (circa l'11% del totale) vengono sottoposti ad un livello di sofferenza classificato come “grave”, cioè il più alto e non alleviabile.

Riflettendo sul fatto che la Direttiva 2010/63 si riprometteva di incentivare notevolmente la sostituzione degli animali nella ricerca, appare chiaro che siamo ancora molto lontani da questo obiettivo. Il rapporto afferma anche che almeno cinque Stati Membri non effettuano ispezioni senza preavviso, mentre nove sembrano non soddisfare nemmeno il requisito minimo richiesto del controllo di un terzo degli stabilimenti all'anno. Il nostro Paese si posiziona, per numero di animali usati, al quinto posto dietro a Inghilterra, Germania, Francia e Spagna, un triste risultato in contrasto con lo spirito della legge, cioè la priorità dei metodi alternativi.

Questi dati sono purtroppo destinati a registrare un'ulteriore impennata al rialzo a causa della pandemia di Covid 19: da quando infatti il virus ha cominciato a circolare interessando praticamente ogni area del pianeta si sono moltiplicati gli studi e le sperimentazioni per trovare cure e soprattutto un vaccino efficace. La Commissione Salute dell'Accademia Nazionale dei Lincei ha affermato in un documento (8 aprile 2020) che la ricerca in questa circostanza non appare né semplice né rapida e che è necessario dimostrare che un nuovo farmaco o vaccino conduca all'effetto terapeutico desiderato senza indurre tossicità. I nuovi farmaci sono stati inizialmente scelti in base ai loro effetti su cellule isolate in vitro, ma poi studiati anche sugli esseri

animali che mostrano aspetti di malattia analoghi a quelli dell'uomo. A tale proposito si evidenzia però come gli studi iniziali condotti per il Covid 19 nei topi non abbiano fornito risultati positivi, poiché i topi, una volta infettati con il virus, non sviluppano una polmonite analoga a quella dell'uomo e per tale ragione sono stati testati su altri animali, incluse le scimmie. Dall'altro lato la LAV, Lega Anti Vivisezione, in un dossier sull'argomento afferma che *“gli esperimenti sugli animali anziché aiutarci, possono essere fuorvianti e ritardare le scoperte di cui abbiamo bisogno subito, affidandoci a modelli animali, infatti, le molecole o i trattamenti efficaci potrebbero essere scartati perché fallimentari sugli animali e, allo stesso tempo, vaccini dannosi potrebbero essere sperimentati sull'uomo sulla base di risultati positivi ottenuti sulle cavie”*. Il rapporto evidenzia come la statistica, le analisi scientifiche e la storia mostrino che i test sugli animali non sono predittivi per gli esseri umani, ma malgrado ciò, in questo momento si segnalano in tutto il mondo moltissimi test sugli animali nella ricerca contro il Covid 19, esperimenti che utilizzano primati, criceti, furetti, topi e gatti²³.

Siamo tutti consapevoli dell'estrema difficoltà in cui il mondo intero si trova e nessuno vuole negare, tanto più in un momento di emergenza come quello che stiamo vivendo, che la sperimentazione animale abbia dato un grande contributo alla scienza e che il mondo sia più sicuro grazie a questi esperimenti, ma ora è comunque possibile ed anche necessario procedere con decisione verso metodi alternativi, primo fra tutti quello degli esperimenti condotti sulle cellule staminali umane, con cui è possibile indagare realmente la fisiologia dell'uomo e non “qualcosa che può somigliarle”.

Esiste anche un altro aspetto che paradossalmente potrebbe giocare a favore degli esseri animali, e cioè il fattore tempo: la corsa al vaccino, unica speranza per uscire dalla pandemia in assenza di cure realmente efficaci, induce a modificare l'approccio scientifico utilizzato e così molti ricercatori e scienziati hanno deciso di bypassare la fase dei test sugli animali cominciando direttamente con la sperimentazione su volontari umani. La celebre azienda farmaceutica Statunitense Moderna ha cominciato a lavorare alla ricerca di un vaccino efficace già dall'inizio della pandemia, sostenendo da subito che la dimostrazione su un modello animale non costituisce l'unica strada efficace per la sperimentazione clinica. In realtà, normalmente per approvare un vaccino le autorità di regolamentazione richiedono che si dimostri la sicurezza del prodotto prima che sia iniettato nelle persone, ma la grave pandemia nella sua eccezionalità ha consentito anche una sperimentazione alternativa senza coinvolgere gli esseri animali. Così l'azienda americana ha cominciato a testare su volontari umani già dal marzo 2020, arrivando, com'è noto, a produrre in tempi

²³ Cfr. Dossier LAV, *Sperimentazione animale e Covid-19, a che punto siamo realmente*, 2020.

rapidissimi un vaccino dimostratosi altrettanto efficace rispetto a quelli derivati dalla sperimentazione su animali: questa scelta, ed i positivi risultati ottenuti, potrebbero costituire un precedente decisamente importante rispetto al futuro della sperimentazione animale.

Quando si parla della sperimentazione animale svolta in condizioni ‘normali’, il compito della ricerca dovrebbe essere quello di riconoscere se ci si trova effettivamente in presenza di un superiore interesse umano non altrimenti raggiungibile, ma allo stesso tempo adoperarsi per ampliare costantemente la ricerca alternativa che riduce la necessità di servirsi di esseri animali. Purtroppo però, molto spesso un preconcetto essenzialmente moralistico impedisce alla ricerca alternativa di progredire, come è avvenuto ad esempio nel caso del divieto di sperimentazione sugli embrioni umani ‘abbandonati’ in seguito alle procedure di inseminazione (Legge n. 40 del 2004 e Sentenza Corte Costituzionale n. 84 del 2016).

La frontiera della ricerca del benessere animale nella sperimentazione è quella dello sviluppo dei metodi alternativi e non è certo una ricetta nuova se pensiamo che il principio delle 3 R è stato formulato nella metà degli anni '50, tuttavia lo sviluppo dei metodi alternativi incontra ancora alcune resistenze dovute al fatto che a detta della maggioranza degli scienziati e ricercatori la complessità dell'organismo umano è difficile da simulare o riprodurre e per ora pochi metodi alternativi in vitro (con cellule isolate) o in silicio (con il computer) sono riusciti a sostituire in maniera convincente la sperimentazione animale. Il concetto tuttora imperante -sebbene smentito più volte nei fatti- è che una ricerca condotta con un organismo intero, come è l'animale, fornisce risultati che possono essere estesi agli esseri umani con un discreto margine di sicurezza, cosa che invece pochissimi metodi alternativi consentono di fare. La maggioranza dei ricercatori resta dunque scettica rispetto alla possibilità di sostituire sempre e del tutto la sperimentazione animale con i metodi alternativi²⁴.

Nell'ambito della sperimentazione animale rientra anche la nota vicenda dei macachi oggetto di sperimentazione da parte delle università di Torino e Parma, oggetto di alcuni interventi da parte della giustizia amministrativa che meritano di essere evidenziati.

²⁴ Esistono già sistemi alternativi approvati, alcuni dei quali sono elencati in una apposita tabella pubblicata sul sito del Centro Referenza Nazionale Metodi Alternativi, Benessere e Cura degli Animali, presso l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna. Si tratta, nella quasi totalità dei casi, di sistemi alternativi alla sperimentazione animale per valutare l'irritazione cutanea e oculare delle sostanze, ovvero utili soprattutto nel campo della cosmetica più che della ricerca medica. Non è un caso che si tratti dell'aspetto più semplice della tossicologia, ovvero dei possibili effetti sulla pelle o sugli occhi, che dipendono in gran parte dalla struttura chimico-fisica dei prodotti, fattori molto noti ai ricercatori anche prima di cominciare i test.

Il progetto riguarda i deficit visivi umani, ed è stato denominato LightUp (*Turning the cortically blind brain to see*)²⁵, finanziato dall'European Research Council con una durata prevista di 5 anni, per cercare procedure riabilitative che permettano il recupero della vista a pazienti ciechi in seguito a una lesione al cervello derivata da ictus o tumore.

Il progetto era stato approvato, nei suoi aspetti scientifici ed etici, dall'European Research Council, dai Comitati etici e dagli Organismi Preposti al Benessere Animale (OPBA) delle Università di Torino e Parma così come dal Ministero della Salute, poiché era stata riconosciuta l'impossibilità di perseguire gli obiettivi previsti senza una sperimentazione sugli animali, ed in particolare si era evidenziato come i macachi rappresentassero l'unica specie utilizzabile ai fini della sperimentazione, in quanto, a differenza di altre scimmie meno evolute, l'organizzazione cerebrale del loro sistema visivo è la più comparabile con quella umana.

La sperimentazione prevista consisteva nel sottoporre le scimmie ad un intervento al cervello per causare la condizione di *blindsight* e cioè produrre una macchia cieca, circoscritta ad una zona del loro campo visivo da un lato (destra o sinistra), in modo da consentire comunque all'animale di avere un residuo di visione e la possibilità di muoversi nell'ambiente. Al termine della sperimentazione i macachi andavano comunque soppressi.

Contro la sperimentazione sui macachi ha preso immediatamente posizione la LAV, Lega anti vivisezione, che ha presentato ricorso ai giudici amministrativi, al fine di chiedere la sospensione degli esperimenti. Il Tar Lazio ha respinto la richiesta di sospensione poiché la LAV non aveva fornito la prova relativa all'esistenza di metodiche scientifiche alternative senza l'utilizzo di esseri animali e, nello specifico, di primati non umani²⁶. Ancora, i giudici laziali hanno evidenziato come *“la finalità perseguita dalla sperimentazione in atto (in relazione alle possibili applicazioni delle relative acquisizioni scientifiche alla cura della salute umana) assume un ruolo preminente rispetto all'interesse rappresentato dalle parti ricorrenti, tenendo anche conto delle cautele disposte dalle Amministrazioni precedenti per limitare le sofferenze degli animali utilizzati nel progetto e del numero esiguo degli stessi”*.

La LAV però non si è arresa e ha presentato un'istanza di sospensione cautelare provvisoria al Consiglio di Stato sempre al fine di interrompere la sperimentazione sui macachi. Il Consiglio di Stato, nel gennaio del 2020, ribaltando la posizione del Tar, ha accolto l'istanza e sospeso il decreto di autorizzazione

²⁵ Il progetto di ricerca presentato dall'Università degli Studi di Parma è denominato: “Meccanismi anatomico-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale”.

²⁶ Si veda T.A.R. Lazio, sez. III, ric.5 novembre 2019, n. 11774.

alla sperimentazione, affermando che spetta a chi sta sperimentando dimostrare che non esistono alternative valide a questa ricerca considerata dai giudici decisamente invasiva²⁷.

La *querelle* non è però finita e il successivo intervento del Tar Lazio ha nuovamente cambiato le carte in tavola ripristinando la sperimentazione sulla base delle valutazioni dell'Organismo dell'Università di Parma preposto al benessere degli animali e di quelle del Consiglio Superiore di Sanità²⁸ che hanno ritenuto sussistere i presupposti necessari per il rilascio dell'autorizzazione anche rispetto all'applicazione del principio delle tre R (le più volte richiamate: Replacement; Reduction; Refinement), poiché concretamente la ricerca prevede l'utilizzazione solo di due coppie di animali sottoposte a due differenti forme di sperimentazione (con una terza coppia con il solo ruolo di riserva) e l'esecuzione della sperimentazione era affidata a personale altamente qualificato al fine di ridurre al minimo le sofferenze e lo stress degli animali.

L'ultimo atto (ad oggi) di questa complicata vicenda è rappresentato dalla successiva pronuncia del Consiglio di Stato nell'ottobre del 2020²⁹ che ha sconfessato la sentenza del Tar di giugno, dando nuovamente ragione alla ricorrente LAV, disponendo una nuova sospensione dell'esperimento sui macachi e soprattutto richiedendo un "*approfondimento scientifico analitico e motivato*" da parte di un ente terzo. Particolarmente significativo per le ragioni degli animalisti, il passaggio in cui il Consiglio di Stato sostiene che l'urgenza legata alla possibilità che lo slittamento dei termini del progetto di ricerca possa far perdere alle Università parte del finanziamento europeo di ben due milioni di euro, non costituisce un punto dirimente e che invece appare ben più rilevante la possibile "*cecità provocata in esseri senzienti, con indubbia sofferenza (e con la successiva, certa destinazione all'abbattimento)*". I giudici hanno quindi incaricato la Fondazione Bietti per lo studio e la ricerca in Oftalmologia di rispondere entro 70 giorni a quattro domande per poi decidere nel merito sui test. I magistrati vogliono sapere se il progetto rispetti il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale primati non umani vivi, se rispetti il principio di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile, ancora se il principio europeo della sostituzione sia considerato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, e infine se le risultanze scientifiche dei pareri sopra indicati, sui quali si fonda l'autorizzazione

²⁷ Si veda Cons. Stato, sez. III, ord. 23 gennaio 2020, n. 230.

²⁸ Si veda Sentenza T.A.R. Lazio – Roma – Sez. III Quater – Sentenza 1° giugno 2020, n. 5771.

²⁹ Si veda Consiglio di Stato, Sez. III, ord., 9 ottobre 2020, n. 5914.

concessa, abbiano valutato tutti e tre gli elementi che la direttiva UE e il decreto legislativo 26/2014 pongono quale condizioni per la sperimentazione, altrimenti vietata, su primati vivi non umani.

La posizione assunta dal Consiglio di Stato è assai significativa, poiché l'organo amministrativo ha dimostrato un notevole interesse per la vicenda, rifiutando di allinearsi all'idea dell'esistenza sempre e comunque di una presunta superiorità degli interessi umani. Tale condizione infatti va adeguatamente indagata e provata e nel caso in cui non venga dimostrata non potrà procedersi al sacrificio di esseri senzienti non umani.

L'ultima pagina di questa annosa vicenda è stata scritta con la pronuncia del Consiglio di Stato dello scorso 28 gennaio 2021, con la quale il supremo organo amministrativo ha consentito di proseguire gli esperimenti sui macachi rinchiusi nello stabulario dell'Università di Parma. La decisione giudiziaria mortifica inevitabilmente l'impegno profuso dalla Lega antivivisezione Onlus (Lav) che aveva anche raccolto ben 450mila firme per fermare questa sperimentazione, oltre che essere stata, come già evidenziato, la protagonista dei vari ricorsi. Il fatto che lo stesso Consiglio di Stato avesse sospeso lo studio “Light-up” per ben due volte, rappresenta un episodio unico nella storia del nostro Paese, e dimostra quanto poco siano ancora conosciuti, sviluppati e utilizzati i metodi alternativi rispetto alla più ‘rassicurante’ sperimentazione animale. Si è parlato addirittura di pressioni sul Presidente dell'organo amministrativo che avrebbe anche per questo deciso di rivolgersi ad un ente esterno, al fine di garantire la massima neutralità della decisione. Gli animalisti stigmatizzano la scelta della Fondazione Bietti, Istituto riconosciuto dal Ministero della Salute e per questo non particolarmente vicino alle istanze della LAV, Fondazione che nell'elaborazione della propria relazione ha preferito non confrontarsi con gli esperti dell'associazione animalista. L'esito della pronuncia non è stato quindi quello sperato dalla LAV e gli esperimenti potranno riprendere, tuttavia anche se la strada giudiziaria non ha condotto in salvo i sei macachi, tutta la vicenda ha certamente contribuito ad evidenziare le carenze del sistema sperimentazione, un sistema che deve necessariamente porsi nuove e stringenti domande sulla senzietà e sull'uso degli esseri animali a fini sperimentali.

