

Il principio d'eguaglianza nell'ambito del Biodiritto

Cinzia Piciocchi*

BIOLAW AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY.

ABSTRACT: The article deals with the principle of equality in the field of biolaw. It takes into consideration some examples concerning fundamental rights and freedom, in the light of the relationship between law and science. It considers informed consent as an instrument of equality and analyses the role played by science in the field of biolaw.

KEYWORDS: Equality; informed consent; law and science; end of life decisions; human dignity

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Nel dialogo tra diritto e scienza le persone sono tutte eguali, i saperi invece no – 2.1 L'eguaglianza e la dignità delle persone – 2.2. Eguaglianza e saperi – 2.3 Il consenso informato come strumento di "riequilibrio" – 3. Eguaglianza e malattia – 3.1 Alla fine della vita – 3.2 La malattia alla luce dell'art. 3 secondo comma della Costituzione – 4. La portata descrittiva e prescrittiva dell'eguaglianza, tra dimensione privata e pubblica delle scelte individuali

1. Introduzione

Nell'ambito del diritto nazionale e comparato, l'eguaglianza rappresenta un tema "classico", che si affronta nelle primissime lezioni dei corsi di Diritto costituzionale, quando si analizzano le origini dello Stato di diritto e del costituzionalismo, in particolare nelle dichiarazioni post-rivoluzionarie francese ed americana del XVIII secolo¹ Nell'affermazione del principio che «tutti gli uomini» sono creati eguali in diritti e libertà si rinviene uno dei fondamenti delle Costituzioni moderne, ma al contempo emerge la natura apparentemente contraddittoria dell'eguaglianza, che si afferma in relazione ad un parametro non esplicitato ma preciso, per cui in quel «tutti» sono inclusi in realtà solo alcuni, non gli schiavi o le donne ad esempio, secondo criteri inizialmente circoscritti ad uomini, liberi, bianchi, alfabetizzati e benestanti.

La contraddizione si dipana riconoscendo la duplice natura del principio di eguaglianza, ricognitiva e propulsiva, che è frutto del tempo in cui si afferma, ma che traccia anche le linee di un percorso volto all'inclusione di nuove realtà. Un principio quindi perennemente in evoluzione, insieme descrittivo e prescrittivo: nel tempo, quel «tutti» sarà esteso ulteriormente, a comprendere chi da esso era escluso, secondo un processo in atto anche oggi a fronte di gruppi ed individui che rivendicano diritti e libertà in nome di un'eguaglianza, che è interpretata in riferimento ai valori del tempo in cui è elabo-

* *Professoressa Associata di Diritto Costituzionale Comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: cinzia.piciocchi@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

¹ La bibliografia sul principio di eguaglianza è molto ampia; il presente scritto si limita a citare i contributi attinenti alle problematiche specifiche di biodiritto qui trattate.

rata, ma che riflette anche i mutamenti sociali che la giurisprudenza, in particolare costituzionale, in parte accoglie ed in parte propugna².

L'eguaglianza sarà alla base del processo di de-segregazione razziale, dell'emancipazione femminile, così come si trova oggi al centro delle rivendicazioni di riconoscimento ad esempio di nuove forme di famiglia o di nuove categorie di lavoratori. A tale processo espansivo contribuirà anche la costituzionalizzazione sempre più intensa di un altro principio, la dignità che, specie nel secondo dopoguerra, avrà un ruolo cruciale innestandosi sul principio di eguaglianza, a rafforzare l'idea che, in nome di essa, l'eguaglianza spetti veramente a «tutti»³.

Nell'ordinamento costituzionale italiano il principio d'eguaglianza fonda un metodo di analisi a struttura triadica, attraverso il quale la Corte costituzionale ne verifica il rispetto nel confronto con il *tertium comparationis*. Dall'eguaglianza deriva poi un altro principio fondamentale nella valutazione di costituzionalità delle leggi, la ragionevolezza, che finirà per emanciparsi acquisendo rilevanza autonoma ed imponendo alle norme un onere di coerenza, in particolare tra presupposti ed obiettivi⁴.

