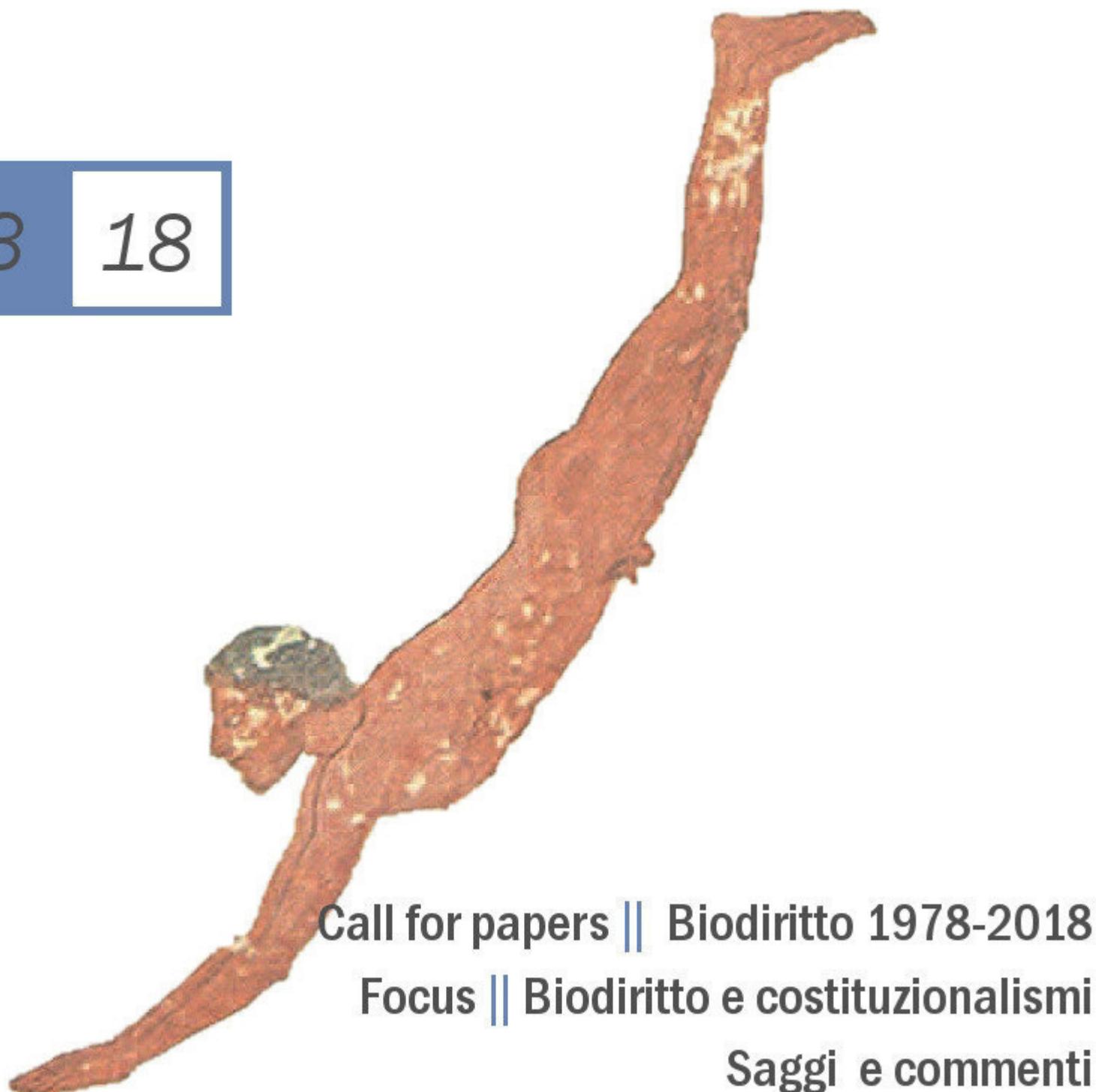




BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

3 18



Call for papers || Biodiritto 1978-2018
Focus || Biodiritto e costituzionalismi
Saggi e commenti

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucci, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Paolo Carrozza, Fabio Cembrani, Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Sheila McLean, Laura Palazzani, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Marta Tomasi.