La ricostruzione effettuata in merito alla posizione giuridica degli esseri animali delinea un quadro complesso se non confuso e gli esseri animali sembrano collocati in una sorta di ‘limbo giuridico’, poiché nonostante alcune importanti attestazioni quali la statuizione della ‘senzietà animale’ prevista dal Trattato di Lisbona e il bando dei test per i prodotti cosmetici in Europa, non sembra essersi affermata una reale soggettività giuridica animale, senza la quale gli esseri animali continuano a non avere uno *status* giuridico e quindi a permanere nella condizione di *res*. In altre parole, per far sì che anche gli esseri animali partecipino della dimensione del *Bios*, non è sufficiente riconoscere ad essi il mero

status giuridico di *res*, giacchè quest'ultimo afferisce propriamente alla sola sfera della *Zoé*. La riflessione giuridica deve quindi soffermarsi su come consentire agli esseri animali di passare da *res* a soggetti. Una possibilità potrebbe essere quella dell'affermazione costituzionale della dignità animale, soluzione normativa che conferirebbe senza dubbio un convincente substrato giuridico alla soggettività animale inaugurando una nuova fase nel rapporto essere umano-ambiente-essere animale: passando dalle mere politiche protezionistiche di tutela e di preservazione nell'interesse delle generazioni future, alla condivisione di un destino comune ontologicamente e giuridicamente parlando, perché la valorizzazione costituzionale dell'ambiente e l'affermazione della soggettività animale completerebbero e realizzerebbero il principio di eguaglianza divenendo anche parametri fondamentali del grado di civiltà giuridica del nostro Paese³⁰. L'affermazione costituzionale della dignità animale porterebbe a compimento il lungo cammino giuridico che ha riguardato gli esseri animali 'promuovendoli' infine da *res* a soggetti, nell'ambito di un'ottica biocentrica senza mettere tuttavia in pericolo l'impianto costituzionale in quanto la dignità animale comunque identificherebbe qualcosa di differente rispetto a quella umana: si realizzerebbe non già un'equiparazione, un appiattimento delle situazioni giuridiche, ma l'affermazione di un'eguaglianza parziale che, attraverso un accorto uso del principio di proporzionalità, sarebbe in grado di mediare tra "interessi" umani e taluni "interessi" animali. Ciò che verrebbe a mutare non sarebbe tanto il catalogo dei diritti, né quello dei loro titolari, quanto piuttosto il concetto di soggettività sotteso all'intero impianto costituzionale: un concetto non più assunto apoditticamente quale esclusiva prerogativa umana, bensì accolto nella propria intrinseca complessità in quanto articolato su livelli di sensibilità differenziati³¹. La possibilità

³⁰ Sull'introduzione della dignità animale in Costituzione si rimanda a F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005.

³¹ Si segnala come siano attualmente in discussione al Senato alcuni Disegni di legge di revisione costituzionale volti a modificare l'articolo 9 per inserire nella nostra Carta costituzionale la protezione non solo dell'ambiente ma anche la tutela degli esseri animali (si tratta dei Disegni di legge n. 83 d'iniziativa della Senatrice De Petris, n. 212 delle Senatrici De Petris, Cirinnà e Giammanco, n. 1203 del Senatore Perilli e n. 1532 della Senatrice Gallone che però si limita alla previsione della garanzia costituzionale dell'ambiente). Accanto a questi sono presenti anche progetti volti a modificare la legislazione ordinaria a dimostrazione della volontà di intraprendere un cammino sinergico rispetto alla questione animale. Sulle possibili riforme in senso 'animalista' dell'articolo 9 della Costituzione cfr. F. RESCIGNO, *Audizione resa il 27 novembre 2019 innanzi alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9 in tema di ambiente e tutela degli esseri animali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 1/2020, 7 gennaio 2020, www.osservatorioaic.it.

di revisionare la Costituzione al fine di inserirvi la soggettività giuridica animale non è un passo azzardato o impensabile, come dimostrano le scelte di alcuni Paesi che già hanno intrapreso questa strada: a tale proposito si ricordano l'articolo 80 della Costituzione della Confederazione Elvetica³², l'articolo 20a della Grundgesetz tedesca³³, l'articolo 11-bis della Costituzione del Lussemburgo in seguito alla revisione del 1999³⁴, così come l'ultimo comma dell'articolo 72 della Costituzione della Repubblica di Slovenia³⁵; mentre al di là dell'oceano vale la pena accennare alla Costituzione dell'India che si occupa di ambiente e animali agli articoli 48 e 48A³⁶.

La soluzione della revisione costituzionale potrebbe dunque rappresentare un traguardo a cui tendere al fine dell'affermazione della soggettività animale, ma è altresì innegabile che anch'essa non costituisce la panacea di ogni stortura giuridica; la Carta fondamentale non ha infatti poteri taumaturgici e non sono

³² Art. 80 Costituzione elvetica: *“Protezione degli animali 1 La Confederazione emana prescrizioni sulla protezione degli animali. 2 Disciplina in particolare: a. la detenzione e la cura di animali; b. gli esperimenti e gli interventi su animali vivi; c. l'utilizzazione di animali; d. l'importazione di animali e di prodotti animali; e. il commercio e il trasporto di animali; f. l'uccisione di animali. 3 L'esecuzione delle prescrizioni compete ai Cantoni, per quanto la legge non la riservi alla Confederazione”*.

³³ Art. 20a Grundgesetz: *“[Protezione dei fondamenti naturali della vita e degli animali]. — Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto. [articolo] inserito dalla Legge di modifica del 27 ottobre 1994, I 3146 e successivamente modificato dalla Legge per la modifica della Legge fondamentale (Finalità pubblica della protezione degli animali) del 26 luglio 2002, I 2862”*.

³⁴ Art. 11bis Costituzione del Lussemburgo: *“L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel, en œuvrant à l'établissement d'un équilibre durable entre la conservation de la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et la satisfaction des besoins des générations présentes et futures. Il promeut la protection et le bien-être des animaux”*. (Révision du 2 juin 1999).

³⁵ Art. 72 Costituzione della Repubblica di Slovenia: *“(sano ambiente naturale) Tutti hanno diritto, in conformità della legge, di vivere in un sano ambiente naturale. Lo Stato provvede a garantire un sano ambiente naturale. A tale fine la legge stabilisce le condizioni e i modi di svolgimento di attività economiche ed altre attività. La legge determina a quali condizioni e in che misura colui che ha causato un danno all'ambiente naturale è tenuto al risarcimento. La legge con apposite norme protegge gli animali contro i maltrattamenti o altra forma di crudeltà su di essi”*.

³⁶ Artt. 48 e 48A Costituzione Indiana: *“48. The State shall endeavour to organise agriculture and animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milch and draught cattle. 48A. The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country”*.

poche le previsioni costituzionali che purtroppo rimangono ancora oggi sostanzialmente inattuato, per cui una revisione formale, se non accompagnata da un reale sforzo culturale-legislativo e sociale rischierebbe di tradursi in un'astratta formulazione che necessiterebbe ancora una volta di complicati equilibrismi giuridici e giurisprudenziali per trovare un *ubi consistam*.

È necessario quindi riflettere con attenzione rispetto al cammino che il nostro Paese deve ancora compiere a livello sociale, di diritto positivo e forse anche rispetto a possibili revisioni costituzionali per poter finalmente affermare la dignità animale, aggiungendo in tal modo un tassello di fondamentale importanza nella realizzazione del principio di eguaglianza anche al di là della barriera della specie. L'esperienza dell'articolo 13 del Trattato di Lisbona dimostra come sia facile dar vita ad un paradosso giuridico proclamando la senzietà per una categoria di esseri viventi ma poi 'dimenticando' di sostanziare giuridicamente tale attribuzione.

Ritengo che i tempi siano ormai maturi per concretizzare "l'antispecismo giuridico", bilanciando gli interessi di esseri viventi appartenenti a specie differenti, ma comunque tutti meritevoli di tutela giuridica. Il diritto appare in tale prospettiva potenzialmente in grado di costruire un nuovo rapporto uomo-animale, affermando un'efficace consapevolezza legislativa della specificità animale e divenendo il fulcro di un rinnovato bio-centrismo di cui tutti: esseri animali ed esseri umani, non possono che beneficiare. È giunto il momento per affermare che anche gli esseri animali sono contraddistinti da *Zoé* e *Bios* e per questo devono uscire dall'inedita ed umiliante categoria giuridica delle '*res senzienti*', al fine di entrare, pur con tutte le specifiche del caso, nell'ambito dei soggetti del diritto sconfessando l'odiosa discriminazione specista, ribadendo la solennità dei Trattati europei e affermando un nuovo equilibrio biocentrico capace di valorizzare esseri umani ed esseri animali, da sempre uniti da un comune destino ontologico.

Le cure palliative nel quadro costituzionale

*“se esistono malattie da cui non si guarisce,
nessuna persona è però incurabile”*

Enzo Bianchi

SOMMARIO: 1. Un difficile compleanno. – 2. La filosofia delle cure palliative. – 3. La filosofia delle cure palliative nel pensiero e nell’esperienza della fondatrice dell’*hospice movement*. – 4. Il percorso compiuto dalle cure palliative nell’ordinamento italiano. – 5. Cure palliative e principio personalista.

1. Un difficile compleanno

Ha da poco compiuto dieci anni la legge italiana sulle cure palliative, la n. 38 del 2010. Si tratta di una legge coraggiosa e ambiziosa, che espressamente qualifica l’accesso alle cure palliative (e alla terapia del dolore) come un “diritto” della persona¹, e che, riformulando le definizioni fornite dall’Organizzazione mondiale della sanità², descrive le cure palliative come “l’insieme degli interventi

¹ Art. 1, cc. 1 e 2, della legge 15 marzo 2010, n. 38 (Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore).

² La prima definizione dell’OMS risale al 1990 (*Cancer Pain Relief and Palliative Care. Technical Report*, Series 804, Geneva, WHO, 1990, all’indirizzo https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39524/WHO_TRS_804.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 11: “Le cure palliative sono le cure attive totali dei pazienti la cui malattia non risponde più ai trattamenti curativi. Il controllo del dolore, di altri sintomi e dei problemi psicologici, sociali e spirituali è di fondamentale importanza. Lo scopo delle cure palliative è il raggiungimento della migliore qualità possibile della vita per i pazienti e per le loro famiglie”). La più recente definizione dell’OMS è stata elaborata nel 2002 (*National cancer control programmes: policies and managerial guidelines*, 2nd ed., Geneva, WHO, 2002, all’indirizzo <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42494/9241545577.pdf?sequence=1>, 84, e poi ora all’indirizzo <https://www.who.int/news-room/facts-in-pictures/detail/palliative-care>: “Le cure palliative sono un approccio che migliora la qualità della vita dei malati e

terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici"³.

Allo scopo di rendere effettivo il diritto di ogni persona a ricevere questo tipo di cure, la legge muove dal riconoscimento, cui l'ordinamento italiano aveva già provveduto nel 2001, delle cure palliative (e della terapia del dolore) all'interno dei livelli essenziali di assistenza che il servizio sanitario nazionale assicura a tutti i consociati⁴, ma va subito molto oltre, perché le eleva a "obiettivi prioritari del Piano sanitario nazionale"⁵.

La legge, inoltre, organizza il servizio pubblico, istituendo due reti nazionali distinte e parallele per le cure palliative e per la terapia del dolore⁶ e, infine,

delle famiglie che si confrontano con i problemi associati a malattie inguaribili, attraverso la prevenzione e il sollievo dalla sofferenza, per mezzo dell'identificazione precoce, dell'approfondita valutazione e del trattamento del dolore e di altri problemi, fisici, psicosociali e spirituali"). Risale invece al 1998 la definizione dell'OMS delle cure palliative pediatriche come l'attiva presa in carico globale del corpo, della mente e dello spirito del bambino e che comprende il supporto attivo alla famiglia (*Cancer Pain Relief and Palliative Care in Children*, WHO-IASP, 1998, all'indirizzo <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42001>). Nel 2018 l'International Association for Hospice and Palliative Care (IAHPC), su raccomandazione della commissione sulle cure palliative di *Lancet* e in connessione con la stessa OMS, ha avviato un processo di consenso di esperti che nel 2019 ha portato alla formulazione di un'ulteriore definizione ("Le cure palliative sono le cure attive e globali degli individui di ogni età con importanti sofferenze legate alla salute a causa di patologie serie, e specialmente di quelli prossimi alla fine della vita. Le cure palliative hanno lo scopo di migliorare la qualità di vita dei pazienti, delle loro famiglie e dei *caregivers*"; il testo completo si trova all'indirizzo <https://hospicecare.com/what-we-do/projects/consensus-based-definition-of-palliative-care/definition/>).

³ Art. 2, c. 1, lett. a).

⁴ Le cure palliative erano state già ricomprese nei primi LEA del 2001 (d.P.C.m. 29 novembre 2001, recante "Definizione dei livelli essenziali di assistenza"; nell'all. 1 si richiamano, in relazione all'"attività sanitaria e sociosanitaria a favore di malati terminali", "prestazioni e trattamenti palliativi" sia "in regime ambulatoriale e domiciliare" sia "in regime residenziale"), e saranno poi confermate nei secondi LEA (d.P.C.m. 12 gennaio 2017, recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502", che addirittura in apertura richiama, come primo riferimento normativo interno, proprio la legge n. 38 del 2010).

⁵ Art. 3.

⁶ Si veda ora l'Accordo, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sul documento "Accreditamento delle reti di cure palliative, ai sensi della Legge 15 marzo 2010 n. 38" assunto in Conferenza Stato-Regioni il 27 luglio 2020 (Rep. Atti n. 118/CSR). Sull'art. 5 della legge è intervenuta Corte cost., sent. n. 115 del 2012.

promuove la crescita e la diffusione della cultura delle cure palliative, prevedendo campagne istituzionali di informazione dei cittadini⁷ e percorsi di formazione e aggiornamento del personale medico e sanitario⁸.

La circostanza che il decennale della legge sia caduto proprio nell'anno orribile della pandemia ha reso certamente più difficile festeggiarlo.

Come si sa, l'emergenza sanitaria ha messo sotto stress l'intero servizio sanitario pubblico, e non soltanto i pronto soccorso e i reparti ospedalieri di terapia intensiva, causando gravi ricadute sulla capacità del servizio pubblico nel suo complesso di fornire qualsiasi tipo di prestazione, da quelle diagnostiche a quelle di cura.

Le difficoltà, naturalmente, non hanno risparmiato le cure palliative. Da una parte, per la tutela degli operatori, dei pazienti e dei loro parenti è stato necessario riorganizzare integralmente sia l'assistenza domiciliare, sia le modalità di ricovero e di assistenza negli *hospice*. Dall'altra parte, a fronte della crescita del numero dei pazienti bisognosi di cure palliative, le risorse umane destinate dal servizio pubblico a questo tipo di cure sono rimaste immutate e quelle fornite dagli enti del terzo settore – risorse umane tradizionalmente ingenti soprattutto in alcune zone del Paese – si sono rarefatte o in qualche caso sono venute meno perché le misure adottate dal governo hanno imposto di limitare l'impiego dei volontari e perché i tradizionali canali di raccolta dei finanziamenti privati non hanno funzionato.

L'aggravamento delle condizioni per l'erogazione delle cure palliative a causa della pandemia, del resto, si è avuto ovunque nel mondo. La stessa prestigiosa rivista scientifica *Lancet* ha indicato alcune inevitabili conseguenze dell'emergenza sanitaria: "for patients who won't survive, high-quality palliative care needs to be provided at least. But Covid-19 makes this more difficult. Time is short when patients deteriorate quickly, health professionals are overworked, isolation is mandated, and families are advised not to touch or even be in the same room as loved ones. [...] Continuing community-based palliative care is also harder to do safely"⁹.

Tuttavia, proprio l'emergenza sanitaria ha consentito di evidenziare almeno due elementi per celebrare serenamente l'anniversario e guardare con ottimismo al futuro.

⁷ Art. 4.

⁸ Art. 8.

⁹ Editorial, *Palliative care and the COVID-19 pandemic*, in *The Lancet*, Vol. 395, Issue 10231, P1168, April 11, 2020, all'indirizzo [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30822-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30822-9/fulltext).

Da un primo punto di vista si è potuto constatare che se è vero che la realtà italiana è ancora oggi a macchia di leopardo, con forti differenze nella qualità e nella qualità dell'offerta di cure palliative tra Regione e Regione¹⁰, e che il bisogno di cure palliative è comunque purtroppo nel suo complesso non ancora soddisfatto¹¹, è anche vero che in Italia, "laddove la Rete di Cure Palliative era sufficientemente organizzata prima dell'inizio della pandemia, il sistema di cure palliative ha retto alla pressione delle nuove sfide emergenziali" e "ha dimostrato di essere un modello organizzativo solido ed efficace, in grado di gestire l'assistenza dei malati al domicilio, di ridurre la necessità di accesso alle strutture ospedaliere e di offrire un valido supporto, in termini di competenze, all'intero Sistema Sanitario"¹².

La realtà italiana, dunque, pare avere superato le aspettative della comunità scientifica internazionale, se si considera che la stessa Organizzazione mondiale della sanità, nella prima versione della guida operativa per fronteggiare la pandemia rivolta agli Stati nazionali, risalente alla fine di marzo 2020, si era addirittura dimenticata, come denunciato proprio da *Lancet*¹³, di menzionare le cure palliative tra i servizi essenziali da mantenere e valorizzare¹⁴.