Nella Costituzione italiana, come noto, l'art. 3 prevede due dimensioni del principio d'eguaglianza: la non discriminazione, tipizzata secondo criteri non esaustivi e soggetti ad evoluzione (che possono includere quindi parametri ulteriori quali, ad esempio, orientamento sessuale o le caratteristiche genetiche) di cui al primo comma dell'art. 3. Al secondo comma, è invece prevista l'eguaglianza sostanziale: quest'ultima può essere rappresentata come una pista d'atletica, in cui si disallineano i blocchi di

² In questo senso, cfr. L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. CARTABIA, T. VETTOR, *Le Ragioni dell'Uguaglianza*, Milano, 2009, 40: «È questa storicità della dimensione semantica e al tempo stesso pragmatica del principio di uguaglianza che ci consente di risolvere un'apparente aporia: il fatto che esso sia stato originariamente pensato e modellato su parametri maschili, borghesi e di classe, e che tuttavia abbia mantenuto e conservi tuttora, grazie alle lotte da esso orientate e alle nuove soggettività da esso promosse, un carattere permanentemente rivoluzionario. Le due valenze del principio – l'una conservatrice e mistificatoria l'altra demistificatrice e rivoluzionaria – si collegano, rispettivamente, al suo uso in senso descrittivo che prende per "vera" l'uguaglianza volta a volta modellata su parametri di parte ignorandone le violazioni in danno di chi ne è escluso, e al suo uso in senso prescrittivo, che consente invece di leggere e di contestare come sue violazioni le concrete disuguaglianze e discriminazioni».

³ Sulla «Rivoluzione della dignità» e sulla portata di questo principio cfr., S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, *passim*.

⁴ Cfr. la *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2006*, in occasione della conferenza stampa del Presidente Franco Bile, 8 febbraio 2007: «In estrema sintesi, l'eguaglianza viene intesa come divieto sia di arbitrarie distinzioni normative tra situazioni omologhe sia di arbitrarie parificazioni fra situazioni differenti: il giudizio si svolge attraverso il raffronto fra la norma impugnata ed un'altra disposizione, il *tertium comparationis*, che rappresenta il termine di paragone, in quanto regola situazioni del tutto omogenee alle prime. In tale tipologia di giudizio la "ragionevolezza" entra come sinonimo di "giustificatazza" – o meno – delle disparità di trattamento. Questo era, alle origini, il significato principale della ragionevolezza: infatti, il concetto veniva pressoché costantemente applicato all'eguaglianza, dalla quale aveva preso le mosse. Muovendo da quel tradizionale ambito, la ragionevolezza ha, però, conosciuto una progressiva espansione ed ha nel corso degli anni acquisito dignità *ex se*: mediante un giudizio che prescinde dal confronto della norma censurata con il *tertium comparationis*, la Corte valuta, oggi, sempre più frequentemente, o la coerenza della norma rispetto alla *ratio* che la ispira, o la sua non contraddittorietà rispetto al sistema, o la non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti dal legislatore per conseguire un determinato fine, con un controllo che comporta via via considerazioni di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità, coerenza, ma che non incide sul merito della normativa» (si può leggere nel sito della Corte costituzionale italiana www.cortecostituzionale.it). Sulla struttura triadica in relazione al *tertium comparationis*, anche in rapporto ai criteri di coerenza e ragionevolezza, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 110.

partenza, in considerazione della strada più lunga che alcuni debbono percorrere. Ne deriva un obbligo dello Stato di vedere e saper riconoscere le diseguaglianze e farsene carico, senza attribuire un risultato, ma la possibilità di raggiungerlo, attraverso il riallineamento di chi parte da posizioni di svantaggio.

Entrambe le dimensioni del principio d'eguaglianza, formale e sostanziale, s'intersecano sovente con le tematiche di biodiritto⁵, in ambiti tra loro diversi in cui però emerge un comune elemento di complessità: il ruolo della scienza. Le controversie giudiziarie ed i giudizi di costituzionalità si confrontano con elementi di natura tecnico-scientifica, con tutta la complessità che il dialogo interdisciplinare reca con sé: i giuristi devono acquisire un lessico, in cui parole come «clonazione», «editing genetico» o «donazione mitocondriale» non siano oggetti misteriosi, ma assumano un orizzonte di significato che dia un senso alle problematiche giuridiche che essi aprono⁶.

L'onere dell'interdisciplinarietà non incombe solo sulla dottrina, ma coinvolge anche ed *in primis* il livello istituzionale, poiché i poteri dello Stato dialogano costantemente con la scienza, in tutti gli ambiti del biodiritto. Questo dialogo però si costruisce su di una premessa in contraddizione con l'eguaglianza: nel dialogo tra diritto e scienza, non tutti i saperi sono uguali.