Ferrara: Lucilla Conte, Gianmario Demuro, Pietro Faraguna, Andrea Guazzarotti, Andrea Lollini, Nicola Lucchi, Roberto Perrone.

Parma: Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Simone Gabbi, Valentina Gastaldo, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta, Veronica Valenti.

Email: biodiritto@gmail.org

Website: www.biodiritto.org/rivista

Peer review system: All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

November 2018

ISSN 2284-4503

© Copyright 2018



Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento
Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

Front cover: Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

n. 3/2018

Table of contents

Editoriale. Le dinamiche del biodiritto contemporaneo tra anniversari e tenuta dei principi costituzionali	1
<i>Lucia Busatta</i>	
CALL FOR PAPERS	
BIODIRITTO: 1978-2018	
Debolezze e diritti: la riforma psichiatrica nel riscatto della soggettività esclusa	7
<i>Andrea Fedeli</i>	
Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate	19
<i>Irene Domenici</i>	
Birth-related torts e la libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana	33
<i>Marco Poli</i>	
Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato	49
<i>Barbara Sgorbati</i>	
FOCUS: BIODIRITTO E COSTITUZIONALISMO	
Biodiritto e Costituzione italiana	65
<i>Lorenza Violini</i>	
Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione	73
<i>Simone Penasa</i>	
La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche	91
<i>Marilisa D'Amico</i>	
Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978	111
<i>Irene Pellizzone</i>	
La legge n. 108/1978 quale fattore di revisione dei paradigmi. <i>Dall'immunitas alla communitas</i>	123
<i>Stefano Rossi</i>	



Contents

ESSAYS – SAGGI

Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altro”	139
<i>Chiara Tripodina</i>	
Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare	153
<i>Salvatore Prisco</i>	
Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime nozioni).....	171
<i>Stefano Agosta</i>	
La procreazione medicalmente assistita. Prospettiva di bilanciamento dei diritti nell’esperienza argentina	193
<i>Diana Maria Castano Vargas</i>	
Il consenso informato come strumento per l’implementazione etica dei test genetici non invasivi per la diagnosi prenatale	225
<i>Maria Livia Rizzo</i>	
Break the chains: a new way to consider machine’s moral problems	241
<i>Paolo Sommaggio, Samuela Marchiori</i>	



Editoriale

Le dinamiche del biodiritto contemporaneo tra anniversari e tenuta dei principi costituzionali

Lucia Busatta

I 2018 è un anno di importanti ricorrenze storiche e giuridiche. Oltre al centenario della fine della prima guerra mondiale, si celebrano i settant'anni della Costituzione repubblicana e, contemporaneamente, la Spagna festeggia i quarant'anni della propria carta fondamentale.

Non solo: nel 1978 sono state approvate anche tre leggi destinate a innovare profondamente il nostro ordinamento, in punto di garanzia del diritto alla salute, di tutela dei diritti e di promozione dell'autodeterminazione della persona. Dal punto di vista storico, politico e sociale, il contesto nel quale il Parlamento giunse all'approvazione della legge Basaglia (n. 180 del 1978), della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza (n. 194 del 1978) e della riforma del servizio sanitario nazionale (n. 833 del 1978) fu uno dei più complessi della nostra storia repubblicana.

In quell'anno, infatti, si concentrarono una serie di avvenimenti che incisero in modo determinante sulla vita del nostro Paese (e non solo). Fu il periodo del terrorismo, del rapimento di Aldo Moro (ucciso, tra l'altro, in quello stesso 9 maggio in cui venne assassinato dalla mafia, a Cinisi, Peppino Impastato); nello stesso anno vi furono due conclavi (che determinarono l'elezione di Giovanni Paolo I, deceduto dopo solo 33 giorni di pontificato, e Giovanni Paolo II, il primo papa non italiano dal XVI secolo); in luglio, in seguito alle dimissioni di Giovanni Leone, venne eletto Presidente della Repubblica, con la più larga maggioranza di voti nella storia repubblicana, Sandro Pertini, reduce della prima guerra mon-

diale, esponente di spicco della Resistenza e Padre costituente. All'epoca, il Ministero della Sanità era affidato a Tina Anselmi, la prima donna a ricoprire tale incarico in Italia (e la prima in assoluto a cui venne affidato un dicastero nella storia repubblicana: prima di ricevere l'incarico alla Sanità, Anselmi era già stata titolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale dal luglio 1976 al marzo 1978).