¹⁰ Dal più recente monitoraggio ufficiale disponibile, risalente al gennaio del 2019, emerge "un quadro dello stato di attuazione della legge n. 38/2010 caratterizzato da luci e ombre, con forti disomogeneità a livello regionale e locale che evidenzia, complessivamente, un lento e progressivo miglioramento della qualità delle cure, una crescita dell'offerta assistenziale nei regimi domiciliare e residenziale e un progressivo sviluppo delle Reti regionali e locali sia di cure palliative sia di terapia del dolore" (Ministero della Salute, *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore". Anni 2015-2017*, in www.salute.gov, 3). Il monitoraggio evidenzia soprattutto le carenze di servizi di cure palliative pediatriche (su cui si vedano anche C. PERUSELLI, L. MANFREDINI, T. PICCIONE, L. MORONI e L. ORSI, in rappresentanza del gruppo di lavoro SICP-FCP, *Il bisogno di cure palliative*, in *Riv. it. cure pall.*, 2019, XXI, 71-73).

¹¹ S. Berloto, F. Longo e F. Meda, *Le Cure Palliative in Italia: una fotografia del settore*, in *MECOSAN*, 2020, 89 ss.

¹² Gruppo di lavoro SICP-FCP, *Ruolo delle cure palliative durante una pandemia*, ottobre 2020 (il documento è reperibile nei siti delle due associazioni che lo hanno predisposto, agli indirizzi www.sicp.it e www.fedcp.org). Del resto, dagli studi internazionali più recenti emerge che il massimo livello di offerta di cure palliative nel mondo è disponibile solo per il 14% della popolazione mondiale, che tale disponibilità è concentrata nei Paesi europei e che, tra questi, l'Italia si pone, negli ultimi dieci anni, tra i Paesi che offrono la migliore assistenza (D. CLARK e altri, *Mapping Levels of Palliative Care Development in 198 Countries: The Situation in 2017*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, Vol. 59, No. 4, April 2020, 794 ss. e 807. e 3).

¹³ Editorial, *Palliative care and the COVID-19 pandemic*, cit.

¹⁴ World Health Organization, *COVID-19: operational guidance for maintaining essential health services during an outbreak: interim guidance, 25 March 2020*. La seconda versione della

Inoltre, si deve proprio a uno dei provvedimenti legislativi adottati per far fronte all'emergenza sanitaria, il cosiddetto "Decreto rilancio", l'istituzione della scuola di specializzazione in medicina e cure palliative a decorrere dall'anno accademico 2021/2022. È in coincidenza la pandemia, dunque, che le cure palliative assurgono a specialità medica autonoma e nasce ufficialmente la figura del medico palliativista nel nostro ordinamento¹⁵. Finora, invece, come efficacemente è stato detto, il medico palliativista è stato "un signor nessuno, senza possibilità di confrontarsi con i propri pari"¹⁶, perché i medici che si sono occupati dei servizi di cure palliative sono sempre stati specialisti di altre discipline (rianimatori, oncologi, neurologi, medici di medicina generale, e altri ancora) prestati o, come alcuni di loro amano dirsi, convertiti alla medicina palliativa¹⁷.

Il secondo elemento positivo è di tipo culturale. Una delle eredità della pandemia sarà probabilmente un'aumentata comprensione e condivisione, nella nostra società, del nucleo essenziale di quella che si può chiamare la filosofia delle cure palliative.

In questo periodo tutti abbiamo sperimentato il distanziamento sociale per evitare il contagio. Tutti ci siamo resi conto che la malattia virale da coronavi-

guida, invece, riserva adeguato spazio alle cure palliative (World Health Organization, *Maintaining essential health services: operational guidance for the COVID-19 context Interim guidance, 1 June 2020*). Entrambe le versioni si trovano all'indirizzo <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-essential-health-services-2020.1>.

¹⁵ Art. 5-ter del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), così come convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

¹⁶ A. CARACENI e M. MALTONI, *Medicina palliativa*, in AA.VV., *Libro italiano di medicina e cure palliative*, III ed., Milano, 2019, 8.

¹⁷ Nota riassuntivamente M. DE ANGELIS, *Non c'è progresso senza scuola. La Scuola di specializzazione completa il cambio di paradigma delle cure palliative*, in *Recenti progressi in medicina*, 2020, 649, che "fino a oggi si è diventati palliativisti dopo essere stati altro". Finora, infatti, la figura del medico da adibire ai servizi di cure palliative era stata regolata dal d.m. Salute 28 marzo 2013 (Modifica ed integrazione delle Tabelle A e B di cui al decreto 30 gennaio 1998, relative ai servizi ed alle specializzazioni equipollenti), il quale, rilevando "che caratteristica peculiare delle strutture facenti parte della Rete locale delle Cure Palliative è l'afferenza di figure professionali provenienti da diverse discipline" e considerando "che occorre ricondurre nell'ambito della suddetta disciplina tutte le specializzazioni che ad oggi sono inserite in discipline diverse", aveva inquadrato la disciplina "Cure Palliative" nell'Area della medicina diagnostica e dei servizi e aveva indicato come equipollenti i servizi e le scuole di Ematologia, Geriatria, Malattie Infettive, Medicina Interna, Neurologia, Oncologia, Pediatria, Radioterapia e Anestesiologia e rianimazione. Questa disciplina era stata preceduta e poi anche seguita da diverse discipline transitorie, di cui l'ultima contenuta nell'art. 1, c. 522, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (per il progresso si veda la l'esatta ricostruzione dell'evoluzione normativa contenuta in Cons. St., sez. III, sent. 25 marzo 2019, n. 1966).

rus può condurre a un'agonia e a una morte in totale solitudine. Tutti abbiamo pensato che quella solitudine nell'approssimarsi della morte fosse una sofferenza quasi più terribile, più inumana, della morte stessa¹⁸.

Tutti noi, in altre parole, siamo arrivati ad abbracciare uno dei presupposti su cui si fonda la medicina palliativa, e cioè che la sofferenza del malato grave non riguarda mai solo il fisico o la mente, ma investe sempre la sua sfera spirituale e sociale, e che, di conseguenza, assicurare al malato grave la possibilità di coltivare relazioni personali, quando ciò sia possibile, fa senz'altro parte della cura, intesa come cura globale – la legge n. 38 parla di appunto “cura attiva e totale” – della sua persona¹⁹.

2. La filosofia delle cure palliative

Ma in cosa consiste, più precisamente, quella che si è ora chiamata la filosofia delle cure palliative? Quali sono i presupposti culturali su cui queste cure si fondano?

In prima battuta, si può dire che l'approccio delle cure palliative muove da una distinzione molto nota tra i clinici, ma poco utilizzata dai giuristi: quella tra *to cure*, e quindi “curare”, nel senso di “guarire” o “tentare di guarire”, e *to care*, e cioè “assistere”, “dare assistenza” o, ancor meglio, “prendersi cura di”. Tenendo ben presente questa distinzione, le cure palliative fanno propria senza esitazioni la seconda prospettiva, quella del *to care*, del prendersi cura di, per descrivere in generale la funzione del medico e della medicina, e rifiutano nettamente la prima, ritenendola riduttiva.

Può essere utile ricordare, a questo punto, che le differenze fondamentali tra le due azioni non riguardano tanto il loro contenuto, come invece saremmo tentati di ritenere, ma ineriscono piuttosto il soggetto – chi compie l'azione – e l'oggetto o il destinatario dell'azione stessa.

To cure vede infatti come soggetto agente soltanto il medico, e come oggetto dell'azione la malattia di cui il paziente soffre. “Curare la malattia” è infatti l'obiettivo unico o principale verso cui tende la pratica medica – un obiettivo tra l'altro

¹⁸ La consapevolezza è giunta a tal punto che è di inizio dicembre 2020 la notizia che Paolo Malacarne, primario del reparto di Rianimazione dell'Ospedale Cisanello di Pisa, ha deciso di aprire alle visite dei parenti il reparto di terapia intensiva in cui i malati di Covid sono ricoverati (mentre *La Repubblica* del 24 dicembre riporta la notizia che la possibilità di vedere le persone care offerta ai ricoverati di Pisa influisce sulla loro velocità di recupero).

¹⁹ Tra i molti in questo senso si veda A. CARACENI, *Quali priorità nelle cure palliative*, in *Riv. it. cure pall.*, 2007, 6.

rigorosamente esclusivo della medicina, e inibito ad altre discipline – secondo una concezione scientifico-tecnologica del sapere medico²⁰.

Ben diversamente, *to care* è un’azione che può essere svolta anche da persone diverse dal medico o da un professionista sanitario – tanto che per *caregiver* di solito si intende il familiare, o il badante, che assiste una persona malata – e vede come destinatario la persona del malato, e non già soltanto la sua malattia.

Ed eccoci al punto. Il prendersi cura della persona del paziente nella sua globalità, il *to care*, è tradizionalmente ritenuto far parte dei compiti anche del medico, ovviamente quando si acceda a una visione filosofico-umanistica della professione medica e non ci si limiti a un’idea di medicina meramente scientifica o tecnologica. Le cure palliative, tuttavia, nel far propria questa visione, la propongono in una versione estrema e totalizzante, che mette in ombra e relega in posizione marginale, quanto ai compiti e alla funzione compiti del medico, il *to cure*.

La ragione di una simile estremizzazione è intuibile. Se nella ordinarietà degli interventi medici il confine tra *to cure* e *to care* può essere irrilevante dal punto di vista pratico, nel senso che l’obiettivo del guarire la malattia si identifica con il prendersi cura del paziente, perché l’unico bisogno del paziente come persona in quel momento è liberarsi dalla malattia, la contrapposizione tra *to cure* e *to care* riemerge prepotentemente quando la prospettiva della guarigione è stata abbandonata e resta quindi da capire se e quale ruolo residua per il medico e per la medicina. Quando si giunge a questa fase, assumere una visione filosofico-umanistica dell’arte medica è ovviamente essenziale per potere assegnare un ruolo al medico – e le cure palliative fanno appunto una scelta netta in questo senso – perché nell’opposta visione scientifico-tecnologica esso si presenta come ormai marginale.

È certamente alla prima prospettiva, quella filosofico-umanistica, dunque, che fa riferimento Enzo Bianchi nella frase posta in apertura di questo contributo: “se esistono malattie da cui non si guarisce, nessuna persona è però incurabile”²¹. È bene ricordare, però, che la medesima prospettiva era stata già abbracciata vent’anni fa da un altro importante testimone, Carlo Maria Martini, ma con un orizzonte ancora più ampio. Il cardinale di Milano era giunto, infatti, a tradurla in termini giuridici e di organizzazione del servizio pubblico perché aveva affermato che la visione “ripersonalizzata” della medicina deve necessariamente accompagnarsi a una reale “umanizzazione” dello stesso sistema sanitario

²⁰ Sulle due anime della medicina (scientifico-tecnologica e filosofico-umanistica) si veda, per tutti, F. PERSANO, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Siena, 2015, 6, 32 e *passim*.

²¹ E. BIANCHI, *Prendersi cura dall’inizio alla fine*, in *La Repubblica*, 19 ottobre 2020.

– quanto alle modalità organizzative e alla distribuzione delle risorse – “nell’ottica di una cura della persona che non si riduca solamente a terapia, ma si apra e un più disteso e ampio ‘prendersi cura’ della persona” stessa²².

Se tutto questo è vero – se, cioè, il modello delle cure palliative non è altro che una applicazione estrema di un’idea di assistenza sanitaria rivolta alla persona del paziente più che alla sua malattia²³ – si comprende bene che non c’è niente di più scorretto, come spesso si fa, del confinare le cure palliative nella dimensione della terapia farmacologica sul dolore del paziente terminale.

Semmai, la terapia del dolore si deve considerare solo come una parte della parte medica delle cure palliative. E ciò nel senso sia che le cure palliative presentano anche una parte non medica, come vedremo subito, sia che la stessa parte medica delle cure palliative – la medicina palliativa, appunto²⁴ – non si limita a prescrivere una terapia farmacologica.

Le cure palliative, infatti, aspirano a proteggere e a coprire – come un ampio mantello, un *pallium*, appunto – tutta la persona del paziente affetto da una malattia non guaribile (tra l’altro, non necessariamente un paziente terminale), allo scopo di migliorare la qualità della vita che egli ha ancora da vivere²⁵. Da questo punto di vista si può dire che le cure palliative si pongono pur sempre come cura – ricordo ancora che la legge n. 38 del 2010 discorre proprio di “cura attiva e totale” del paziente – ma il loro scopo è radicalmente diverso della cura tradizionale, la quale mira ad aumentare non tanto la qualità, quanto la quantità, della vita, oppure tenta di riequilibrare un parametro biologico o una funzione in declino²⁶.

²² C.M. MARTINI, *L’etica dello Stato sociale*, intervento alla Prima Conferenza Nazionale della Sanità, Aula Magna dell’Università “La Sapienza”, Roma, 24 novembre 1999. Sulle posizioni assunte dal Cardinale Martini sul tema dell’assistenza sanitaria si vedano ora i contributi raccolti nel volume *Curare la persona. Medicina, sanità, ricerca e bioetica nel pensiero di Carlo Maria Martini*, a cura di G. LAMBERTENGI DELLIERS, Milano, 2020. L’attenzione della curia milanese ai temi legati alla sanità è proseguita negli anni con i successori del cardinal Martini (si veda, da ultimo, M. DELPINI, *Lettera a un medico*, in www.chiesadimilano.it, 18 ottobre 2019).

²³ Ponendosi in una diversa prospettiva si può anche dire che al movimento per le cure palliative “va ascritto il merito di aver ricordato alla medicina la sua *dimensione personalistica* e non meramente tecnicistica” (così P. FALVO, *Alleanza terapeutica e cure palliative*, in *Bioetica e cura. L’allenza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Milano-Udine, 2014, 151-152).

²⁴ L. ORSI, *Le cure palliative*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI, E. PALERMO FABRIS e P. ZATTI, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. Zatti, Milano, 2011, 605.

²⁵ E. COLOMBETTI, *To cure e to care in situazioni di fine vita: la proporzionalità e le cure palliative*, in *Persona y Bioética*, 2009, 15.

²⁶ L. ORSI, *Le cure palliative*, cit., 607.

Tornando con questa riflessione al ruolo del medico e della medicina, si capisce a questo punto perché il regalo di compleanno per i dieci anni della legge n. 38 del 2010 – l’istituzione, con il “Decreto rilancio” del 2020, della scuola di specializzazione in cure palliative – sia stato accolto da alcuni addetti ai lavori non solo con soddisfazione, ma anche con cautela, come se potesse rivelarsi il dono della mela avvelenata. Il timore è che, una volta istituita la scuola di specialità, ci si dimentichi di inserire le cure palliative nella formazione di base di ogni medico e di conseguenza ci si scordi che esse “non sono soltanto un sapere tecnico, ma implicano anche – e soprattutto? – una visione culturale e una conseguente postura professionale complessa” del medico²⁷.

Da più parti, dunque, si è tornati a porre l’accento sulla filosofia delle cure palliative e sulle sue potenzialità, riguardanti per intero la professione medica. Si è voluto ricordare, ad esempio, che “le cure palliative non sono solo una nuova disciplina”, ma “sono un modo diverso di essere medici”²⁸, sottolineando che la palliazione debba continuare a essere considerata una “modalità della cura”, “più che come una specialità tra le altre”²⁹.

Nel prossimo paragrafo di questo contributo si getterà uno sguardo all’origine storica della filosofia delle cure palliative, che via via ha assunto la forma un movimento di pensiero diffuso in tutto il mondo con il nome di *hospice movement*.

Prima, tuttavia, è opportuno ricordare, perché non tutti lo sanno, che le cure palliative presentano almeno due peculiarità che le rendono pressoché uniche nel panorama dell’assistenza sanitaria.

Si tratta di cure, innanzitutto, rivolte non solo al paziente, ma anche – incredibilmente, se ci si pensa bene – ai suoi familiari, nel duplice presupposto che la grave malattia di una persona incide sulla salute dei familiari che la assistono, da una parte, e, dall’altra parte e soprattutto, che parte essenziale del benessere, e dell’identità, della persona del malato sono le sue relazioni personali più significative, le quali quindi devono essere il più possibile valorizzate.

In secondo luogo, le cure palliative sono per definizione multidisciplinari perché si fanno carico di tutte le esigenze del malato.

E dunque, a parte la terapia del dolore, di esclusiva competenza medica e infermieristica, gli interventi che rientrano tra le cure palliative sono offerti da una

²⁷ A. Zuppiroli, *La Scuola di specializzazione in medicina e cure palliative: una bella notizia, ma non è ancora abbastanza*, in *Recenti progressi in medicina*, 2020, 657.

²⁸ F. TOSCANI, *Le cure palliative: la medicina sfidata a cambiare pelle*, in *Recenti progressi in medicina*, 2020, 655.

²⁹ S. SPINSANTI, *Cure palliative: competenza specialistica o di qualsiasi terapeuta?*, in *Recenti progressi in medicina*, 2020, 631.