2. Nel dialogo tra diritto e scienza le persone sono tutte eguali, i saperi invece no

2.1. L'eguaglianza e la dignità delle persone

Il principio d'eguaglianza nell'ambito del biodiritto è stato causa di mutamenti importanti, ad esempio con riferimento alla legge n. 40 del 2004 che, come noto, è stata modificata in modo sostanziale dalla Corte costituzionale. Le pronunce con cui la Corte ha “demolito” parti della legge hanno sovente invocato sia il principio di eguaglianza, sia la ragionevolezza: a partire dalla prima sentenza della Corte costituzionale in argomento, la n. 151 del 2009, con la quale è stato cancellato il limite della creazione di soli tre embrioni destinati ad un unico impianto. La norma è stata ritenuta incostituzionale, soprattutto alla luce dell’“invasione di campo” della politica nei confronti della scienza ed anche in contrasto con l'eguaglianza poiché, predeterminando la creazione di embrioni in numero eguale per tutte le donne, la legge non aveva considerato come in realtà le donne stesse differiscano le une dalle altre per condizioni di salute, età e condizioni cliniche. L'eguaglianza tra le coppie aspiranti genitori, invece, ha svolto un ruolo importante nell'abrogazione delle norme relative al divieto di ricorso alla fecondazione eterologa⁷, sia del divieto di analisi genetica pre-impianto⁸. L'eguaglianza è stata anche al centro di altre pronunce, ad esempio in tema di libertà di cura, a partire dalla sentenza n. 185 del 1998 in cui la Corte costituzionale estese la possibilità di accesso alla “sperimentazione” della

⁵ Sul rapporto specifico tra principio d'eguaglianza e biodiritto, cfr. ad es. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, in particolare 10 ss.; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del Diritto*, II, Torino, 2012, 37 ss.; P. VERONESI, *Bioetica e Costituzione*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale*, Napoli, 2013, in particolare 71 ss.

⁶ Sul tema dell'interdisciplinarietà ed *amplius* cfr. L. CHIEFFI (a cura di), *Frontiere mobili: implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, Milano, 2014.

⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014.

⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 229 del 2015.

“multiterapia Di Bella” a tutti i pazienti, sul comune fondamento della mancanza di alternative terapeutiche. Anni dopo, nel 2014, la Corte costituzionale si occuperà nuovamente dei pazienti senza possibilità di cura in relazione alla vicenda della “cura Stamina”, affermandone l’eguaglianza in relazione al principio di cautela della validazione di nuovi farmaci, rispetto al quale nessuno è sottratto⁹. Un’eguaglianza, quella tra i pazienti, difficile da definire in presenza di situazioni dolorose e spesso di complessa gestione da parte degli stessi poteri pubblici, che devono fornire risposta alle richieste in merito alla definizione dei confini della cura per chi non abbia “niente da perdere”. Il Comitato nazionale per la bioetica fornisce una risposta in una nota giuridica del 2015, con parole attente e partecipative, in cui l’eguaglianza si unisce alla dignità, per cui in nessun caso i pazienti si trasformano «da vittime da soccorrere in cavie da sfruttare»¹⁰.

Ed è sempre in nome dell’eguaglianza che si disegna la portata dell’art. 32 della Costituzione che, nella prospettiva sopra citata, spetta a «tutti» quando ne sia in gioco il nucleo essenziale, anche in virtù della dignità umana, che risulterebbe altrimenti negata. In questa prospettiva, quindi, il principio di eguaglianza attraversa la maggioranza delle tematiche che hanno dato luogo a controversie ed in particolare ai giudizi di costituzionalità che, in nome di tale principio, hanno decretato l’incostituzionalità di norme ritenute irragionevoli o discriminatorie, quindi eccessivamente restrittive. Nuovamente, si pone la definizione di chi rientri in quei «tutti» ai quali spetta il diritto alla salute, perlomeno nel suo nucleo intangibile, secondo una prospettiva che, nella giurisprudenza costituzionale italiana, appare inclusiva.

2.2 Eguaglianza e saperi

Va però segnalato anche un aspetto meno evidente, rispetto ai casi in cui l’eguaglianza è assunta a fondamento del riconoscimento di diritti degli individui. Se il biodiritto indica un ambito che richiede competenze interdisciplinari – poiché si trova all’intersezione delle discipline giuridica, scientifica ed

⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 274 del 2014: «Le circostanze peculiari ed eccezionali che hanno indotto il legislatore a non interrompere il trattamento con cellule staminali nei confronti dei pazienti che di fatto l’avevano già avviato, o per i quali un giudice aveva, comunque, già ordinato alla struttura pubblica di avviarlo, non ricorrono, dunque, nei riguardi di altri pazienti che quel trattamento successivamente chiedano che sia loro somministrato. In relazione a detti soggetti non trova, infatti, giustificazione una deroga al principio di doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci. E ciò pertanto, di per sé, all’un tempo esclude, sia che tra le due categorie di pazienti poste in comparazione sussista la violazione del precetto dell’eguaglianza ipotizzata dal rimettente, sia che possa prospettarsi lesa il diritto alla salute o violato il dovere di solidarietà nei confronti dei pazienti per i quali non può darsi avvio presso strutture pubbliche al trattamento in questione dopo l’entrata in vigore del d.l. n. 24 del 2013».