Anche il mondo della salute e della sanità, in quegli anni, stava segnando in modo determinante il proprio percorso. Si rammenta spesso che nel 1978, in Inghilterra, nacque Louise Brown, la prima bambina al mondo ad essere stata concepita grazie al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, meno spesso, si ricorda che, nel settembre di quell'anno, si tenne presso Alma-Ata (nell'allora Unione Sovietica, oggi in Kazakistan) la Conferenza Internazionale sull'assistenza sanitaria primaria. Il *summit* si concluse con l'adozione di una dichiarazione che impegnò gli Stati aderenti a promuovere la dimensione olistica della salute (secondo quanto previsto dalla definizione di salute dell'Organizzazione mondiale della Sanità). Il raggiungimento di tale obiettivo – sancito dal motto *Salute per tutti entro il 2000* – non può che avvenire, secondo la Dichiarazione adottata a chiusura della Conferenza, attraverso la garanzia da parte degli Stati dell'accessibilità ai servizi sanitari, della riduzione delle disparità di carattere sociale che incidono sullo stato di salute delle persone, per mezzo della promozione dell'assistenza sanitaria per tutti gli individui.

Anche per queste ragioni, oltre che per sottolineare il ruolo centrale che le tre leggi approvate quattro decenni fa hanno avuto nel nostro ordinamento, si è deciso di aprire questo fascicolo di *BioLaw Journal* con alcuni interventi selezionati nell'ambito di un *call for papers* dedicato a



tali anniversari. La prospettiva storica, però, non rappresenta la dimensione prevalente dei contributi selezionati. Essi, partendo dalla ricorrenza, ripercorrono l'evoluzione applicativa e interpretativa delle tre leggi e ne valutano la tenuta odierna, anche rispetto ai principi costituzionali.

Così, la legge Basaglia e l'istituzione del servizio sanitario nazionale divengono il paradigma del mutamento di prospettiva di quegli anni, dell'inveramento, a distanza di un trentennio dalla sua approvazione, dei principi della nostra Carta costituzionale. Come sottolinea Stefano Rossi, la legge n. 180 del 1978 rappresenta molto di più della trasposizione in chiave giuridica del "sogno" di Franco Basaglia: essa segna il passaggio dal «rapporto di dominio/controllo, all'assistenza e alla relazione terapeutica». In questo senso cambia profondamente il paradigma della cura, «sia in senso antropologico, sia in senso giuridico». Gli strumenti per rendere effettivo questo mutamento consistono in una vera e propria rivoluzione organizzativa, che si realizza anche attraverso una diversa architettura delle reti e dei servizi sul territorio, così come delle strutture e delle amministrazioni sanitarie. Il fine comune che lega la riforma del sistema sanitario e della salute mentale consiste nel restituire dignità al malato, nel promuovere l'universalismo in chiave garantista, per dare compiuta realizzazione al disegno costituzionale, puntando a ridurre la forbice delle iniquità economiche e sociali. In questa prospettiva, il principio di egualianza sostanziale opera anche grazie allo sforzo del legislatore: con il passaggio da un sistema sanitario di tipo mutualistico all'universalismo, vengono (almeno virtualmente) annullate le diseguaglianze di partenza poiché – come osserva Andrea Fedeli nel suo saggio – «con la nuova legge n. 833 del

1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, siamo tutti uguali quando ci ammaliamo».

Questo mutamento, tuttavia, non si è compiutamente realizzato. La spinta verso l'attuazione dell'egualianza sostanziale ha consentito di superare molte iniquità, ha permesso una serie di importanti interventi di carattere sanitario e sociale, ha contribuito a restituire (in parte?) dignità ai reietti della società, ma non ha portato a pieno compimento le finalità auspicate.