équipe composta sia da specialisti di vari saperi (oltre ai medici, agli infermieri e agli operatori socio-sanitari pensiamo a fisioterapisti, assistenti sociali, psicologi, assistenti spirituali e filosofici, arteterapeuti e così via, fino a colmare idealmente tutti i possibili bisogni della persona), sia da persone prive di una specifica competenza professionale, come i volontari. La presenza dei volontari nell'*équipe*, in particolare, è ritenuta indispensabile perché essi svolgono un ruolo di collegamento tra paziente, famiglia e personale sanitario³⁰ e prima ancora perché, entrando "in una relazione d'aiuto con i malati svincolata dalla malattia e assolutamente indipendente da essa", i volontari rappresentano la "normalità"³¹ e fanno sì che i malati continuino a sentirsi parte della società³². Inoltre, spesso sono coinvolte nell'*équipe* anche altre figure non specialistiche che hanno una interazione quotidiana con i pazienti ricoverati, come gli addetti alle pulizie dei locali.

Ma per comprendere meglio tutte le caratteristiche di questo innovativo modello di cure è necessario, come si diceva, fare un passo indietro, e partire da dove tutto è iniziato.

3. La filosofia delle cure palliative nel pensiero e nell'esperienza della fondatrice dell'*hospice movement*

Le cure palliative sono una disciplina medica "rivoluzionaria"³³ inventata e poi portata all'attenzione della comunità scientifica internazionale da Cicely Saunders, inglese, nata nel 1918 e morta nel 2005, che per questo motivo è considerata unanimemente colei che ha dato avvio all'*hospice movement*³⁴.

È indispensabile confrontarsi con l'esperienza della Saunders perché la sua impostazione – sia essa attuata all'interno del nuovo tipo di struttura da lei stessa creata, l'*hospice*, oppure eseguita a domicilio del paziente – è ancora oggi quella da cui muove la pratica concreta delle cure palliative ovunque nel mondo³⁵.

³⁰ M.L. BELLANI e R. SPATUZZI, *Aspetti psicosociali: paziente, famiglia ed équipe*, in *Libro italiano*, cit. p. 304.

³¹ G. SCACCABAROZZI, I. PENGO e M. CRIPPA, *Équipe, professionisti e competenze*, in *Libro italiano*, cit. p. 603.

³² F. ZUCCO, L. MORONI e C. CARAFFA, *Terzo settore nelle cure palliative in Italia*, in *Libro italiano*, cit., 628.

³³ C. SAUNDERS, *Vegliate con me*, Bologna, 2013, 6.

³⁴ Del resto è la stessa Saunders ad attribuirsi la paternità del movimento di pensiero mondiale che prende appunto il nome di *hospice movement* (si veda, ad esempio, DAME CICELY SAUNDERS, *Social Work and Palliative Care – The Early History*, in *British Journal of Social Workers*, 2001, 31, 791).

³⁵ G. MICCINESI, A. CARACENI, F. GARETTO, G. ZANINETTA e M. MALTONI, *Il sentiero di Cicely Saunders*, in *Riv. it. cure pall.*, 2017, XIX, 1.

La Saunders, dopo avere interrotto gli studi di filosofia a Oxford a causa della guerra, fu infermiera, assistente sociale e poi, a quarant'anni, divenne medico allo scopo di portare avanti le intuizioni che aveva avuto nei primi venti anni di lavoro.

Nella sua stessa biografia professionale, dunque, si ritrova la prima spiegazione del suo approccio multidisciplinare al malato terminale; mentre nella sua spiritualità di cristiana evangelica, religione a cui si convertì da adulta, affiancata da una consuetudine di lavoro e di vita con persone di fede cattolica, affondano le radici della sua particolare attenzione agli aspetti spirituali della persona del paziente, all'interno di una impostazione che però ella volle mantenere completamente laica.

Dopo avere fatto esperienza in diversi ospedali, nel 1967 la Saunders costruì il primo *hospice* moderno, il *St. Christopher hospice* di Londra. Chiese agli architetti di costruire “niente di solenne”, ma al contrario “qualcosa che ti faccia sentire come se fossi a casa”³⁶ e studiò ogni minimo particolare dell'arredamento – il tessuto delle tende, ad esempio³⁷ – per creare un luogo di bellezza e di tranquillità.

Quanto all'attività del suo *hospice*, che diresse per molti anni, la Saunders non lo intese soltanto come un luogo di assistenza ai morenti. Lo concepì invece come luogo appunto di cura attiva e globale del malato volta a migliorarne la qualità di vita – una cura che la Saunders volle estendere anche alle famiglie dei pazienti, durante la malattia del familiare e poi nel periodo del lutto – e, insieme, come luogo di ricerca scientifica e di insegnamento, per la formazione specifica degli operatori nella nuova disciplina.

I tratti della filosofia di cura e le scoperte scientifiche della Saunders, all'epoca veramente rivoluzionarie, lo si è già detto, ancora oggi caratterizzano le cure palliative.

Innanzitutto la Saunders inventa un metodo scientifico: “ascoltare sistematicamente i pazienti, registrare le interviste e analizzarle fino a fondare sulle ‘parole’ dei malati i costrutti fondamentali della medicina palliativa”³⁸.

³⁶ F. GARETTO, *Spiritualità e azione. La radice del “carisma medico” di Cicely Saunders*, in *Libro italiano*, cit. p. 556.

³⁷ In una biografia della Saunders (S. DU BOULAY, *Cicely Saunders. L'assistenza ai malati “incurabili”*, Milano, 1986, 165) si legge che nel periodo concitato della ricerca dei fondi per la costruzione del *St. Christopher* la Saunders girava con scampoli di tessuto nel carrello per scegliere il tessuto più adatto per le tende dell'*hospice*: “Provate a immaginare di essere a letto, di non sentirvi bene – che tipo di tende preferireste?”.

³⁸ C. SAUNDERS, *Vegliate con me*, cit., 14.

Di conseguenza, la stessa Saunders attribuisce la nascita della disciplina palliativa non a se stessa ma a quelli che lei chiama i “pazienti fondatori”³⁹, indicandoli per nome. La grande finestra dell’atrio del *St. Christopher*, ad esempio, fu regalata con un lascito dal primo “paziente fondatore”⁴⁰, David Tasma, ben diciannove anni prima della sua effettiva costruzione, come simbolo della sua personale richiesta che fosse sempre mantenuta una comunicazione aperta con i malati⁴¹.

Il frutto fondamentale di questo metodo di lavoro è l’elaborazione del concetto di “dolore totale” del morente, come un dolore insieme fisico, psicologico, sociale e spirituale. La Saunders attribuisce la scoperta del concetto alla signora Hinson, che aveva detto: “il dolore è cominciato dalla schiena ma ora mi sembra che tutto di me sia sbagliato. [...] Nessuno sembrava capire come mi sentissi e mi sembrava che tutto il mondo fosse contro di me. Mio marito e mio figlio sono stati meravigliosi ma hanno dovuto lasciare il lavoro e spendere i loro soldi. Ma è così bello ricominciare a sentirsi di nuovo al sicuro”. Commenta la stessa Saunders: “con queste poche frasi, la signora Hinson aveva parlato del suo disagio sia mentale che fisico, dei suoi problemi sociali e del suo bisogno spirituale di protezione”⁴².

Naturalmente la risposta a un simile “dolore totale” non può essere altro che una cura altrettanto totale della persona del paziente, e cioè una cura multidisciplinare rivolta ai diversi aspetti fisici, psicologici, sociali e spirituali della sofferenza, allo scopo di fare sentire il malato appunto “di nuovo al sicuro”.

Quanto in particolare all’aspetto sociale, la Saunders si basa ancora una volta su ciò che i pazienti le riferiscono circa l’importanza che nell’*hospice* possa sempre entrare e restare, magari anche a dormire, chiunque voglia fare compagnia ai malati. Pensando a ciò che veramente la aiutava, una paziente aveva indicato le persone: “non mi abbandonano mai. Semplicemente continuano a venire da me”. Oppure, in una prospettiva di fede, un’altra paziente le aveva confidato che il modo in cui Dio si manifestava a lei era quello di “mandarle delle persone”⁴³.

³⁹ F. GARETTO, *Spiritualità e azione. La radice del “carisma medico” di Cecily Saunders*, in *Libro italiano*, cit. p. 555.

⁴⁰ F. GARETTO, *Cenni storici internazionali*, in *Libro italiano*, cit. p. 6.

⁴¹ C. SAUNDERS, *Postfazione. I problemi dell’eutanasia*, in S. DU BOULAY, *Cicely Saunders. L’assistenza ai malati “incurabili”*, cit., 255. Per qualche approfondimento sul concetto di “dolore totale”, che ancora oggi è considerato centrale nella teoria e nella pratica delle cure palliative, si rinvia a A. TURRIZIANI e G. ZANINETTA, *Il mondo delle cure palliative. Manuale per giovani medici*, Bologna, 2018, 329 ss.

⁴² Lo riferisce D. CLARK, *Cicely Saunders. A life and legacy*, Oxford-New York, 2018, 127.

⁴³ C. SAUNDERS, *Vegliate con me*, cit., 39.

In sintesi, la Saunders è la prima a comprendere “il potenziale potere curativo delle relazioni nelle cure di fine vita”⁴⁴.

Un'altra straordinaria scoperta della Saunders è di tipo farmacologico: la somministrazione dei farmaci contro il dolore a intervalli regolari e costanti e non, come prima si faceva, alla bisogna: “il dolore costante va dominato in modo costante, il che significa che i farmaci vanno somministrati regolarmente, in modo da impedire al dolore di ridestarsi”⁴⁵.

È importante sottolineare che lo scopo di questo nuovo modo di somministrare gli antidolorifici non è soltanto il controllo più efficace dei sintomi fisici, ma l’“autonomia del paziente” che – sono sempre le parole della Saunders – “va salvaguardata a ogni costo”. La necessità di chiedere il farmaco mette infatti il paziente in una condizione di completa dipendenza dai medici e dagli infermieri, e gli impedisce di vivere dignitosamente, nella massima autonomia possibile, la vita che gli resta da vivere.

4. Il percorso compiuto dalle cure palliative nell'ordinamento italiano

Ciò che colpisce, nella storia del movimento delle cure palliative in Italia, è innanzitutto la forza dirompente con cui, a partire dall'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, alcune realtà del mondo del volontariato lombardo scelsero di appoggiare e testardamente resero possibile mettere in pratica l'orientamento culturale di origine internazionale dell'*hospice movement*, che allora era abbracciato soltanto da un piccolo gruppo pionieristico⁴⁶ di medici e infermieri milanesi, e dunque era assolutamente minoritario e anzi pressoché sconosciuto nel resto d'Italia.

Le prime esperienze, finanziate esclusivamente con campagne di raccolte fondi, sono di tipo domiciliare. Il tipo di assistenza domiciliare che nasce all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso prende il nome di “modello Floriani”, dato che tutte le numerose *équipes* di professionisti sanitari che lo praticano sono tutte sostenute economicamente un soggetto privato, la Fondazione Floriani⁴⁷.

⁴⁴ G. MICCINESI, A. CARACENI, F. GARETTO, G. ZANINETTA e M. MALTONI, *Il sentiero di Cicely Saunders*, cit., 2.

⁴⁵ C. SAUNDERS, *Vegliate con me*, cit., 12.

⁴⁶ Il “modello Antea” troverà poi il suo “pieno sviluppo nel 2000 con l'apertura dell'*hospice* che è il primo centro dove sono erogate cure palliative domiciliari e residenziali dalla medesima équipe che opera in entrambi i contesti. In contemporanea nasce la Scuola di formazione Antea Formad che realizza corsi e i primi master in cure palliative” (G. CASALE e A. CALVIERI, *Le cure palliative in Italia: inquadramento storico*, in *Medic* 2014, 22, 24).

⁴⁷ F. ZUCCO, O. CORLI, D. AMADORI e F. DE CONNO, *Storia delle cure palliative in Italia*, in *Libro italiano*, cit., 2.

Nel 1986 il movimento culturale esce allo scoperto sulla scena nazionale, e nasce la Società Italiana di Cure Palliative (SICP), che fin dall'inizio si presenta come una delle rare società scientifiche multidisciplinari⁴⁸. Nel 1987, a Brescia, viene realizzato, a cura delle Ancelle della Carità, il primo *hospice* italiano. In quello stesso anno nasce a Roma il Centro Antea, una onlus che garantisce anch'essa assistenza domiciliare gratuita ai pazienti terminali, e così le realtà del terzo settore che si occupano di cure palliative iniziano a diffondersi anche in zone d'Italia diverse dalla Lombardia.

È importante sottolineare che una simile, straordinaria, mobilitazione della società civile in termini di idee, risorse e modelli organizzativi è arrivata a smuovere e indirizzare l'attività dei pubblici poteri in una direzione che questi ultimi autonomamente non avrebbero seguito, e notare come all'ampia portata all'iniziativa dei consociati, condotta sul piano pratico ma prima di tutto sul piano culturale, sia seguita nel giro di pochi anni una risposta del pubblico sostanzialmente adeguata⁴⁹.

Siamo dunque di fronte a una esemplare applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, o sociale, di cui all'art. 118, ultimo comma, Cost., realizzatasi tra l'altro ancora prima che il testo costituzionale nel 2001 esplicitamente imponesse ai poteri pubblici di ogni livello territoriale di favorire l'autonomia iniziativa dei privati, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale.

I servizi privati di assistenza domiciliare iniziano a convenzionarsi con il servizio sanitario nazionale soltanto verso la fine degli anni Novanta⁵⁰. Da quell'epoca in poi gli enti del terzo settore non cessano affatto di dare il loro apporto, che anzi aumenta progressivamente e si estende anche a Regioni diverse dalla Lombardia, fino a diventare oggi, come risulta dai dati disponibili,

⁴⁸ Accogliendo tra i suoi soci, accanto ai medici, infermieri, psicologi, assistenti sociali, filosofi e cultori di altre scienze sociali (www.sicp.it).

⁴⁹ La dottrina concorda nell'affermare che i rilevanti risultati via via conseguiti in Italia sul piano istituzionale e normativo, come sul piano delle risposte assistenziali "difficilmente sarebbero stati ottenuti in assenza di iniziative di soggetti privati che hanno messo a disposizione degli ammalati, dimessi dagli ospedali perché inguaribili, i primi servizi di assistenza domiciliare gratuita [...] ma che, al tempo stesso, e prima di tutto, si sono avveduti che la battaglia a favore della diffusione di un'assistenza volta a 'curare quando non si può guarire' non avrebbe potuto essere vinta senza guadagnare il piano culturale" (così P. BORSSELLINO, *La dimensione etica nelle cure palliative. L'esperienza del Comitato per l'etica di fine vita*, in *Salute e Società*, 2017, 83).

⁵⁰ F. ZUCCO, O. CORLI, D. AMADORI e F. DE CONNO, *Storia delle cure palliative in Italia*, cit., 2.

indispensabile per la stessa gestione quotidiana di ogni servizio, domiciliare o residenziale, di cure palliative⁵¹.

Nel 1999 nasce una organizzazione di secondo livello, rappresentativa degli enti del terzo settore operanti nelle cure palliative, la Federazione Cure Palliative (FCP)⁵², la cui esistenza costituisce un *unicum* in Europa⁵³.

A partire proprio da quell'anno prende avvio anche l'azione pubblica. Gli interventi normativi che si succedono nel tempo, fino all'istituzione della specialità in cure palliative del 2020, che in qualche modo chiude il cerchio, non solo rendono i servizi di cure palliative una realtà stabile e riconosciuta all'interno della sanità pubblica (nel 1999 gli *hospice* erano 3, ora sono, pare 270), ma contribuiscono anche, in un circolo virtuoso, a rafforzare nella stessa classe medica la cultura palliativistica, fino a farla diventare uno dei cardini del processo – su cui oggi molto si insiste – di umanizzazione in medicina.

Ed è questo il secondo elemento che colpisce nella storia del movimento delle cure palliative in Italia. Negli oltre venti anni che ci separano dalla prima legge che considera il fenomeno, il percorso compiuto dal legislatore – oltre che dalla giurisprudenza, e quindi in generale dal nostro ordinamento – è lineare, privo di oscillazioni, senza ripensamenti. Il recepimento della cultura delle cure palliative è incondizionato, sicuro, in costante crescita.

In altre parole, in quest'ambito il passaggio dall'etica al diritto, dalla bioetica al biodiritto – un passaggio solitamente molto problematico, come avvertiva Stefano Rodotà, perché si rischia sempre di imboccare la via dell'imposizione autoritaria da parte della maggioranza⁵⁴ – è avvenuto in modo condiviso e per così dire 'naturale', senza scontri ideologici, veti o ritardi.

Ripercorriamo dunque le tappe essenziali di questa evoluzione⁵⁵.