¹⁰ Cfr. Comitato nazionale per la bioetica, nota giuridica del 27 febbraio 2015, *Cura del caso singolo e trattamenti non validati (c.d. “uso compassionevole”)*, 16: «Dinanzi a trattamenti non ancora adeguatamente sperimentati, il consenso informato, pur con tutti i limiti dovuti alla particolarità della situazione, può in parte essere solamente una dichiarazione di assunzione personale di rischio, considerato valido solo se espresso a seguito del confronto con medici che condividano la ragionevolezza della richiesta. L’assenza di terapie validate non può però rendere legittimo un consenso verso una presunta cura priva di qualsiasi giustificazione razionale e fondata solo sulla volontà del paziente. Altrimenti si corre il rischio di trasformare i pazienti da vittime da soccorrere in cavie da sfruttare. È facile passare dalla compassione all’illusione, finendo per avallare pratiche che non hanno nessuna giustificazione nel nostro ordinamento giuridico e nessun fondamento scientifico e bioetico».

etica – esso presume una dimensione costantemente dialogica, con saperi ben determinati. Nell'ambito del rapporto tra le norme giuridiche e la scienza si assiste sovente alla rivendicazione di eguaglianza tra “competenze”, specie quando le conoscenze scientifiche siano assunte alla base di decisioni politiche e quindi legislative. Il recente dibattito in merito alla disciplina giuridica delle vaccinazioni ne è un esempio, poiché “saperi” differenti hanno prospettato la dannosità di tale pratica, sulla base di assunti diversi da quelli scientifici, rivendicando un ruolo sia nel dibattito pubblico, sia in quello politico-legislativo.

In questa prospettiva, il biodiritto presuppone invece una diseguaglianza, poiché non tutto è “scienza” e le conoscenze non svolgono tutte lo stesso significato. Nell'ambito più generale del diritto, la conoscenza comune non è assente e riveste un ruolo importante, poiché è assunta a presupposto di responsabilità in diverse fattispecie, facendo parte del patrimonio di nozioni ben rappresentate dai fondamenti che guidano il comportamento del “buon padre di famiglia” nelle attività quotidiane: dal mettersi alla guida di un autoveicolo, alla diligenza richiesta nelle attività anche più semplici e quotidiane. Come è stato notato in dottrina, la conoscenza ordinaria orbita principalmente nell'ambito della responsabilità, mentre la conoscenza scientifica si muove più in quello della libertà: anche da questo punto di vista, si distinguono le conoscenze che si svolgono nell'ambito di elementi contingenti, da quella che presumono connotati assiologici sistematici ed organizzati¹¹. La scienza con cui si confronta il biodiritto è del secondo tipo, quindi orbita nell'ambito prevalente della libertà, che si manifesta non solo nelle declinazioni quali la libertà di ricerca scientifica e le istanze che ad essa di correlano, ma anche in una autonomia, che rappresenta un limite all'attività del legislatore. Come evidenziato a partire dalle sentenze della Corte costituzionale n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003 (ma il medesimo principio sarà ribadito anche in pronunce successive), la scienza rappresenta un territorio che le norme giuridiche circondano di confini, ma che rispettano quanto alla determinazione di regole al proprio interno¹².

Queste pronunce si confrontano a più livelli con il principio di eguaglianza, spesso anche applicando il criterio della ragionevolezza, ma a monte presentano un elemento comune: la scienza (*quella* scienza) che rappresenta un limite all'attività del Parlamento non include qualsiasi forma di sapere. La definizione di che cosa costituisca scienza, in questa prospettiva, non è operazione priva di conseguenze poiché ciò che rientra in essa sarà insegnato nelle Università, sarà fondamento delle terapie dispensate negli ospedali e dei farmaci immessi sul mercato e la scienza che entra nel giudizio di costituzionalità, assurgendo a parametro interposto, non si pone su un piano di eguaglianza con qualsiasi acquisizione di informazioni¹³.

Quest'assunto è oggetto di dibattiti anche molto vivaci, nell'attuale momento storico in cui in cui l'ampia possibilità di accesso alle informazioni è talvolta assunta a fondamento di saperi che si assu-

¹¹ Cfr. per tutti A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto: prolegomeni a una dottrina del diritto; accertamento; apparenza; capacità; efficacia giuridica; fatto giuridico; fatto naturale; fatto vitale; fatto di sentimento; fatto di conoscenza; comportamento*, III ed., Milano, 1985.