L'evoluzione da un paradigma paternalista nell'approccio alla salute umana, fisica o mentale, verso un modello fondato sui bisogni, sulla centralità della persona e sulla relazione tra medico e paziente non si è compiuto nel 1978. Le leggi approvate allora hanno gettato le basi per iniziare a compiere una transizione che ha visto, quasi un anno fa, il raggiungimento di un altro fondamentale tassello. Con l'approvazione della legge n. 219 del 2017, sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento, il legislatore ha contribuito, dopo moltissimi anni di dibattito spesso sterile e controproducente, ad aggiungere un ulteriore punto cardine nella garanzia in chiave personalista ed egualitaria del diritto alla salute. Per mezzo della (tanto attesa) definizione della relazione di cura quale punto di incontro tra l'autonomia e la responsabilità del medico e l'autodeterminazione del paziente, si è saldato il punto di congiunzione tra l'elemento tecnico-scientifico che deve sempre orientare le scelte terapeutiche e la realizzazione delle aspirazioni e delle volontà del paziente, qualunque sia la sua condizione clinica, antropologica e valoriale.

Il cammino, però, è ancora lungo e tortuoso. Dare compiuta attuazione ai principi espressi a livello legislativo comporta un impegno quotidiano non solo delle istituzioni e delle amministrazioni repubblicane, ma richiede anche



Editoriale

l'impegno consapevole e responsabile di tutti i soggetti destinatari delle previsioni normative. Dal punto di vista istituzionale, la parziale realizzazione degli obiettivi indicati dal legislatore nel 1978 dipende da una molteplicità di fattori di diverso segno, non tutti dovuti a una carente applicazione del quadro normativo. Senza dubbio, il punto di svolta per consentire una completa realizzazione dell'ampio progetto del legislatore consiste nell'eterno nodo delle risorse. Quando si tratta di diritti la cui realizzazione è strettamente intrecciata con la predisposizione di servizi e con l'organizzazione amministrativa, la cronica scarsità di mezzi finanziari condiziona l'effettività delle garanzie che l'ordinamento offre ai consociati e che consente il pieno adempimento delle previsioni legislative.

L'esperienza di questi anni ha, inoltre, dimostrato che non è solamente la diseguaglianza intersoggettiva a incidere sul diritto alla salute e sugli altri diritti fondamentali della persona: puntando il *focus* proprio sulla disponibilità di risorse e sui profili organizzativi, ci si può rapidamente accorgere di quanto possano pesare, in punto di garanzia del principio di egualità, anche le profonde differenziazioni di carattere territoriale nella predisposizione e nell'accessibilità ai servizi per la salute che caratterizzano oggi la Repubblica.

Tali divergenze sono state, in parte, esacerbate con la riforma costituzionale del Titolo V del 2001, per effetto della quale alle Regioni spetta la realizzazione di ogni profilo organizzativo concernente la tutela della salute e, dunque, l'universo della sanità. I numerosi interventi della Corte costituzionale hanno contribuito, in questo senso, a riportare "al centro" talune decisioni, per mezzo di una non sempre condivisibile interpretazione estensiva della clausola di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione. Riconducendo ai livelli essenziali

delle prestazioni quasi ogni intervento di carattere sostanziale avente ad oggetto la salute umana, il giudice delle leggi ha sfruttato gli strumenti a propria disposizione per indicare la strada per una migliore realizzazione dell'egualità anche a livello territoriale. Altre volte, sempre in chiave egualitaria, la Corte ha imposto lo strumento dell'intesa, da adottarsi in sede di conferenza Stato-Regioni, come mezzo per la condivisione delle decisioni (anche) di carattere sanitario aventi un forte impatto sulla garanzia dei diritti delle persone.

La crisi economica che ha caratterizzato i primi lustri del terzo millennio ha, poi, reso ancora più complessa la realizzazione della spinta egualitaria voluta dai costituenti, prima, e dal legislatore del 1978, poi. L'attuale mutamento dei meccanismi economici si accompagna con il progressivo ampliarsi del peso giocato dalle istituzioni internazionali e sovranazionali in un ambito – quello della garanzia del diritto alla salute – tradizionalmente affidato alla competenza degli Stati nazionali. Anche per vie indirette, l'Unione Europea ha saputo progressivamente "suggerire" lo spostamento verso un modello sempre più uniforme di tutela della salute. La progressiva espansione delle competenze euro-unitarie – sottolinea Simone Penasa nel suo contributo – sta incidendo profondamente sulla garanzia dei diritti fondamentali e sulla realizzazione di molti obiettivi per la salute. Questo fenomeno è stato progressivo e non è dipeso solamente dall'allargamento dei poteri dell'Unione realizzato con le modifiche dei Trattati; la gradualità dell'incidenza dei vincoli euro-unitari sulla tutela della salute si è mossa – spesso in modo molto più efficace – lungo i binari delle libertà del mercato interno e dell'interpretazione e applicazioni dei principi generali (soprattutto la non discriminazione, la proporzionalità e la precau-



zione) a questioni attinenti in senso lato l'ambito sanitario.