⁵¹ Il terzo settore risulta, dai dati disponibili, uno dei pilastri della rete di cure palliative in Italia (così A. BASSI e A. FABBRI, *Terzo settore e cure palliative*, in *Salute e Società*, 2017, 58 ss. e 75). In particolare, in alcune Regioni italiane le cure palliative domiciliari risultano pressoché integralmente affidate alle organizzazioni del terzo settore (M. MORONI e F. ZUCCO, *Modelli erogativi delle cure palliative*, in *Libro italiano*, cit., 17).

⁵² www.fedcp.org. Oggi la FCP conta come suoi soci 92 Organizzazioni non Profit, all'interno delle quali operano circa 6.000 volontari.

⁵³ F. ZUCCO, L. MORONI e C. CARAFFA, *Terzo settore nelle cure palliative in Italia*, in *Libro italiano*, cit., 628.

⁵⁴ S. RODOTÀ, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997, IX. Secondo C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, 80, quello delle cure palliative, unitamente al tema del consenso informato, è uno dei pochissimi ambiti del biodiritto nei quali il concetto fortemente ambiguo di dignità umana assume un significato chiaro e univoco.

⁵⁵ Per una rassegna più completa si rinvia a G. SCACCABAROZZI e F. ZUCCO, *Normative e sviluppo dei servizi di cure palliative*, in *Libro italiano*, cit., 619 ss.

Nel 1995 un parere del Comitato Nazionale per la Bioetica apre la strada alla successiva evoluzione normativa. Il parere afferma, tra l'altro, che le cure palliative presentano un "alto valore bioetico", dato che "trovano la loro sostanza" non nella guarigione del paziente ma "nella ferma intenzione di non lasciarlo solo"⁵⁶. Nel Piano sanitario nazionale 1998-2000, tra le previsioni del IV obiettivo, denominato "Rafforzare la tutela dei soggetti deboli", compare per la prima volta l'intendimento di "potenziare e qualificare l'assistenza a favore delle persone nella fase terminale della vita"⁵⁷. Nel 1999 si ha, come già ricordato, la prima vera tappa del cammino del movimento delle cure palliative in Italia sul versante dell'intervento pubblico perché la cosiddetta legge Bindi prevede un cospicuo finanziamento a favore delle Regioni che programmino la realizzazione di *hospice*⁵⁸. Nel 2000 un decreto del Presidente del Consiglio definisce cosa siano gli *hospice*, stabilendo i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi di tali strutture⁵⁹. A seguire, nel 2001, una legge voluta dal Ministro Veronesi agevola l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore⁶⁰ e nello stesso anno, come si è detto, le cure palliative (domiciliari, ambulatoriali e residenziali) sono fatte rientrare nei primi LEA, tra le prestazioni e i servizi che le Regioni devono garantire a tutti i consociati⁶¹. Nel Piano sanitario nazionale 2006-2008 si fa per la prima volta una chiara distinzione tra terapia del dolore e cure palliative⁶². Nel 2007 il Ministro della Salute definisce gli standard per l'assistenza dei malati terminali in trattamento palliativo⁶³.

⁵⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, parere del 14 luglio 1995 su "Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana". Il parere, inoltre, ritiene che le cure palliative sono il campo in cui la moderna medicina può riscoprire la sua "vocazione profonda di *cura*, in senso globale, quindi non solo fisico, ma anche psicologico ed esistenziale, dei sofferenti", e richiama l'attenzione della pubblica opinione su quanto sia "meritevole" il lavoro svolto dalle numerose organizzazioni di volontariato.

⁵⁷ d.P.R. 23 luglio 1998 (Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000).

⁵⁸ Art. 1 della legge 26 febbraio 1999, n. 39 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 1998, n. 450, recante disposizioni per assicurare interventi urgenti di attuazione del Piano sanitario nazionale 1998-2000).

⁵⁹ Si tratta del d.P.C.m. 20 gennaio 2000 (Atto di indirizzo e di coordinamento recante requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per i centri residenziali di cure palliative), preceduto dal d.m. Salute 28 settembre 1999 (Programma nazionale per la realizzazione delle cure palliative) e poi seguito da altri d.m. Salute che approvano i progetti presentati dalle Regioni in adempimento dell'atto di indirizzo.

⁶⁰ La legge è seguita a ruota dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 30 marzo 2001 su "La terapia del dolore: orientamenti bioetici", nel quale si auspica di "far entrare la terapia del dolore nei livelli essenziali e uniformi di assistenza".

⁶¹ d.P.C.m. 29 novembre 2001.

⁶² d.P.R. 7 aprile 2006 (Approvazione del «Piano sanitario nazionale» 2006-2008).

⁶³ d.m. Salute 22 febbraio 2007, n. 43 (Definizione degli standard relativi all'assistenza ai malati

Nel 2010, come si è detto in apertura del presente lavoro, viene approvata la legge n. 38. Nell'enunciare un vero e proprio "diritto" all'accesso alle cure palliative la legge contribuisce, tra l'altro, a rafforzare un orientamento giurisprudenziale già esistente che riteneva risarcibile come danno non patrimoniale alla persona per lesione di un diritto di rango costituzionale l'omissione o il ritardo della diagnosi di una malattia comunque non curabile⁶⁴. Successivamente alla legge, infatti, alcune pronunce sottolineano l'esistenza di un vero e proprio diritto inviolabile, *ex art. 2 Cost.*, a ottenere un intervento palliativo, e collegano il risarcimento del danno alla persona direttamente alle sofferenze derivate dalla mancata attivazione delle cure palliative a causa della diagnosi errata o tardiva⁶⁵. Altre pronunce, invece, richiamando la celebre frase delle *Memorie di Adriano* di Marguerite Yourcenar sull'esigenza dell'uomo di "entrare nella morte a occhi aperti", mettono l'accento sulla perdita del "ventaglio" di opzioni, che altrimenti la persona avrebbe avuto, per affrontare la prospettiva della morte ormai prossima⁶⁶. Nel 2017 sono approvati i nuovi LEA, nei quali nuovamente rientrano le cure palliative⁶⁷.

Sempre nel 2017 viene approvata la legge n. 219 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento (dat), la quale innanzitutto dispone che la formazione iniziale e continua di medici e infermieri comprende la formazione, oltre che in materia di relazione e di comunicazione con il paziente

terminali in trattamento palliativo, in attuazione dell'articolo 1, comma 169, della legge 30 dicembre 2004, n. 311). Si veda poi d.m. Salute 2 aprile 2015, n. 70 (Definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera).

⁶⁴ Cass., sez. III civ., sent. 18 settembre 2008, n. 23846; Cass., sez. III civ., sent. 20 agosto 2015, n. 16993; Cass., sez. III civ., 15 aprile 2019, n. 10424.

⁶⁵ Trib. Bologna, sez. III, sent. 17 gennaio 2017, n. 20018, con nota di A. SCALERA, *Responsabili i medici che non prestano le cure palliative al malato terminale*, in *Ridare*, 2017. In dottrina si ricordano alcune altre più risalenti pronunce di giudici di merito relative al diritto a non soffrire per mancanza di cure palliative (F. PERSANO, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, cit., 176-178). Secondo altra dottrina, anche la giurisprudenza di legittimità, tra cui Cass., sez. III civ., sent. 18 settembre 2008, n. 23846, richiamata alla nota precedente, collegherebbe il risarcimento del danno alla persona al diritto del malato a non soffrire (L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, 179) e, in effetti, alcune pronunce della Cassazione, ma non tutte, sembrano ragionare proprio in questi termini (così pare, ad esempio, Cass., sez. III civ., 23 maggio 2014, n. 11522).

⁶⁶ Considerando naturalmente tra le possibili opzioni tanto quella di avere le cure palliative, quanto quella di rifiutarle (Cass., sez. III civ., 15 aprile 2019, n. 10424, cit.).

⁶⁷ d.P.C.m. 12 gennaio 2017, cit. Nei nuovi LEA le cure palliative sono assicurate dal Servizio sanitario nazionale in tre forme: art. 23 (Cure palliative domiciliari); art. 31 (Assistenza sociosanitaria residenziale alle persone nella fase terminale della vita); art. 38 (Ricovero ordinario per acuti).

e di terapia del dolore, anche in materia di cure palliative”⁶⁸. La legge, inoltre, ribadisce che “è sempre garantita”, oltre a un’appropriata terapia del dolore, “l’erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38”⁶⁹ e aggiunge che “in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari”⁷⁰ il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. La previsione più importante ai nostri fini, tuttavia, è quella dell’art. 5, dedicato alla “Pianificazione condivisa delle cure”. Il nuovo istituto – all’estero già noto come *advance care planning*, e già riconosciuto come di particolare rilievo nel contesto delle cure palliative⁷¹ – è riservato proprio al caso in cui la relazione tra medico e paziente si trovi a dovere fare i conti con “una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta”. In proposito la legge prevede il valore vincolante di questo patto – valore vincolante che invece le dottrine non hanno in modo assoluto – disponendo che, “qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità”, il medico e l’*équipe* sanitaria sono addirittura “tenuti ad attenersi” alla pianificazione delle cure in precedenza stipulata (ed eventualmente in seguito aggiornata).

Nel 2019 viene presentato il secondo Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della legge sulle cure palliative, relativo agli anni 2015-2017 nel quale, oltre alle criticità e alle carenze di cui sopra si è già detto⁷², si evidenzia anche che il numero di *hospice* e di posti letto, quanto all’assistenza residenziale, e il numero di pazienti assistiti a domicilio, risultano in costante aumento. Nello stesso anno il CNB invita a considerare l’offerta effettiva di cure palliative e di terapia del dolore come “una priorità assoluta per le politiche della sanità”⁷³. Sempre nel 2019 interviene la sentenza costituzionale sul cosiddetto caso Cappato che, come è noto,

⁶⁸ Art. 1, c. 10, della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento).

⁶⁹ Art. 2, c. 1.

⁷⁰ Art. 1, cc. 2 e 3.

⁷¹ F. INGRAVALLO e I. CERQUETTI, *Disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure palliative*, in *Libro italiano*, cit., 542.

⁷² Si veda *supra* nel testo e in nota 10.

⁷³ Comitato Nazionale per la Bioetica, parere del 18 luglio 2019 su “Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito”. Il parere sottolinea, all’unanimità, che un’offerta effettiva di cure palliative e di terapia del dolore – un’offerta che oggi sconta “molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell’offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell’ambito delle professioni sanitarie” – dovrebbe rappresentare, invece, “una priorità assoluta per le politiche della sanità”.

pone l'offerta effettiva di cure palliative tra le condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio e si spinge ad affermare che l'accesso alle cure palliative si presta "a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita"⁷⁴.

L'ultima tappa di questo serrato cammino è, come si diceva, l'istituzione, con il "Decreto rilancio" del 2020, della scuola di specializzazione in medicina e cure palliative⁷⁵.

5. Cure palliative e principio personalista

Nella cronologia degli eventi più sopra sommariamente delineata emerge come la legislazione di sostegno alle cure palliative non nasce da un'imposizione autoritaria da parte della maggioranza, ma al contrario rappresenta un caso più unico che raro di scelta politica in ambito bioetico condivisa da tutti gli schieramenti⁷⁶ e per di più anticipata dalla società civile⁷⁷, in perfetta sintonia, come si è detto, con il principio di sussidiarietà orizzontale.

Ciò che ora è utile sottolineare è che il modello delle cure palliative presenta una singolare, straordinaria, rispondenza al principio personalista. Un principio che, come è noto, permea di sé l'intero edificio costituzionale, conformemente all'intento dei nostri Costituenti che era, secondo l'immagine di Giorgio La Pira,

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 242 del 2019, con soluzione peraltro già prefigurata da Corte cost., ord. n. 207 del 2018.

⁷⁵ In verità nel 2020 l'ordinamento italiano, forse a causa della pandemia, ha visto succedersi anche altre importanti novità per le cure palliative.

In primo luogo, la Circolare del Ministro della Salute 14 maggio 2020, n. 5351 (Prescrizioni di medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope con ricetta dematerializzata) ha inserito i farmaci per la terapia del dolore di cui alla legge n. 12 del 2001 tra quelli prescrivibili con ricette dematerializzate.

In secondo luogo, un'Intesa Stato-Regioni ha definito i processi omogenei di selezione e formazione dei volontari impegnati nelle cure palliative (Rep. Atti n. 103/CSR del 9 luglio 2020).

Infine, la Conferenza Stato-Regioni ha approvato due documenti sull'accreditamento delle reti di Cure Palliative e di Terapia del Dolore. Quanto in particolare alla Rete di Cure Palliative, le Regioni e le Province autonome si sono impegnate a recepire i contenuti dell'accordo raggiunto in Conferenza Stato-Regioni inserendo i contenuti di accreditamento della rete volti alla qualificazione dei percorsi di cure palliative nelle procedure di accreditamento ordinariamente utilizzate, e contestualmente si sono impegnate ad avviare le procedure per l'accreditamento delle reti locali di cure palliative nel territorio di competenza e ad attivare un sistema di monitoraggio (Rep. Atti n. 118/CSR del 27 luglio 2020).

⁷⁶ Analogamente G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019, 91.

⁷⁷ G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 252 ss.

quello di creare una “Costituzione umana”, e cioè una “casa” “fatta per l’uomo”, nella quale la persona costituisca il “sostegno” e la “pietra angolare” dell’intero edificio⁷⁸.

Per apprezzare la rispondenza del modello di cure palliative al principio personalista è essenziale ricordare quale sia l’effettiva consistenza del principio.

Di esso, infatti, si usa sottolineare l’aspetto della precedenza – logica, storica, assiologica – della persona umana rispetto a ogni potere pubblico costituito e la conseguente anteriorità dei suoi diritti. Tuttavia, questi non sono caratteri propri in via esclusiva né del pensiero personalista né della Costituzione italiana, ma piuttosto stanno alla base del costituzionalismo anglo-americano fin dalle origini, e poi anche di tutte le Costituzioni europee del secondo dopoguerra⁷⁹.

Inoltre, se si ritenesse che il principio personalista fornisca semplicemente un’indicazione di valore, e cioè l’esigenza del rispetto dei diritti fondamentali dell’uomo e della sua dignità, non sarebbe facile ricavare da esso indicazioni univoche, se non quella che il legislatore e il giudice costituzionale, nel compiere il sempre necessario bilanciamento tra interessi individuali, collettivi e generali, tengano sempre conto del fatto che “nessuna esigenza istituzionale, che non incida, direttamente o indirettamente, su diritti fondamentali potrebbe giustificare una restrizione della generale sfera di libertà dei cittadini”⁸⁰.

In effetti, a parere di chi scrive sono piuttosto altre due le coordinate del principio personalista accolto dalla nostra Costituzione che gli conferiscono un indubbio tratto di originalità nel panorama costituzionale comparato e che, soprattutto, si rivelano in particolare sintonia con la filosofia delle cure palliative.

In primo luogo, la Costituzione italiana fornisce una definizione inedita di “persona”. “Persona” è l’essere umano in relazione con altri e con l’intera società, l’uomo sociale, o, come diceva Crisafulli, l’“uomo intero”, “l’uomo concreto, insomma, concretamente condizionato dalla sua situazione reale in seno alla società civile”⁸¹.

Questa vera e propria definizione giuridica di “persona” si legge nell’art. 2 Cost., là dove si discorre di “uomo”, e cioè di “essere umano”, prevedendo che esso debba essere inteso “sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”. Allo stesso modo l’art. 3, primo comma, Cost., affer-

⁷⁸ LA PIRA in AC, sed. pom. 11 marzo 1947.

⁷⁹ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 2 ss.

⁸⁰ G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazione delle tutele*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. VENTURA e A. MORELLI, Milano, 2015, 2015, 53.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, (1954), poi in Id., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 191.

mando la pari “dignità sociale” di ciascuno, insiste nel qualificare il destinatario dell’eguaglianza formale, e cioè ogni persona, nei termini di essere umano in relazione con altri⁸². Coerentemente con l’idea di persona come “uomo sociale”⁸³, inoltre, la struttura della parte I della Costituzione presenta le posizioni soggettive di diritto e di dovere ivi elencate in forma di “rapporti” (civili, etico-sociali, economici e politici, come recita il nome dei quattro titoli di quella parte) e, dunque, di relazioni umane, alle quali poi la Costituzione stessa chiede di improntarsi al principio di solidarietà. Come del resto l’appena evocato principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118 Cost. è espressione esso stesso della “profonda socialità” che connota la persona umana⁸⁴.