¹² Sia consentito il rinvio a C. PICCOCCHI, *A ciascuno il suo mestiere: l'actio finium regundorum tra poteri dello Stato e territori... “altri”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2015, 1159 ss.

¹³ Sulla nozione di scienza come parametro interposto, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, *passim* e S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, *passim*.

mono equivalenti rispetto al ruolo della scienza, nelle scelte che lo Stato compie in ambito sanitario. I casi della libertà di curarsi con metodi “alternativi” o i dibattiti sulle vaccinazioni ne sono chiaro esempio. La commistione tra conoscenza ordinaria e scientifica, sull’assunto della loro equivalenza, viola l’assetto disegnato dalla Corte costituzionale nelle pronunce sopra richiamate. Quell’ambito di libertà, allora, non riguarda ogni forma di conoscenza organizzata, ma assume un determinato interlocutore, sulla base dell’assunto che non tutti i saperi sono eguali. Si tratta di un aspetto importante, come si evince dal fatto che, quando questa “diseguaglianza” è smentita, i meccanismi del dialogo tra discipline si inceppano.

Da questo punto di vista, il biodiritto è un ambito interdisciplinare, che si fonda su una “diseguaglianza”.

2.3 Il consenso informato come strumento di “riequilibrio”

Se i saperi che lo Stato assume come interlocutori non sono tutti uguali, va ricordato come il carattere tecnico della conoscenza alla base delle scienze della vita determini una asimmetria informativa. Gli individui che debbano comprendere diagnosi e prognosi di una patologia, i pazienti ai quali venga proposta l’adesione ad un protocollo sperimentale, i cittadini che siano invitati a partecipare ad una campagna di prevenzione: tutti questi soggetti necessitano di una decodificazione delle informazioni necessarie, per assumere decisioni consapevoli nell’ambito della salute. Gli ordinamenti giuridici predispongono uno strumento, il consenso informato, in cui si situa il punto d’incontro con la conoscenza scientifica organizzata assunta ad interlocutore nell’ambito del biodiritto. In altre parole, il consenso informato rappresenta il contrappeso del fatto che la conoscenza scientifica non è conoscenza comune e quindi, proprio per questo motivo, la trasmissione di informazioni è necessaria per chi debba poter essere messo in grado di esercitare diritti e libertà nell’ambito ad esempio delle scelte terapeutiche.

Da questo strumento deriva quindi il “riequilibrio” del rapporto tra diritto e scienza, che non si sostanzia nella mimesi di una supposta apertura alla democrazia che ponga ogni sapere su un piano di parità, ma dagli strumenti posti dal diritto per consentire alle persone di ricevere informazioni comprensibili per esercitare i propri diritti e libertà. Tali strumenti appaiono graduati sulla persona, come emerge chiaramente dall’art. 33 del codice di deontologia medica che prevede non solo l’attenzione e la cura per la comunicazione con la persona assistita o il suo rappresentante legale, ma anche la modulazione delle informazioni, che vanno fornite secondo la «sensibilità e reattività emotiva» degli stessi. Un’attenzione che si spinge, come noto, sino al diritto a non essere informato, delegando a terzi la recezione delle informazioni.

Anche la recente legge n. 219 del 2017, inoltre, appare emblematica in questo senso per almeno due aspetti. Il primo è un’affermazione che icasticamente rappresenta quanto detto: il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura¹⁴. Il secondo è la pianificazione condivi-

¹⁴ Cfr. legge n. 219 del 22 dicembre 2017, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, in GU serie generale, n. 12 del 16 gennaio 2018, art. 1 c. 8: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». La medesima affermazione si ritrova nell’art. 20 del codice di deontologia medica approvato dal Consiglio Nazionale della FNOMCeO il 18 maggio 2014, reperibile nel dossier

sa delle cure che, a fronte di un percorso noto, fonda sul dialogo e la comunicazione le scelte da operare, in un percorso aperto a più soluzioni, incentrate sulla volontà della persona, che colloca le scelte terapeutiche in un ambito di forte personalizzazione: un percorso diverso per ciascuno che, proprio nella sua diversificazione, è volto a garantire l'eguaglianza delle persone anche nella fase finale della vita¹⁵.

Proprio in quest'ambito, la fine della vita, tuttavia, emergono elementi che incidono anche sullo strumento del consenso informato e dei diritti e libertà di cui esso è espressione, lasciando intravedere spazi di possibili diseguaglianze.