Un andamento simile è riscontrabile anche nel ruolo giocato dalla Corte di Strasburgo, spesso chiamata a interpretare la portata delle norme della Cedu in questioni cd. "eticamente sensibili", sorte al punto di incontro tra diritto nazionale, fattore scientifico e riconoscimento del pluralismo valoriale delle nostre società. Così, pur richiamandosi alla discrezionalità del legislatore statale e alla dottrina del margine di apprezzamento, la Corte EDU ha saputo indicare progressivamente agli Stati meccanismi decisori e percorsi deliberativi che di fatto orientano il perfezionamento di determinate scelte in tematiche eticamente sensibili e che possono, in certa misura, condizionarne il verso, in termini di ampliamento dei diritti e della portata interpretativa delle norme convenzionali.

Vi è, poi, un altro tema trasversale che accompagna i contributi ospitati in questo fascicolo e che lega le ricorrenze, le istanze del costituzionalismo contemporaneo e la progressiva espansione in chiave transnazionale delle questioni ormai "classiche" del biodiritto. Si tratta del riconoscimento e dell'integrazione, nel dato giuridico, del pluralismo valoriale che caratterizza le società contemporanee e la verifica della sua tenuta costituzionale. Il paradigma di queste tensioni è rappresentato dalle problematiche applicative di un'altra delle leggi della quale si celebrano i quarant'anni. Approvata dopo un lunghissimo e assai divisivo dibattito, la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza si è distinta da subito come un testo normativo equilibrato, frutto di un compromesso tra le diverse forze politiche che animavano, in quegli anni, il Parlamento, espressione della necessità di riconoscimento di diritti che, anche secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 27 del 1975) non potevano più restare privi di tutela.

I contributi di Marilisa D'Amico e Irene Pellizzone evidenziano, in prospettiva diacronica, i punti nodali dell'interpretazione e applicazione della legge n. 194 del 1978. In questa dimensione, le autrici sottolineano come, pur a fronte di un testo normativo a vocazione pluralistica che, in quarant'anni di validità, ha dimostrato la sua tenuta ed è resistito al controllo di costituzionalità, rimangono, comunque alcuni aspetti da tenere sotto osservazione, che riguardano i profili tecnico-scientifici controversi (anche a fronte dell'evoluzione della medicina) e un diffuso ricorso all'istituto dell'obiezione di coscienza fra i medici ginecologi. Se, da un lato, tale strumento era stato introdotto dal legislatore proprio al fine di consentire il compimento di quel compromesso politico funzionale all'approvazione di una legge avente un oggetto tanto divisivo, i pericoli delle cd. obiezioni di comodo e la conseguente ineffettività di previsioni normative pensate a tutela della donna che attraversa un momento di profonda fragilità fisica ed emotiva rischiano di vanificare l'originale intento del legislatore. Si tratta di problematiche classiche e, al contempo, di estrema attualità, che – come messo in luce nello scritto di Irene Domenici – non caratterizzano solamente il nostro ordinamento. In questo senso, il valore aggiunto della comparazione permette di andare ad individuare le differenti reazioni messe in atto in altri ordinamenti al fine di superare le problematiche collegate alla necessità di contemporaneare le esigenze del pluralismo (i.e. il riconoscimento della libertà di coscienza ai medici) con la garanzia di un servizio sanitario fondamentale per la salute della donna.