Il secondo carattere originale del principio personalista accolto dalla nostra Costituzione è che esso fissa la finalità dell’azione del potere pubblico, individuandola nella completa realizzazione, nel “pieno sviluppo”, di ogni persona così definita. Una realizzazione e uno sviluppo, tra l’altro, che deve attuarsi “secondo le proprie possibilità e la propria scelta”, come afferma l’art. 4 Cost. a proposito del “lavoro”, a sua volta da intendersi come una qualunque attività umana che concorra al progresso materiale o spirituale dell’intera società. Ed è bene ricordare sempre che proprio questa definizione di “lavoro” chiarisce il senso del fondamento su di esso della Repubblica (art. 1 Cost.): la centralità della

⁸² G. SILVESTRI, *Emergenza da Covid-19 e genere: considerazioni introduttive*, in *Emergenza Covid-19 e genere*, a cura di E. CATELANI e M. D’AMICO, in corso di pubblicazione per la casa editrice Il Mulino, in proposito afferma che la Costituzione italiana indica la pari dignità sociale come “premessa indispensabile per l’eguaglianza *tout court*”; pone la dignità non “sul piano idealistico, bensì su quello concreto della società”; e richiede di seguire “le varie posizioni e collocazioni della persona concreta sociale” in vista di una “concretizzazione delle tutele, riferite alle persone e non soltanto ai soggetti” astrattamente considerati.

⁸³ L’espressione nel testo è di G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1099.

⁸⁴ Così Corte cost. sentt. n. 228 del 2004 e soprattutto n. 131 del 2020, secondo cui il principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost. “ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della ‘profonda socialità’ che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una ‘azione positiva e responsabile’ (sentenza n. 75 del 1992): fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all’origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di *welfare*, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso”.

persona umana richiede infatti di rileggere la democrazia in termini nuovi, come “una democrazia ove, abbandonata ogni concezione individualistica, la persona umana è chiamata a partecipare attivamente – riprendendo le parole di Basso – ‘per la propria opera [...] alla vita di tutti’”⁸⁵.

Ebbene. Se davvero i due tratti originali che caratterizzano il principio personalista accolto dalla nostra Costituzione sono quelli di concepire l’essere umano come essere essenzialmente sociale e di volgere l’azione dei pubblici poteri, legislatore e potere giudiziario compresi, al pieno sviluppo di ciascuna, singola, persona così intesa, allora una legislazione che preveda l’accesso alle cure palliative all’interno del servizio sanitario pubblico come diritto del paziente con malattia inguaribile si pone come precisa e piena attuazione del principio stesso in riferimento alla persona vicina al momento della sua morte.

L’obiettivo delle cure palliative nella concezione della Saunders e nelle sue attuali applicazioni, infatti, è quello di assicurare al paziente, fin dove è possibile, la sua autonomia, intesa proprio come possibilità di essere se stesso, di continuare a vivere la vita che egli sente come propria – in una parola, di svolgere in modo pieno la propria personalità – creando le condizioni che consentano di mantenere le sue relazioni interpersonali e, per quanto possibile, una sua collocazione all’interno della società.

In questo senso, la disciplina legislativa italiana rende oggi ossequio alla natura relazionale dell’essere umano anche sotto un altro specifico profilo, là dove, introducendo l’istituto della pianificazione condivisa delle cure, di cui si è detto sopra, prevede che nei confronti del malato grave sia valorizzata “relazione”, appunto, “di cura e di fiducia tra paziente e medico”. La pianificazione condivisa delle cure tra medico e paziente – che poi nel contesto delle cure palliative diventa una pianificazione condivisa tra tutti coloro con cui la persona del malato terminale ha instaurato relazioni umane significative, e dunque tra il paziente e i suoi familiari, o le persone di sua fiducia, e il medico e l’intera *équipe* – oltre ad aumentare non solo la qualità ma pare anche la quantità della vita residua⁸⁶, rispetta nel contempo le scelte del malato, il suo personale progetto di vita, e la necessaria considerazione della sua persona come essere relazionale, perché richiede che tutti coloro che gli sono vicini partecipino alle sue scelte estreme.

È vero che la legge del 2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento in apertura invoca, tra i suoi valori di riferimento, oltre che i “principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli

⁸⁵ T. GROPPI, “*Fondata sul lavoro*”. *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, (2012), ora in Ead., *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, 81.

⁸⁶ G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Milano, 2019, 417.

1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" e i diritti "alla vita, alla salute, alla dignità", anche il diritto del paziente alla sua "autodeterminazione"⁸⁷. Tuttavia, già pare impossibile parlare di autodeterminazione 'pura' del paziente in riferimento all'istituto del consenso informato soprattutto per la centralità che la stessa legge assegna, nella formazione del consenso informato, alla comunicazione tra medico e paziente, che impedisce di considerare il medico come mero mezzo esecutivo di una volontà del paziente formata in modo autonomo e del tutto avulso dalla relazione con il medico⁸⁸. A maggior ragione non è possibile riferirsi al principio di autodeterminazione in senso assoluto per l'istituto della pianificazione condivisa delle cure perché esso, fin dalla sua denominazione, rifiuta di concepire il paziente come individuo isolato dagli altri individui e posto in connessione con la sua sola volontà e coscienza. Semmai, l'istituto della pianificazione condivisa delle cure, in ossequio al principio del rispetto della persona umana in ambito di trattamenti sanitari (art. 32, secondo comma, Cost.), è volto alla massima valorizzazione di ogni possibile spazio residuo di autonomia personale del malato terminale, intesa quest'ultima non come autonomia assoluta⁸⁹, o appunto autodeterminazione 'pura', ma piuttosto – in perfetta consonanza con il pensiero della Saunders, che si riferiva costantemente alla "autonomia relazionale" del paziente, piuttosto che alla sua autodeterminazione⁹⁰ – come possibilità di realizzare la propria personalità (artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.) anche in uno stato di malattia non curabile, tramite relazioni umane ispirate alla solidarietà.

Tornano a questo proposito fondamentali le parole che Carlo Maria Martini scrisse nel 2007, già molto malato, in un coraggioso articolo sul *Sole24ore*, significativamente intitolato *Io, Welby, la morte*: "per stabilire se un intervento medico

⁸⁷ Art. 1, c. 1, della legge 22 dicembre 2017, n. 219, cit.

⁸⁸ Così A. NICOLUSSI, *Autonomia contrattuale e diritti della persona*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA, Torino, 2016, 65. Ricorda, ad altri fini, che al principio di autodeterminazione non può essere assegnato un carattere tirannico R. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, dat e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019, 81. Lega il principio del consenso informato esclusivamente agli artt. 2 e 13, primo comma, Cost. S. AGOSTA, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020, 55 ss.

⁸⁹ In generale, sulla difficoltà di trasfondere ai temi del biodiritto, riguardanti l'essere della persona umana, le categorie giuridiche, quali quella di 'autonomia privata', elaborate per i rapporti giuridici di carattere patrimoniale, e dunque riguardanti l'avere, si rinvia ancora ad A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 2016, 1 ss.

⁹⁰ G. MICCINESI, A. CARACENI, F. GARETTO, G. ZANINETTA e M. MALTONI, *Il sentiero di Cicely Saunders*, cit., 5.

è appropriato [...] non può essere trascurata la volontà del malato, in quanto a lui compete [...] di valutare se le cure che gli vengono proposte, in tali casi di eccezionale gravità, sono effettivamente proporzionate. Del resto questo non deve equivalere a lasciare il malato in condizione di isolamento nelle sue valutazioni e nelle sue decisioni, secondo un principio di autonomia che tende erroneamente a considerarla come assoluta. Anzi è responsabilità di tutti accompagnare chi soffre, soprattutto quando il momento della morte si avvicina”.

Non a caso, il Cardinale Martini completava il suo ragionamento ricordando la “grande importanza” della medicina palliativa, dato che essa impone di continuare l’assistenza “commisurandosi alle effettive esigenze della persona”⁹¹.

⁹¹ C.M. MARTINI, *Io, Welby, la morte*, ora in *Curare la persona*, cit., 105.

Un passo avanti problematico nella dignità per morire*

Il tema dell'incontro odierno è il dibattito sul diritto di morire o sull'obbligo di vivere della persona, anche quando le condizioni della vita siano o appaiano ad essa intollerabili e tali da farle preferire la morte. È un percorso scandito da diversi momenti e segnato da troppi e persistenti scontri ideologici, religiosi, culturali, politici e giuridici.

Il primo e fondamentale valore che viene in considerazione è quello della vita. La Costituzione ne sottolinea la dimensione personale e sociale (art. 2); la inviolabilità assoluta anche da parte dello Stato (art. 27 e art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 2007); le condizioni irrinunciabili di dignità (sia esplicitamente, art. 3, sia implicitamente, ad es. artt. 27, 32 e 36) nel suo svolgersi e nella sua conclusione.

La Costituzione non definisce la vita; riconosce implicitamente il suo carattere di presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali; non afferma esplicitamente un diritto ad essa, ma non propone neppure un dovere esplicito o implicito di vivere. Una interpretazione ragionata degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione sembra consentire di affermare che non è configurabile né un obbligo (coercibile) di vivere, né un generico diritto di morire (anche con l'aiuto di terzi su richiesta dell'interessato).

Insomma, un diritto personalissimo, inviolabile da parte di tutti i terzi (compreso lo Stato); ma non indisponibile per il suo titolare, come si evince già dalla definizione della salute nell'art. 32 della Costituzione. Un *diritto* "fondamentale" (l'unica volta in cui il costituente usa questa qualificazione) dell'individuo, un *interesse* della collettività.

Nel dibattito sul fine vita si è giunti prima al riconoscimento del diritto del malato a rifiutare la terapia anche quando essa sia costituita da interventi di sostegno vitale, come nel caso di Piergiorgio Welby nel 2006; poi al riconoscimento delle c.d. disposizioni anticipate di fine vita, come nel caso di Eluana Englaro nel 2009. Infine – con l'ordinanza n. 207 del 2018 e con la sentenza n. 242 del 2019,

* Il testo, con il titolo "*Un passo avanti problematico nella dignità per morire*", è stato pubblicato sul n. 2/2021 della rivista *Cassazione penale*.

in mancanza di un intervento legislativo nel frattempo – la Corte ha ritenuto non punibile, ai sensi dell'art. 580 c.p., chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio di una persona su richiesta di quest'ultima, che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli; sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitali; sia affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che essa reputa intollerabili.

Le vicende precedenti avevano condotto – troppo tardi e fra troppe polemiche – all'approvazione della legge n. 219 del 2017. Essa ha disciplinato in parte questa materia, prevedendo le modalità e le condizioni per anticipare la propria volontà sul trattamento di fine vita da parte dell'interessato consapevole ed informato, e per l'attuazione di quelle volontà nel momento in cui egli sia divenuto incapace.

La legge esclude l'accanimento terapeutico (*«Nei casi di pazienti con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati»*). Prevede la *«promozione di ogni azione di sostegno»* e il dovere di *«adoperarsi per alleviare le sofferenze»* avvalendosi di mezzi appropriati anche a favore del malato che rifiuti il trattamento terapeutico, esercitando un suo diritto riconosciuto dall'articolo 32 della Costituzione. Soprattutto, comprende fra i trattamenti subordinati al consenso del malato – secondo l'orientamento dominante della scienza medica – anche gli interventi di sostegno vitale (ad es. l'alimentazione, l'idratazione o la ventilazione forzata) in mancanza dei quali sopravvenga la morte, per il loro carattere invasivo e la professionalità ed organizzazione sanitaria richieste per praticarli.

Infine la legge richiede il rispetto delle disposizioni anticipate di fine vita da parte del medico e la possibilità di disattenderle solo quando *«appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistono terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»*.

Alla soluzione del problema del fine vita aveva contribuito in modo determinante la legge n. 38 del 2010 (*«Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore»*). Essa finalmente ha riconosciuto il dolore come una malattia e il diritto a non soffrire, superando una concezione tradizionale del dolore come strumento di espiazione e/o di acquisizione di meriti, o addirittura e peggio come strumento di indagine (la tortura per far confessare) e di giustizia.

Le terapie palliative e quelle contro il dolore possono divenire nel concreto essenziali per accompagnare il decorso finale di una malattia; per assicurare al malato e a chi lo circonda condizioni di dignità e di serenità, nei limiti del possibile; per offrire un'alternativa alla spinta a porre termine alla vita, al fine di non protrarre sofferenze intollerabili. Insomma, per assicurare condizioni di dignità

nel morire, quando invece di un inutile accanimento terapeutico sono necessarie l'assistenza, l'accoglienza e la solidarietà verso chi muore. A tal fine, *«In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari (da correlarsi ovviamente alla prognosi infausta a breve o all'imminenza di morte, previste nel medesimo art. 2 della legge 219 del 2017) il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente»*.

Restava invece da risolvere il problema della diseguaglianza fra chi è in grado di porre fine alla propria vita da solo, senza bisogno dell'aiuto di un terzo ovvero è in grado di rifiutare o revocare il consenso all'intervento terapeutico di sostegno vitale (anche attraverso le disposizioni anticipate di trattamento); e chi invece ha bisogno di quell'aiuto. Il caso emblematico di Fabiano Antoniani nel 2017 (dj Fabo) ha riaperto la via alla discussione sul "diritto a morire" e alle critiche di carenze o al contrario di aperture eccessive nella legge n. 219/2017.

Fabiano Antoniani – in uno stato di patologia irreversibile, con sofferenze fisiche e psicologiche ritenute da lui intollerabili, tenuto in vita con trattamenti di sostegno vitale e capace di prendere decisioni libere e consapevoli – ha rifiutato di consentire il ricorso dei medici alla sedazione palliativa profonda prevista dall'art. 2 della legge 219/2017, per il contrasto di quest'ultima con la sua dignità. Ha ritenuto l'intervento di terzi nel porre fine alla sua vita l'unica via di uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità, ad un mantenimento artificiale in vita non voluto e che aveva il diritto di rifiutare.

Secondo un primo orientamento, la legge 219 del 2017 – in generale o quanto meno in situazioni come quella emblematica del dj Fabo – avrebbe dovuto riconoscere esplicitamente il diritto di morire e la liceità dell'aiuto di un terzo a chi vuole ma non è in grado di esercitarlo autonomamente. Secondo altri invece quella legge ha posto le premesse della "china scivolosa" e ha dato una spinta a percorrerla: sino a giungere alle inaccettabili strutture imprenditoriali organizzate per una "dolce morte a pagamento". Sono strutture operanti oramai in diversi paesi; sono ispirate alla logica del profitto ben più che a quella della solidarietà; sono le premesse di una diseguaglianza nel morire fondata sulle disponibilità economiche, altrettanto se non più marcata di quella della disuguaglianza che si intende risolvere.

Indubbiamente la differenza fra chi può e chi invece non può darsi la morte da solo è difficile da accettare; ma sembra difficilmente superabile. Un intervento del terzo potrebbe allargarsi dall'accoglienza della richiesta dell'interessato alla pressione su di esso per molteplici altre ragioni. Gli interessi familiari e/o economici, le esigenze di costi e risparmi, le procedure selettive in ragione dell'età potrebbero tradursi nella induzione di un soggetto debilitato perché rifiuti la terapia, approfittando delle sue condizioni. Potrebbero agevolare il passaggio

dall'assenza di un obbligo di vivere ad un vero e proprio obbligo di morire: una strada al fondo della quale vi è l'“*igiene razziale ed eugenetica*” del nazismo per la soppressione di una vita “*indegna di essere vissuta*”.

Da ciò la necessità di una particolare attenzione nel valutare le condizioni di capacità e di autodeterminazione di chi rifiuta il trattamento terapeutico in condizioni debilitate dalla infermità o dalla età. Da ciò la inesigibilità (art. 1 comma 6 della legge n. 219/2017) di «*trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*» e l'assenza di obblighi professionali dal medico di fronte a tali richieste.

Da ciò la discussione tuttora accesa sulla disciplina penale del delitto di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di quello di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Quest'ultimo prevede e punisce con la medesima sanzione sia la determinazione di altri al suicidio o il rafforzamento dell'altrui proposito suicida, sotto il profilo della partecipazione psichica; sia l'agevolazione in qualsiasi modo dell'esecuzione del suicidio, sotto il profilo della partecipazione materiale. Quest'ultima viene interpretata dalla giurisprudenza prevalente nel modo più ampio.

È evidente la difficoltà di distinguere in concreto tra la prima ipotesi (omicidio del consenziente), la seconda (istigazione) e la terza (aiuto al suicidio). Lascia perplessi l'identità di trattamento punitivo previsto per la seconda e per la terza ipotesi, che sono certamente fra loro diverse per configurabilità e per disvalore intrinseco, soprattutto a fronte dell'ampiezza della condotta di aiuto al suicidio, descritto dalla norma come “*agevolazione in qualsiasi modo*”.