3. Eguaglianza e malattia

3.1 Alla fine della vita

Un altro ambito in cui si registra un vasto contenzioso si ha in relazione alle persone nel cui percorso di vita sia apparsa l'esperienza della malattia: i "pazienti" sono spesso al centro di controversie, anche costituzionali, in cui la rivendicazione di diritti e libertà si interseca con il principio d'eguaglianza. La rivendicazione dell'eguaglianza in relazione ai diritti dei pazienti si manifesta soprattutto in relazione al diritto alle cure, che possono presentare livelli di tutela differenziati: da Regione a Regione, o nelle cure che si ricercano all'estero¹⁶ o, ancora, fuori o dentro le mura¹⁷. Anche la malattia che potrebbe insorgere in futuro non deve essere causa di discriminazione, neppure quando le caratteristiche genetiche di una persona possano essere interpretate come espressione di una predisposizione nei confronti di determinate patologie¹⁸. Da questo punto di vista, la malattia non può essere assunta a fonte di discriminazione tra gli individui, situandosi nell'alveo del primo comma dell'art. 3 della Costituzione.

L'esperienza rappresentata dalla malattia nella vita di una persona si definisce alla luce di valutazioni di carattere medico, in base alle quali si elaborano diagnosi e prognosi secondo criteri uniformi, pur nella consapevolezza delle variabili soggettive. C'è però anche una componente di carattere strettamente personale e riguarda come ciascuno viva la propria malattia: attraverso il consenso informato la persona potrebbe compiere scelte diverse rispetto a quanto indicato dai criteri medico scientifici, poiché la guarigione fisica potrebbe non rappresentare un percorso in sintonia con la personalità dell'individuo.

I dibattiti che sono emersi nell'ambito della fine della vita negli ultimi decenni nell'ordinamento giuridico italiano hanno riguardato anche quest'aspetto, poiché il rapporto tra condizione clinica della

a cura di E. Pulice nel sito BioDiritto (<https://www.biodiritto.org/Dossier/La-riforma-del-codice-di-deontologia-medica>).

¹⁵ Cfr. art. 5 legge n. 219 del 22 dicembre 2017 cit. a nota precedente; in argomento cfr. C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, 41.

¹⁶ Sul rapporto tra salute ed eguaglianza cfr. L. BUSATTA, *La salute sostenibile: la complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

¹⁷ Cfr. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 27 settembre 2013, *La salute dentro le mura* (si può leggere all'indirizzo <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/la-salute-dentro-le-mura/>).

¹⁸ In argomento cfr. M. TOMASI, *Genetica e costituzione: esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Trento, 2019.

persona e l'esercizio di diritti e libertà, attraverso lo strumento del consenso informato, appare più complesso, specie nella diversa garanzia delle scelte consentite agli individui nei diversi ordinamenti giuridici. Se appare fisiologico che su materie eticamente controverse quali l'eutanasia o il suicidio assistito gli ordinamenti compiano scelte differenti, l'analisi giuridica comparata attesta come le condizioni cliniche possano incidere sulle scelte di fine vita, delimitando ambiti di libertà differenti anche all'interno del medesimo sistema giuridico.

Come è stato notato in dottrina, ad esempio, nell'ordinamento britannico i due casi noti di Miss B¹⁹ e Diane Pretty – quest'ultimo giunto sino alla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰ – hanno evidenziato come a fronte dei medesimi diritti (*right to refuse medical treatment*) e obiettivi (terminare la propria vita), l'ambito di libertà riconosciuto alle due donne sia dipeso dalla condizioni cliniche differenti «ed in particolare nell'essere affetta la prima, ma non la seconda, da una malattia non più o meno grave in sé, ma che necessitava dell'impiego di macchinari di sostegno vitale»²¹.

Anche il dibattito italiano attuale in merito alle scelte di fine vita s'interseca con la tematica del rapporto tra condizioni cliniche e principio d'eguaglianza, in termini non dissimili da quelli sottesi al contenzioso britannico. In particolare, il confronto sull'introduzione del suicidio assistito in Italia, nato da una serie di vicende private che hanno assunto connotazioni pubbliche, concerne l'eguaglianza tra le persone, poiché chi non può esercitare l'autodeterminazione alla fine della vita rivendica una libertà che è ostacolata *in primis* dalla situazione clinica che impedisce fisicamente di porre in essere il suicidio. In questo senso, il "caso Cappato" – dal quale ha avuto origine la vicenda culminata prima nell'ordinanza n. 207 del 2018 e poi nella sentenza 242 del 2019 della Corte costituzionale – presenta analogie con le vicende britanniche sopra menzionate, poiché la possibilità di porre fine alla propria vita è costituzionalmente garantita solo quando essa possa essere esercitata concretamente attraverso il rifiuto delle cure. Come noto, la Corte costituzionale ha adottato una pronuncia inedita in cui, non limitandosi al monito nei confronti del Legislatore, ha previsto un vero e proprio termine entro il quale è richiesto al Parlamento di adottare una disciplina, a fronte di una lacuna giuridica ritenuta incostituzionale.