La vocazione altamente transnazionale di queste tematiche e i nodi del pluralismo traspaiono anche dal saggio di Lorenza Violini, ove si evidenzia come le tensioni tra diritto e scienza, da un lato, e tra diritto ed etica (*rectius*, etiche),



Editoriale

dall'altro lato, portino ad una crisi dei tradizionali modelli giuridici. Crisi che, però, non è necessariamente da intendersi in chiave negativa, ma che si sostanzia, piuttosto, in una spinta impartita al diritto a interrogarsi su se stesso, a rileggere i principi tradizionali, a vestirli delle nuove istanze di carattere scientifico e valoriale. Riportando il tutto su un piano costituzionale, secondo l'autrice, la crisi si risolve poiché, attraverso le logiche del costituzionalismo e dell'equilibrio tra i poteri, l'ordine è riportato attraverso la capacità dei principi costituzionali di "tenere insieme" ogni istanza compatibile con le logiche della Carta fondamentale.

In questa prospettiva, proprio gli ultimissimi sviluppi del caso Cappato suggeriscono alcune riflessioni circa l'applicazione dei principi del costituzionalismo all'emergere di istanze e bisogni che da sempre hanno contraddistinto l'esistenza umana, ma che trovano, oggi, nel diritto, nuove vie di fuga e canali di risposta. Il fascicolo ospita un contributo di Chiara Tripodina che affronta i temi al centro dell'ordinanza con la quale la Corte di Assise di Milano ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 580 del codice penale, in riferimento alla condotta di Marco Cappato che si era auto-denunciato per aver accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, presso la clinica Dignitas, per ricevere l'assistenza medica al suicidio. Il caso all'attenzione del giudice delle leggi è complesso, non solamente per l'ampio carico di tematiche che essa reca con sé, ma anche per la formulazione stessa della questione di costituzionalità.

Degli ultimissimi giorni è la pubblicazione dell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), con la quale la Corte ha reso note le motivazioni della decisione adottata nella camera di consiglio del 24 ottobre 2018 e anticipata con un comunicato

stampata (su cui v. il contributo di Salvatore Pri-
sco).

Il giudice delle leggi ha scelto di intraprendere una strada sinora inedita nel cammino italiano del controllo di costituzionalità: la decisione sulla legittimità costituzionale della norma impugnata è stata rinviata al 24 settembre 2019, al fine di consentire al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che [...] una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

Nelle proprie argomentazioni, la Corte non nasconde i complessi bilanciamenti tra valori costituzionali che il caso di specie sollecita, «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi», ma rispetto al quale non possono (più) essere lasciati privi di adeguata tutela i pazienti che versano in condizioni tali da limitare la libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie, «comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze».

«Facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», la Corte sceglie, così, di rinviare il processo in corso, in modo tale da consentire al Parlamento di adottare le opportune e adeguate misure per rimuovere un *vulnus* che, di fatto, viene già rilevato. Il giudice delle leggi, tuttavia, sottolinea i plurimi profili che investe la regolazione delle condizioni di accesso all'assistenza al suicidio (e, per converso, dell'esclusione della rilevanza penale di siffatta condotta). Questi, tutti variamente declinabili nell'esercizio della discrezionalità politica del legislatore possono comprendere «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "pro-



cesso medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura».

Pur a fronte dell'indubbia peculiarità della decisione della Corte, non del tutto esente da profili di criticità per la scelta di sospendere la decisione in attesa dell'esercizio del (solo eventuale) potere legislativo del Parlamento, l'ordinanza presenta numerosi spunti per futuri approfondimenti e riflessioni. Fra questi, *in primis*, si possono menzionare i "contenuti costituzionalmente vincolati" di una possibile disciplina legislativa, ma appaiono meritevoli di considerazione anche i ricchi richiami alle analoghe pronunce di altre Corti supreme, quali *Carter v. Canada* del 2015 e *Nicklinson* (deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2014).

In questo articolato quadro, una primissima considerazione che si può esprimere sull'ordinanza n. 207 del 2018 e che si lega con le riflessioni sinora sviluppate circa le dinamiche del costituzionalismo contemporaneo, riguarda il fatto che, anche a motivo dell'intrinseca dinamicità delle questioni che investono il mondo della salute umana, il giudice costituzionale è spesso in prima linea per il riconoscimento dei diritti all'incrocio tra scienza, etica, vita e diritto. Ne sono prova sia il caso Cappato, sia – tornando al tema degli anniversari con il quale si è aperto questo editoriale – la storica pronuncia della nostra Corte costituzionale sul reato di aborto (sent. n. 27 del 1975), con la quale il giudice delle leggi ha offerto al legislatore la bussola per intervenire, definendo il contenuto costituzionalmente orientato (e vincolato) di quella che sarebbe divenuta, tre anni dopo, la legge n. 194 del 1978.