Lascia ancor più perplessi l'alternativa drastica che ne deriva – senza soluzioni intermedie, le quali tengano conto della concretezza dei singoli casi (*rectius*, drammi di sofferenza) – fra la punizione di qualsiasi forma di aiuto alla persona che abbia già consapevolmente maturato una decisione di suicidarsi per l'intollerabilità della propria situazione e per la propria dignità; e l'eliminazione al contrario di qualsiasi tutela e/o regolamentazione rispetto alle interferenze di terzi e al possibile loro abuso, di fronte ad una persona che chiede aiuto in condizioni di debolezza e di “*minorata difesa*” per le sue condizioni fisiche e/o psichiche.

Alla Corte costituzionale era stato presentato dal giudice di Milano il caso dell'assistenza di un terzo al suicidio del dj Fabo, da quest'ultimo deciso ed attuato in una struttura medica elvetica (ove aveva chiesto all'imputato di accompagnarlo), per le proprie intollerabili condizioni di sofferenza irreversibile e di ritenuta perdita della dignità in tali condizioni. Alla Corte era stato chiesto in sostanza di risolvere il conflitto ravvisato in quel caso dal giudice tra il valore della vita ed il valore della autodeterminazione e della dignità.

La Corte costituzionale, con una scelta innovativa nel metodo, attraverso l'ordinanza n. 207/2018, ha ritenuto di rinviare la propria decisione ad un termine

prefissato, per consentire al legislatore di intervenire a risolvere l'alternativa fra i due estremi: il divieto assoluto di un intervento del terzo ancorchè su richiesta dell'interessato, in nome dell'inviolabilità e del valore del bene vita; la libertà piena del suicidio aiutato dal terzo, in nome della dignità e del valore dell'auto-determinazione della persona.

In precedenza, seguendo una prassi consolidata, la Corte aveva dichiarato inammissibili questioni di costituzionalità il cui accoglimento avrebbe richiesto – come quella di specie – un intervento creativo, per definire casi, modi, condizioni e procedure al fine di consentire la soluzione del caso sottopostole senza dare causa ad un “vuoto di tutela” costituzionalmente ingiustificato. A tal fine la Corte aveva più volte formulato dei moniti per l'intervento del legislatore (per lo più non accolti da quest'ultimo), riservandosi di intervenire successivamente nel caso di inerzia di esso.

In questo caso invece, per evitare l'ulteriore applicazione di una normativa ritenuta non conforme – almeno in parte – alla Costituzione, in considerazione dei valori coinvolti e della peculiarità del caso, la Corte ha ritenuto invece di differire la decisione ad una udienza fissa e ad un termine peraltro assai breve: meno di un anno (ove si guardi all'*iter* quasi decennale richiesto per approvare la legge n. 219 del 2017), mediante il rinvio del giudizio per consentire l'eventuale intervento del legislatore.

La soluzione adottata allarga il ventaglio di decisioni e di interventi della Corte, anche sulla base di esperienze – prima giurisprudenziali e poi normative – di altri ordinamenti. Viene incontro a esigenze concrete e assai serie; solleva peraltro interrogativi altrettanto seri.

Nel merito era stato posto alla Corte il quesito se il divieto penalmente sanzionato di un aiuto richiesto per morire, da parte di una persona in condizioni simili a quelle previste dall'art. 2 della L. 219/2017, fosse conforme o meno al principio costituzionale di autodeterminazione.

La Corte costituzionale ha risposto in una prospettiva parzialmente diversa, fondata sulla legge 219/2017 e sul caso concreto del dj Fabo, con la restrizione della portata dell'art. 580 c.p. Ha ritenuto – in un contesto di paternalismo cauto e moderato – che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è costituzionalmente legittima e doverosa per la tutela del bene-vita di soggetti vulnerabili e fragili, a fronte del rischio di abusi. Ha aggiunto tuttavia che l'area del “lasciarsi morire” non comprende solo l'attesa della morte con il rifiuto di interventi, ma altresì la sua accelerazione mediante somministrazione di sostanze tossiche attraverso l'aiuto di un terzo, per chi si trova in condizioni particolari e non è in grado di agire da solo.

La Corte ha individuato i casi di deroga al divieto di aiuto mutuandoli in concreto dal caso del dj Fabo come modello, alla stregua della legge 219/2017.

Ha precisato in altre parole, che secondo tale legge il valore cardine della vita non esclude il rispetto della volontà della persona di porle fine con il distacco/interruzione degli interventi di sostegno e di sedazione profonda in condizioni particolari di sofferenza e irreversibilità. Quel valore non può perciò essere ostacolo alla richiesta di aiuto ad un terzo, per giungere ad una morte dignitosa; impedire al malato – che può rifiutare le cure per morire in condizioni di sedazione profonda – di chiedere aiuto per accelerare la morte sarebbe in evidente contrasto con il principio di eguaglianza e ragionevolezza.

Il richiamo alla dignità in senso soggettivo è più volte formulato nell'ordinanza 207/2018, mentre nella sentenza n. 242/2019 è "ridimensionato"; forse perché nel frattempo la Corte, con la sentenza n. 141/2019 ha esplicitamente optato per una nozione di dignità in senso oggettivo e non soggettivo, come quella espressa dal dj Fabo e richiamata dalla Corte nell'ordinanza.

A fronte dell'inerzia del legislatore, la Corte ha optato per una sentenza "manipolativa" che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio a persona che soffre, versa nelle condizioni previste dall'art. 2 L 219 del 2017 ed ha liberamente e autonomamente formato il proposito di suicidio in condizione di prendere una decisione libera e consapevole. La Corte sottolinea altresì sia la necessità di verifica delle condizioni e modalità di esecuzione in una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, sia del previo parere del comitato etico territorialmente competente.

La decisione della Corte costituzionale svolge in realtà un compito di supplenza all'inerzia del Parlamento; guarda con particolare attenzione al caso concreto, più come corte dei diritti che come corte della costituzionalità delle leggi. Essa aggiunge alla sofferenza fisica quella psichica, meno "misurabile" della prima; aggiunge alla dipendenza da interventi con strumenti invasivi di sostegno vitale quella da farmaci; richiede l'intervento dei comitati di bioetica che allo stato hanno altre competenze; apre la via ad un ulteriore indebolimento del principio di tassatività; può creare problemi con la previsione dell'obiezione di coscienza del personale medico.

A fronte delle perplessità (e delle critiche) che l'orientamento e le due decisioni della Corte costituzionale sollevano, va tuttavia apprezzato l'equilibrio da essa ricercato in uno sforzo di mediazione fra interessi in forte conflitto fra loro.

La "procedimentalizzazione" per la verifica delle condizioni e modalità della richiesta e del consenso si colloca in un dialogo auspicato fra il malato ed il medico, con l'intento di vincere il proposito suicida del primo e di "sburocratizzare" il percorso; esprime attenzione più per il fatto concreto che per la formulazione della regola; guarda soprattutto al dolore e alla sofferenza della persona. È un

primo riconoscimento della necessità di una presenza del principio fondamentale di solidarietà nella presa d'atto e nella verifica dell'autodeterminazione in una persona che spesso chiede in realtà di non soffrire più; non di morire.

I rischi del *vulnus* ai principi di tassatività e di certezza sussistono certamente, e sono emblematici – in una situazione così drammatica e “umana” – della crisi del principio di legalità formale cui si richiama esplicitamente la nostra Costituzione nell'ambito penalistico.

Quei rischi trovano conferma nelle prime pronunzie che applicano il principio formulato dalla Corte, e che si dividono subito nelle alternative della assoluzione perché il fatto non sussiste (Corte d'Assise di Milano, 23 dicembre 2019) o perché il fatto non costituisce reato (Corte d'Assise di Massa, 19 ottobre 2020).

Quei rischi preludono, probabilmente, ad una ulteriore dilatazione della “regolamentazione del fine vita” in nome della libertà, come molti chiedevano. Tuttavia sono rischi che forse è giusto correre, pur cercando di contrastare sia essi che gli abusi suscettibili di derivazione.

Tuttavia si può – forse si deve – osservare come già un'interpretazione del concetto di “agevolazione” più restrittiva di quella proposta dalla Cassazione, consentirebbe forse di sottrarre alla rigidità della norma penale ciò che è riconducibile alla solidarietà. Quest'ultima è un profilo importante quanto se non più di quello della legalità, quando si entra nel territorio e nel dramma del fine vita. È un tentativo di trovare un equilibrio nella concretezza, fra il conservare un limite necessario per il rispetto della vita e il non ostacolare una solidarietà che è l'ultimo conforto per chi se ne sta andando.

È uno sforzo da coltivare al massimo grado, anche a prezzo di una dilatazione dell'interpretazione nel e per il caso concreto: la legge per l'uomo e non l'uomo per la legge, almeno in questo passaggio. È un caso emblematico della difficoltà di una distinzione precisa fra l' “interpretazione creativa” e la “creazione interpretativa” della norma; della necessità quindi di evitare che la confusione fra di esse diventi un'abitudine.

Ciascuno muore solo; ma questo non è un motivo né buono né sufficiente perché gli altri lo lascino ancora più solo o aggravino la sua solitudine, con il richiamo (talora il pretesto) della sua libertà e della sua autodeterminazione nel momento in cui chiude la sua pagina terrena. Altrimenti si corre il rischio di giungere al paradosso di punire chi tiene per mano il morente nel suo congedo, perché in tal modo comunque lo agevola nel momento più impegnativo, difficile e definitivo della sua esistenza; o, al contrario, di lasciare mano libera a chi sia mosso da ben altri fini (e interessi) rispetto a quelli della solidarietà.

Il ruolo della giurisprudenza di fronte alle questioni eticamente sensibili

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo della giurisprudenza e questioni etiche.

1. Premessa

Grazie Presidente per l'invito a partecipare ad un corso, curato dal dott. Gianluca Grasso, su 'Bioetica e biodiritto', disciplina di grande interesse che ricomprende tematiche non sempre considerate con la dovuta attenzione nelle facoltà di giurisprudenza, sebbene queste stiano acquisendo sempre più rilevanza legislativa e giurisprudenziale, anche a livello internazionale, soprattutto con l'evolversi della scienza e dei problemi etici e giuridici che questa solleva in merito ai diritti umani e ai nuovi diritti fondamentali.

Il Novecento è stato il secolo della fisica, in specie della tecnologia nucleare, i primi decenni del Duemila già si sono annunciati come quelli della biologia e dell'ingegneria genetica. Soprattutto si assiste ad un rapido sviluppo delle techno-scienze e delle tecnologie convergenti: combinazione e sinergia di diversi settori scientifici (nanotecnologie, nanoscienze, biotecnologie, tecnologie dell'informazione, scienze cognitive e neuroscienze, IA).

Sembra allora ragionevole porsi le domande avanzate dal sociologo bioeticista americano Jeremy Rifkin: «Il potere delle nuove tecnologie genetiche è un appropriato esercizio di potere? Salvaguarda e aumenta piuttosto che destabilizzare e diminuire la diversità biologica del pianeta? è facilmente gestibile o è in fondo incontrollabile? Protegge le opportunità o sminuisce le opportunità per le generazioni future e per le altre creature che vivono con noi? Promuove il rispetto per la vita o lo diminuisce? Se facciamo un'analisi costi-benefici, fa più male che bene?»¹. E queste domande che Rifkin si pone con un preciso riferimento all'ingegneria genetica ben possono essere rivolte a tutto ciò che è techno-scientificamente possibile in ambito umano.

¹ J. RIFKIN, *Il secolo biotech*, Milano 2003, 363.

Domande che necessitano una risposta. Così a fronte di un cieco e forse voluto iniziale ottimismo nel non porre limiti alla scienza, oggi a seguito dell'enorme progresso, continuo, irreversibile della trasformazione tecnologica e tecnocratica del mondo, gli Stati nazionali, come le organizzazioni internazionali, sono alla ricerca di una regolamentazione della sperimentazione umana e dell'applicazione delle biotecnologie². Una normativa la cui difficile genesi si esplica attraverso la presenza di un conflitto di valori e di diritti, esplicito o mascherato, tra le esigenze e gli interessi della ricerca e le esigenze e gli interessi dell'uomo, inteso quest'ultimo, al contempo, sia come individuo singolo, sia come testimone e rappresentante dell'umanità, anche per quanto concerne le generazioni future.

Nel rapporto uomo-biotecnologie emerge sempre più un'ultima generazione di diritti umani, di diritti bioeticamente rilevanti, invocati per le più disparate e opposte conclusioni sul piano dello *ius condendum*. Si pensi fra gli altri al diritto alla felicità, all'integrità del proprio patrimonio genetico, al diritto al figlio, al diritto di conoscere le proprie origini genetiche, al diritto a non essere concepito, al diritto a nascere sano, al diritto al potenziamento, al diritto ad una morte dignitosa, ai diritti degli animali, al diritto alla non manipolazione dell'ambiente come ecosistema. Un complesso di diritti umani che spesso poggia su basi non sempre oggettivamente certe e che richiede una verifica, una adeguata riflessione bioetica e biogiuridica per chiarire, coordinare ed elaborare i loro contenuti. Il rischio è che il nucleo dei

² A livello di convenzione il documento più completo di cui finora si dispone, almeno a livello di diritto internazionale regionale, è *La Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano rispetto alle applicazioni della biologia e della medicina*, adottata dal Consiglio d'Europa a Oviedo nell'aprile 1997, indicata generalmente come *Convenzione di Oviedo* (entrata in vigore il 1 dicembre 1999, ratificata dall'Italia con la l. 145/2001, mai resa esecutiva dal legislatore, ma considerata come fondamentale con i suoi principi da parte della nostra giurisprudenza) e a cui fa seguito il *Protocollo addizionale alla Convenzione sul divieto di clonazione di esseri umani* (1998); il *Protocollo addizionale alla Convenzione relativo al trapianto degli organi e di tessuti di origine umana* (2001); *Protocollo addizionale alla Convenzione sulla ricerca biomedica* (2005); *Protocollo addizionale alla Convenzione relativo ai test genetici a fini sanitari* (2008). Rilevanti, altresì, la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo*, adottata dall'UNESCO (1997); la *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani* (2005) e la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. In epoca precedente fra i documenti più noti il *Codice di Norimberga* (1947); (2000) la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* (1948); *Codice di etica medica* (1949) la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (1950) e la *Dichiarazione di Helsinki* (1964), risultato dalla XVIII riunione dell'Associazione Medica Internazionale. Quest'ultimo documento è importante anche perché è il primo ad operare una distinzione tra ricerca clinica, fatta al capezzale del malato con una finalità terapeutica, e ricerca biologica che fondamentalmente non ha una tale finalità. Le raccomandazioni furono successivamente riviste; l'ultima revisione è del 2013.

diritti comunemente considerati fondamentali (c.d. diritti civili; diritti politici; diritti sociali) si trovino costretti a convivere con un numero assai più ampio di diritti di libertà incerti e deboli i quali finirebbero per ingabbiare i primi, obbligandoli a incerte negoziazioni o convogliandoli verso i poteri politici ed economici dominanti. Ma questi diritti evidenziano l'esistenza di un conflitto, di pretese e prerogative rientranti nell'area della ricerca tecnologica e del suo sviluppo.

Conflitto tanto più difficile da regolamentare se si considera che, come già avviene per i diritti dell'uomo nei confronti del potere politico, anche verso il potere scientifico si verifica quella forma di sottomissione data dalla 'paura', dal desiderio di 'sicurezza', dalla necessità di benessere espressi da ciascuno e sentiti fortemente dalla società. Stati d'animo che tradotti in rivendicazioni suscitano una insperata legittimità per il potere scientifico realizzando 'una utopia in formazione' che nell'ambito delle biotecnologie la si potrebbe pensare, come scrive il bioeticista Lucien Sfez, finalizzata alla «salute perfetta o grande salute». «Perché si tratta non solo della salute perfetta dell'individuo, ma della salute stessa del pianeta ...»³.

Quale facile adesione, allora, verso una scienza che ha come finalità primaria e dominante quella che debbono essere conseguiti la maggior felicità e il migliore sviluppo di tutti gli esseri in grado di provare piacere e dolore e di apprezzare la propria vita!

Lo denuncia chiaramente Emanuele Severino: «queste forze (capitalismo, socialismo, democrazia, teocrazia, ecc.) per prevalere devono evitare che la loro struttura, i loro contenuti e i loro valori intralcino il funzionamento ottimale dello strumento supremo di cui si servono per realizzare i loro scopi ... La tecnica è diventata la Potenza suprema alla quale l'umanità si allea. L'alleanza con Dio è diventata alleanza con la Potenza suprema oggi esistente sulla terra. La tecnica è la salvezza. Una volta il salvatore era il Dio, oggi è la tecnica»⁴. Di modo che la *capacità* della tecnica è la potenza attiva ed effettiva di realizzare indefinitivamente scopi e di soddisfare indefinitivamente bisogni. E, spiega ancora Severino, «mentre le altre forme di volontà, di potenza (norme religiose, morali, giuridiche, politiche ed economiche), vogliono realizzare scopi *escludenti* – scopi cioè la cui realizzazione mira insieme *all'esclusione* della realizzazione degli altri scopi –, la tecnica non mira a scopi di questo tipo, ma,

³ L. SFEZ, *Il sogno biotecnologico*, Milano 2002, 10. Così da più parti si sente teorizzare che, scomparso ogni orizzonte di trascendenza, la religione rimasta è quella della salute: salute perfetta del nostro corpo indissociabile dal corpo del pianeta.