L'eguaglianza emerge nelle parole della Corte, che ha ritenuto il divieto assoluto di agevolazione del suicidio incompatibile non solo con il diritto all'autodeterminazione del malato, ma anche con i «principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive», due parametri che nelle parole della Corte stessa rappresentano il «fondamento della tutela della dignità umana».²²

¹⁹ Cfr. *B v. NHS Hospital Trust* [2002] EWHC 429 (Fam).

²⁰ Cfr. *Pretty v. United Kingdom* (Application no. 2346/02).

²¹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 224.

²² Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 219 del 2018: «Entro lo specifico ambito considerato, 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 artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., 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, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)».

3.2 La malattia alla luce dell'art. 3 secondo comma della Costituzione

All'eguaglianza come assenza di discriminazione, si affianca l'eguaglianza come rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona: la "pista d'atletica" nell'esempio di cui sopra, in cui chi deve percorrere più strada necessita che il proprio blocco di partenza sia spostato più avanti. In questo senso possono essere interpretati gli strumenti predisposti dalla normativa in tema di disabilità che, nel tempo, ha individuato misure di sostegno e compensative nei diversi ambiti in cui si svolge la vita di una persona, da quello lavorativo a quello scolastico. La stessa attenzione si registra nell'ambito delle definizioni, per cui anche i testi normativi menzionano la «persona con disabilità», identificando quindi la disabilità come una possibile caratteristica della persona, che non esaurisce in essa la propria definizione²³. Da questo punto di vista, il diritto svolge un ruolo fondamentale per il superamento dello stigma che accompagna alcune condizioni patologiche. In questo senso si può richiamare una legge importante di cui sono recentemente ricorsi i 40 anni, la n. 180 del 1978, con la quale si è tentato di ricondurre l'ambito delle patologie psichiatriche al concetto di malattia e non di stigma, che la persona rechi con sé a vita²⁴.

In questa prospettiva, si può forse ravvisare un prosieguo ideale della legge n. 180 nell'introduzione della figura dell'amministratore di sostegno, grazie alla legge n. 6 del 2004, che appare orientata alla valorizzazione della persona con fragilità, su tutti i versanti che essa riesca a percorrere con le proprie forze²⁵. Anche questa figura si muove nell'alveo del primo comma dell'art. 3 della Costituzione, essendo volta ad eliminare lo stigma che accompagnava misure quali l'interdizione: una sorta di "cancellazione" della persona dall'ambito giuridico. Allo stesso tempo, l'amministratore di sostegno appare anche come uno strumento volto ad accompagnare chi abbia di fronte a sé una strada più lunga da percorrere, collocandosi quindi nell'ambito dell'eguaglianza sostanziale.

Il rapporto tra eguaglianza e biodiritto, alla luce del concetto di malattia, infine, si definisce nelle prospettive future, ad esempio in relazione agli scenari che si aprono grazie alla medicina personalizzata, che prevede cure commisurate alle esigenze del singolo individuo, ma che porrà anche problemi dei costi di questa "diseguaglianza mirata", non accessibile a «tutti». In una prospettiva ancora più complessa, poi, si apre la prospettiva dell'eguaglianza nel campo dell'*enhancement*, quindi dell'utilizzo di farmaci in assenza di malattie, per chi desideri potenziare le proprie capacità. La sfida maggiore, probabilmente, sarà data dalla scelta di "giuridificare" di questo fenomeno o, all'opposto, dalla collocazione dello stesso nell'ambito dei comportamenti privati al di fuori del diritto. Il diritto presenta già alcuni interventi *ad hoc*, ad esempio nell'ambito del *doping*, in cui l'intervento migliorativo delle prestazioni dell'individuo incide sul risultato di gare sportive e quindi sui terzi²⁶. Quando il potenziamento delle proprie prestazioni avvenga invece in ambiti in cui non vi sia una diretta incidenza sui diritti dei terzi, tuttavia, (ad esempio nel lavoro e nello studio) la scelta dell'adozione di una disciplina giuri-

²³ In argomento cfr. ad es. D. FERRI, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima "Strategia"*, in *Politiche sanitarie Salute e diritto*, 17, 2, aprile-giugno 2016, 118 ss.