Rispetto al caso Cappato, ci si può quindi chiedere se gli orientamenti che la Corte costituzio-

nale ha voluto inserire nelle motivazioni dell'ordinanza sul caso Cappato saranno accolti dal legislatore quali principi ispiratori di un intervento normativo che, proprio sulla scorta delle parole del giudice delle leggi, appare ormai "costituzionalmente necessario" (come già avvenuto in passato proprio con riguardo alla disciplina dell'interruzione di gravidanza).

I prossimi fascicoli di *BioLaw Journal* torneranno nuovamente sulla tematica, ospitando saggi e articoli in commento all'ordinanza della Corte costituzionale e utili alla costruzione di un dibattito scientifico che possa fungere da valido supporto per il difficile compito che la eterogenea composizione attuale di Camera e Senato sarà chiamata ad onorare.



Debolezze e diritti: la riforma psichiatrica nel riscatto della soggettività esclusa

Andrea Fedeli*

WEAKNESSES AND RIGHTS: PSYCHIATRIC REFORM IN THE REDEMPTION OF THE WEAK SUBJECTIVITY

ABSTRACT: The market for aesthetic medicine is constantly growing and, except “reconstructive” surgery that responds exclusively to the need to improve the appearance, it presents a number of legal, but also strictly ethical and professional questions. The aim of the authors is, through a literature review, to discuss whether it can still be possible to deal with an idea of aesthetic medicine extraneous to the concept of disease and, therefore, to re-evaluate the position of the aesthetic surgeon with its authoritative professional dignity.

KEYWORDS: Psychiatric reform; asylum; self-determination; mental health; Franco Basaglia

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le parole che scottano – 3. Un primo passo – 4. Il Cogito debole alla conquista del diritto – 5. Per concludere.

1. Premessa



Oggi lascia stare il pallone. Andiamo a vedere cosa succede laggiù.» «Perché cosa succede?» «E' il manicomio che si apre... Dai, vieni con me e andiamo a vedere».

Per chi, come me, da bambino negli anni Settanta abitava nella zona nord di Roma, era molto probabile che l'approccio alla riforma psichiatrica fosse dato da un evento piccolo e concreto di un pomeriggio di festa. Un banchetto per le firme, dei manifesti, un gran brulicare di attività e di persone nei pressi del Santa Maria della Pietà rappresentarono il mio primo incontro con la storia della riforma psichiatrica: un incontro mentre la storia stessa si fa, mentre tante lotte non hanno ancora conquistato il cielo del diritto e delle istituzioni. Del resto, quello era il periodo delle assemblee operaie e studentesche, dei consigli dei delegati, degli organi collegiali nelle scuole. Insomma, si iniziava a crescere con il senso della partecipazione democratica, rappresentato dall'assemblea, vocabolo che rimandava alle cose degli adulti, ma che girava sempre più frequentemente nel nostro lessico e nel nostro immaginario di bambini. L'assemblea arrivava fino ai «matti» e ai loro dottori. Allora veramente siamo in democrazia!

* Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica. Email: afedeli15@gmail.com. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata a "Biodiritto: 1978-2018".





2. Le parole che scottano

La malattia mentale fa parte di quei vocaboli che spaventano perché ci costringono a rivedere i nostri più consolidati paradigmi cognitivi ed etici. La segregazione dei «matti», come dei diversi a qualunque titolo, è il modo per allontanare da noi parole che scottano e che espongono le nostre coscienze su un baratro oscuro, un mondo totalmente altro da noi, tanto incomprensibile da non poter non generare terrore. Il folle forse è l'altro per eccellenza, che si affaccia sui nostri territori chiedendo di essere conosciuto e riconosciuto. Meglio farlo sparire e dimenticarlo in un non-universo cui diamo il nome di casa di cura. Meglio comportarsi come nella Roma, carica di sarcasmo e di ipocrisia, del *Pasticciaccio* di Carlo Emilio Gadda. «Per le strade de Roma nun se vedeva 'na mignotta, de quelle co' la patente. Con gentile pensiero pe' l'Anno Santo, il Federzoni le aveva confiscate tutte. La marchesa Lappuccelli era a Capri, a Cortina, era annata in Giappone a fa' un viaggio»¹.