⁴ E. SEVERINO, *Téchné-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari 2001, 20-21.

appunto, a quello scopo, 'trascendentale', che è l'incremento infinito della capacità di realizzare scopi»⁵. La tecnica, la *tecne*, ha dunque conquistato una vera e propria egemonia che incide nel mondo dei comportamenti sociali e personali, determina lo sviluppo dell'economia, accresce ma al tempo stesso comprime i territori della libertà.

Da quanto detto non può che scaturire il problema sia etico che giuridico di come qualificare e regolamentare queste nuove forme di dominio del tecnologico. Ancor più all'uomo di oggi si ripropone il problema antico della salvaguardia della propria identità, dignità, libertà e della uguaglianza formale di sé con gli altri uomini, e forse in futuro del rapporto tra l'uomo e le macchine⁶.

Un problema più complesso rispetto al passato perché il sogno biotecnologico, anche se trova la sua origine nel cielo della tecnica, si materializza grazie ai vantaggi e alle contestuali paure terrestri ed ordinarie dell'uomo consumatore. Ora, questo cielo e questa terra non si armonizzano sempre e ad ogni costo. Non è raro che i sogni diventino incubi, soprattutto quando intendono reificarsi, quando i miti tecnologici si trasformano in concrete pretese sociali e politiche. Ne consegue un dibattito sia etico che giuridico per tutelare i diritti umani c.d. tradizionali.

Generalmente nelle società democratiche queste necessità vengono tutelate attraverso il diritto. Tuttavia, il problema dell'opportunità e dei limiti di un intervento del legislatore occupa ancora un posto centrale nel dibattito attuale. Il diritto tende ad avere il suo svolgimento primario all'interno di un genere di discorso dominante, quello dei diritti fondamentali dell'uomo. E con sempre maggior frequenza ci si interroga sulla sua idoneità, anche supportato e indirizzato da altre norme di comportamento come quelle morali o deontologiche elaborate dai comitati etici nazionali ed internazionali o da categorie professionali, a risolvere contrapposizioni e conflitti d'interesse suscitati dalle biotecnologie.

Siamo in un settore in cui la società è portata a domandarsi quali possano essere i modelli di riferimento giuridico e soprattutto se sia ancora conveniente riconoscere la necessità del limite per una scienza che realizza il bene sociale. È inoltre necessario chiedersi quali siano le fonti di diritto cui fare ricorso: le leggi nella forma di regole generali ed imperative, o invece, una legislazione di garanzia che indichi i principi generali, non negoziabili, una c.d. legislazione *mite*, volta ad assicurare la dignità della persona e tutelare i diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni, eventualmente integrata dall'intervento del giudice nella forma equitativa delle decisioni argomentate caso per caso.

⁵ N. IRTI-E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2000, 674.

⁶ L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, II ed. 2009, cap. 1.

Tutto ciò rende il processo legislativo di regolamentazione ancora più arduo e per diverse ragioni spinge a ritenere che la gestione dei limiti della scienza o dei doveri che medici e ricercatori assumono nell'utilizzo delle biotecnologie debba fare prevalentemente i conti con la riflessione etica. In specie la tendenza astensionista nel mondo della bioetica verso la regola giuridica e più marcata-mente favorevole al progresso delle tecnoscienze si trova in quelle correnti di pensiero indicate come *liberal-libertarie* che pongono forte l'accento sul rispetto delle scelte private dei singoli individui, sull'autonomia intesa come autodeterminazione e sull'utile personale, tutti diritti che devono patire nel minor modo possibile l'intervento dello Stato.

2. Il ruolo della giurisprudenza e questioni etiche

Coloro tuttavia che si richiamano a questo approccio inter-individuale o alla responsabilità dei medici e degli scienziati per tutelare i diritti fondamentali dell'Uomo a fronte dell'evolversi della scienza e delle problematiche etiche che questa suscita e si oppongono all'intervento del legislatore, non possono trascurare che tanto nei Paesi di cultura giuridica codicistica, quanto in quelli di *common law*, il 'principio autonomia' nei settori della ricerca, della disponibilità del corpo, dell'inizio e fine vita, soprattutto per quanto concerne la soluzione di eventuali conflitti, ricada pur sempre sotto il controllo giuridico.

Ciò avviene attraverso l'operato del giudice che si avvale di una cornice legislativa di riferimento, data da principi di ordine pubblico, norme costituzionali, convenzioni e regolamenti regionali e internazionali, indirizzi giurisprudenziali dati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. A fronte, dunque, dell'assenza di una specifica normativa che disciplini i possibili conflitti che ingenerano le biotecnologie nell'ambito di un caso singolo, si ricade, dunque, in un diritto giurisprudenziale, ritenuto peraltro da molti preferibile a quello legislativo. Si evidenzia come la legge nella sua struttura ordinaria si presenti come scelta definitiva tra valori, ideologie, interessi in conflitto nella ricerca di una mediazione tra valori plurali, ma spesso con un sacrificio definitivo di alcuni a favore di altri. La sentenza, la decisione giudiziaria, di contro, non è mai scelta definitiva, limitandosi a una fattispecie e non alla generalità dei casi ed è pur sempre suscettibile di mutamento, di ripensamento a favore della parte soccombente⁷.

⁷ In questa direzione S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Roma-Bari 1993, 429 ss.; *Tecnologie*, cit., 146 ss.

Ai problemi suscitati dalle biotecnologie appare, dunque, più opportuno dare mere *risposte* piuttosto che offrire ‘soluzioni’. Scrive il filosofo/eticista Hilary Putnam: “i problemi etici sono diversi dai problemi scientifici e spesso non hanno ‘soluzioni’ nel senso di questi ultimi, di modo che il nostro pensiero potrebbe essere meglio guidato da una metafora differente – una metafora presa dalla giurisprudenza, anziché dalla scienza – la metafora della sentenza”⁸. Si tratterebbe, cioè, di interpretare in modo ragionevole una situazione, rinunciando a stabilire ‘per sempre’ chi abbia torto o ragione. Ad una prospettiva assoluta per dirimere un conflitto si preferisce, dunque, la prospettiva del giudice, caratterizzata da ragionevolezza in un determinato periodo, per una fattispecie concreta, per determinate parti in causa.

Queste argomentazioni possono apparire convincenti nel negare o osteggiare una regolamentazione legislativa. Tanto più che nel nostro Paese, in assenza di uno specifico intervento normativo, il giudice si è dovuto pronunciare più volte su problemi sollevati dalle biotecnologie in questioni di inizio e fine vita, esercitando il suo obbligo istituzionale di supplire alla condizione di stallo della politica e incoraggiando se non costringendo gli organi legislativi ad affrontare problemi nuovi ed eticamente dubbi per la società.

Molteplici gli esempi.

Il problema del fondamento costituzionale della tutela della vita prenatale fu affrontato dalla Corte Costituzionale nella ben nota sentenza n. 27/1975, chiamata a pronunciarsi sulla controversa questione della responsabilità penale dell’aborto ed in specie della illegittimità costituzionale dell’art. 546 c.p. in quanto non differenziava dal reato di aborto il c.d. aborto terapeutico. Ante e post L. 40/2004 sulla PMA non sono mancati interessanti spunti giurisprudenziali e costituzionali in merito alla posizione dell’embrione e del concepito, al risarcimento dei danni sofferti dal nascituro nella vita prenatale, all’accesso alla diagnosi prenatale e alla selezione genetica di embrioni, alla fecondazione *post-mortem*, al contratto di maternità surrogata, al numero degli embrioni fecondati e al loro impianto, alla procreazione eterologa, all’accesso per coppie con rischio di trasmissione di patologie genetiche gravi, infine alla *vexata quaestio* della donazione degli embrioni non più impiantabili o abbandonati alla ricerca. È indiscutibile che la L. 40/2004 abbia subito una vera e propria riscrittura da parte della Corte costituzionale, della Cassazione e delle corti.

Negli ultimi venti anni, a fronte di un colpevole vuoto legislativo, durato fino alla legge 219/2017, è sempre stata la Corte costituzionale e la giurisprudenza, sia di merito che di Cassazione a riscoprire e dilatare l’art. 32 Cost. per affrontare i

⁸ H. PUTNAM, *Come non risolvere i problemi etici*, in *Il Mulino*, 1994, 4, 561.

problemi del diritto alla salute e definire il rapporto medico-paziente nell'ambito della c.d. 'alleanza terapeutica', indicando fra gli aspetti centrali il consenso informato e consapevole del malato all'atto medico.

È recente la sentenza della Corte costituzionale (2019) che muove verso una parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui viola gli artt. 2, 13, 32, comma 2, Cost., oltre che il principio della 'dignità umana', qualora l'aiuto al suicidio non implichi la determinazione del proposito suicida prima inesistente o il rafforzamento del proposito già esistente e qualora non ricorrano particolari condizioni di salute richieste dalla Corte.

Questi precedenti confermano la potenziale capacità della fonte giurisprudenziale nel riconoscere il bisogno di 'nuovo', nel convogliare esigenze sentite a livello sociale non altrettanto prontamente recepite a livello legislativo. Indicativo che la preoccupazione del Giudice delle leggi sia stata quella di regolamentare il più possibile l'ambito del proprio operato e di non lasciare un "vuoto normativo". A tal fine nell'ordinanza, che aveva preceduto la sentenza, si era data al Parlamento la possibilità entro l'anno di assumere le necessarie decisioni per completare una ricostruzione dell'articolo 580 c.p. Ma la Corte ha dovuto prendere atto che nessuna normativa in materia fosse stata pensata e discussa dalle Camere. Ne è conseguita già la prima disputa giurisprudenziale nel caso Trentini per quanto concerne la determinazione di uno dei requisiti richiesti dalla Corte costituzionale per rendere legittimo l'aiuto al suicidio: "il trattamento di sostegno vitale" (oltre alla capacità di intendere e volere, malattia inguaribile e sofferenza insopportabile). I giudici della Corte di Assise di Massa hanno evidenziato che ciò non significa necessariamente ed esclusivamente dipendenza da una macchina, ma qualsiasi tipo di trattamento sanitario necessario a tenere in vita il paziente. Una lettura non condivisa dalla Procura di Massa che ha impugnato la sentenza perché mancano in questo caso i presupposti dell'essere dipendente da una macchina.

Tuttavia, va anche detto che gli interventi dei giudici nei c.d. 'casi difficili' con sensibili ricadute etiche non sono riusciti a creare regole di diritto e orientamenti sufficientemente certi in grado di risolvere in modo coerente conflitti tra i diritti della persona e il progresso della scienza, tra gli interessi individuali (tutela della persona) e gli interessi collettivi (salute pubblica).

Questi settori sono stati caratterizzati da orientamenti giurisprudenziali difformi, incoerenti, dominati prevalentemente dalle ideologie proprie del giudice, dagli eccessi esegetici che sovente niente altro sono che dei paraventi, per altre finalità (politiche, sociali, personali), con ricadute negative sui principi cardine quali legalità e tassatività in altre parole: 'certezza del diritto'. Non è certo possibile dire che siano stati forniti elementi sufficienti per guidare il processo di costruzione di nuovi assetti sociali e politici riguardanti la scienza e le nuove tecnologie.

D'altronde, i richiami ai principi generali, alle clausole generali, all'analogia, ai principi della bioetica non appaiono garanzia sufficiente. E pare semplicistico che l'alternativa tra la legge e la giurisprudenza nella regolamentazione delle biotecnologie venga minimizzata sul presupposto che l'agire del giudice, come quello del legislatore, è caratterizzato dal dovuto rispetto verso la Costituzione⁹. Certamente è vero che da parte del giudice la sua interpretazione e applicazione del dato normativo sono anche un giudizio sulla legge medesima, con la possibilità di censurarla come invalida tramite la denuncia di incostituzionalità. Ma è altrettanto vero che analoga tutela non si riscontra nei confronti di una sentenza della Corte di Cassazione che si fosse dimenticata proprio di quei principi costituzionali che debbono ispirarla. O, ancor più, qualora invada l'area riservata al potere legislativo. Nel nostro sistema giuridico la Corte costituzionale ha chiarito i limiti che il legislatore incontra in presenza di decisioni dei giudici, a garanzia del principio della divisione dei poteri: egli può emanare leggi generali e astratte tali da incidere sui processi anche in corso, ma non può vincolare il giudice ad assumere una determinata decisione in specifiche ed individuali controversie: da qui eventualmente l'incostituzionalità. Ma anche in questo caso, la garanzia inversa non è data per denegare carattere giurisdizionale a sentenze invasive dell'area riservata al potere legislativo. Per usare le parole di Francesco Gazzoni «Dovrebbe allora ipotizzarsi una riforma costituzionale, in virtù della quale le sentenze della Suprema Corte, oltre che revocabili, sarebbero impugnabili dal soccombente innanzi la Corte Costituzionale ove in violazione del suddetto principio di separazione dei poteri»¹⁰.

Si aggiunga a queste osservazioni che anche i diritti ricavati dalle norme della Costituzione e applicati direttamente al caso concreto si traducono in un metodo non esente da critiche, dato che le norme costituzionali sono principi e non regole circostanziate e i principi non sono idonei a offrire soluzioni univoche. Dai principi possono essere ricavate regole diverse, a volte contrapposte, e la scelta tra l'una e l'altra dovrebbe essere opera discrezionale del legislatore piuttosto che del giudice. Non mancano vicende giudiziarie eclatanti quali quelle di fine vita, che hanno visto coinvolti i casi di Welby e dell'Englaro, caratterizzate da numerose decisioni ispirate a principi etici di diverso segno e a contrapposte letture della nostra Carta.

⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA-D. ZOLO, Milano 2003.

¹⁰ F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2008, 1, 125.

D'altronde, risolvere il caso concreto facendo ricorso ai tradizionali principi della bioetica (dignità, autonomia, non maleficenza, beneficenza, equità e giustizia), è un metodo che incontra non poche critiche da parte di chi ha ritenuto che la fattispecie non possa essere risolta e conclusa attraverso principi astratti, peraltro anche diversamente interpretabili e bilanciabili nel contesto di diverse teorie etiche, bensì realizzando una classificazione delle questioni bioetiche e dei casi secondo le loro differenze e somiglianze (metodo casuistico).

I casi patologici, se richiedono ora una soluzione possibilmente pacificatrice, non sono la giustificazione per la formulazione di una regola generale. La legge è primariamente promulgata per regolamentare la convivenza al di fuori dei tribunali. Al contrario il processo, con i suoi riti e con tutti gli elementi imponderabili che lo caratterizzano, può richiedere una soluzione particolare che non deve essere una regola, anche se gli operatori del settore se ne impadroniscono troppo rapidamente per discuterla come tale. E vi è pur sempre un'evidente differenza nei sistemi giuridici fra 'interpretare' e 'creare' la legge.

Infine, l'assenza di una normativa suscita la preoccupazione che il giudice, impossibilitato a ricercare il significato preesistente della norma, trasformi il suo ruolo in quello di 'fare la legge', di offrire 'regole di supremazia', muovendo da un conflitto da risolvere, sebbene limitato alle domande in esso avanzate. Come a ritenere che la sentenza diviene regola di diritto. E pare perfino difficile in queste condizioni parlare nell'ambito di una presunta attività di interpretazione della 'creatività del giudice' dato che non vi può essere infedeltà ad una legge che non esiste. Piuttosto la sovrapposizione del potere giurisdizionale con quello legislativo appare innegabile.

Rifiutare l'intervento legislativo a favore di quello giurisprudenziale in un sistema di *civil law* a volte si traduce, e forse anche involontariamente, in una tendenza conservatrice che vuole riassorbire il nuovo nelle regole esistenti e che conduce inevitabilmente alla 'tecnica del divieto' e ciò per conservare un quadro di valori tradizionalmente dominanti, anche quando questi appaiono superati e collegati ad un'altra dimensione culturale e giuridica (si pensi agli interventi giurisprudenziali in casi ben noti quali quelli di Welby, Englaro, testimoni di Geova, ecc.).

Finito di stampare nel mese di Giugno 2021

a cura di



IPZS S.p.A.



POLIGRAFICO
E ZECCA
DELLO STATO
ITALIANO