²⁴ In argomento cfr. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

²⁵ Cfr. la legge n. 6 del 9 gennaio 2004, "Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali", in G.U. n. 14 del 19 gennaio 2004.

²⁶ In argomento cfr. S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006.

dica diventa più complessa e il significato dell'eguaglianza assume prospettive inedite e di difficile interpretazione.

Anche questa tematica, l'ingresso delle scelte individuali nell'ambito della regolamentazione giuridica (la "giuridificazione"), alla luce della dimensione privata o pubblica dei comportamenti individuali, si confronta spesso con il ruolo del principio d'eguaglianza nel biodiritto, condizionandone l'efficacia prescrittiva, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

4. La portata descrittiva e prescrittiva dell'eguaglianza, tra dimensione privata e pubblica delle scelte individuali

Si è evidenziato come il principio d'eguaglianza contenga in sé un aspetto dinamico, in confronto perenne tra la descrizione di ciò che esiste nel presente e dei cambiamenti che avverranno in un futuro, più o meno prossimo. Molte delle vicende che interessano il biodiritto in relazione al principio d'eguaglianza si rapportano a questa dimensione evolutiva, che descrive e prescrive. Si tratta di una tematica ampia, che trascende la sola intersezione tra scienza, etica e diritto; tuttavia, nell'ambito specifico del biodiritto, essa si connota secondo alcune similitudini, che tendono a limitare la libertà individuale quando essa appaia coinvolgere una dimensione pubblica accanto a quella strettamente privata.

L'aspetto propulsivo dell'eguaglianza, in altre parole, si arresta quando nelle scelte individuali si ravvisi la rappresentazione di qualcosa che trascende la persona, rappresentando un tratto di umanità rispetto al quale si avverte l'esigenza di adottare cautele. Gli ambiti di libertà degli individui nelle scelte che coinvolgano scienza e bioetica appaiono fortemente condizionate, dalla percezione della presenza di aspetti "pubblici" nelle scelte private.

Ciò che la scienza rende possibile, i nuovi tipi di famiglia, le scelte di fine vita, l'aborto, la maternità surrogata, gli atti dispositivi del proprio corpo (come ad esempio il mutamento di sesso) trovano limitazioni da parte delle norme giuridiche, non solo a fronte della necessità di protezione di soggetti terzi o quando il soggetto stesso sia percepito come fragile o vulnerabile. La maggiore o minore libertà appare condizionata anche quando sullo sfondo emerga uno scorcio di umanità, che la scelta individuale sembra rappresentare.

Quest'aspetto attraversa molte delle tematiche sopra riportate e fornisce una chiave di lettura importante per comprendere quali ambiti di libertà e diritti siano garantiti agli individui e, in particolare, chi rientri in quel «tutti» che, ancora oggi, appare in costruzione. Si dispiega così, anche il rapporto tra principio d'eguaglianza e principio di dignità, che condiziona diritti e libertà quando la dignità stessa sia intesa come rappresentazione giuridica della condizione umana, che giustifica l'esclusione di determinate categorie di persone dalla possibilità di compiere scelte nelle quali si ravvisi un tratto di umanità da tutelare, spesso indicato come l'inizio della *slippery slope*²⁷. In tali casi la dignità non si salda all'eguaglianza, come nell'esempio riportato dell'estensione delle cure fondamentali a tutti gli individui ma, all'opposto, può fungere da criterio di esclusione rispetto all'esercizio di scelte, che tro-

²⁷ Sia consentito il rinvio a C. PICIOCCI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013.

vano o meno riconoscimento proprio in nome della dignità umana che esse metterebbero a repentaglio.

Tale dinamica determina – sebbene in via non esclusiva – la portata della forza propulsiva dell'eguaglianza e l'inclusione di nuove categorie o, all'opposto, la prevalenza della dimensione descrittiva di un panorama che la scienza consentirebbe di mutare, ma che in base a considerazioni di carattere bioetico, non si ritenga di ampliare.

Trattandosi però di elementi non solo giuridici, in cui rileva anche la percezione sociale e culturale delle espressioni della libertà, la dimensione dinamica permane, poiché può evolversi alla luce di questi fattori, che sono mutevoli. In questo senso, guardando alla portata del principio d'eguaglianza nel contesto del biodiritto, capiamo molto della società che ci circonda e, con uno sforzo in più, possiamo scorgere i cambiamenti che si apprestano in un futuro più o meno vicino.

Special Issue