L'escluso delle nostre pagine, il «matto», non ha la fortuna della marchesa Lappuccelli. Il nuovo Federzoni, che lo ha espulso dal consesso civile segregandolo in manicomio, ha da parte sua la coscienza serena e il pensiero rigidamente consequenziale dell'uniforme. Ha compiuto il suo dovere di allontanare dalle orecchie della città parole che scottano. In verità, il Federzoni di Gadda e ogni altro Federzoni nascondono, dietro il volto della forza e della legittimazione del proprio Anno Santo, arretratezze culturali profonde e irrimediabili contraddizioni nel loro sforzo di rassicurare la collettività. La legge 14 febbraio 1904, n. 36 sull'assistenza psichiatrica, la prima normativa organica in materia in Italia, già dal suo titolo, *Disposizioni sui manicomì e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati*, configura questo tipo di assistenza in una logica sostanzialmente a senso unico: reclusione, separazione, oggettivizzazione del malato².

3. Un primo passo

Agli inizi degli anni Cinquanta, quando la riforma psichiatrica è ancora molto lontana, la prestigiosa rivista *Archivio di filosofia* dedica uno dei propri fascicoli a *Filosofia e psicopatologia*. E' uno dei primi cunei che tentano di scardinare lo statuto epistemologico della psichiatria italiana, ancora in gran parte fermo al positivismo di fine Ottocento. Eugène Minkowski, nel suo saggio *Psychopathologie e philosophie* pubblicato su *Archivio di filosofia*, propone un ripensamento del rapporto concettuale normalità-follia : «ce n'est point par rapport à l'homme normal, mais par rapport au cadre général auquel nous ressortissons que s'affirme la folie»³. Non si dice solo che il patrimonio mentale dell'individuo è in massima parte di origine sociale⁴. Nella riflessione di Minkowski si va oltre toccando la parola *follia* che in quegli anni ancora scotta parecchio. Quel «par rapport au cadre général» invita a

¹ C.E. GADDA, *Quer pasticciaccio brutto de via Merulana*, Milano, 1973. p. 78.

² Per una storia della psichiatria in Italia nel XX secolo si rinvia a V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomì e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Bologna, 2009.

³ E. MINKOWSKI, *Psychopathologie e philosophie*, in *Archivio di filosofia*, n. 2, 1952. p. 20-21.

⁴ In tal senso, nel 1912 si era espresso coraggiosamente e lucidamente Enrico Morselli, seppur con i limiti del tempo che riconducono l'attività della coscienza a «determinate condizioni organiche», v. E. MORSELLI, *I limiti della coscienza*, Estratto da: *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, VI Riunione – Genova, ottobre 1912, Roma, 1913, p. 15 e ss.



non assegnare più alle condizioni biologiche e morfologiche dell'individuo una centralità assoluta nell'analisi della coscienza umana e dei suoi comportamenti.

Un'eco di questa pagina di Minkowski risuona nella descrizione della logica manicomiale che Anton Čechov rappresenta in *Reparto n. 6*, quando il medico protagonista, Andrej Efimyč Ragin, poco prima di entrare in manicomio, dice: «la mia malattia sta tutta nel fatto che nel corso di vent'anni ho trovato, in tutta la città, un solo uomo intelligente, e questo era pazzo. Malato, io, non sono minimamente: il fatto è che sono incappato in un cerchio magico, dal quale non c'è via d'uscire»⁵. La sovrapposizione intelligenza-pazzia è troppo pericolosa e ha l'effetto di irrigidire le convenzioni sociali che portano, come conseguenza necessaria, Andrej Efimyč a essere rinchiuso nel manicomio e a morirvi di lì a poco. A metà del XIX secolo, un'altra grande figura della letteratura russa, Aleksandr Herzen, aveva già evidenziato lucidamente il frastagliarsi della antinomia follia-intelligenza non solo nella singola coscienza ma in tutta la storia umana: «Tutta la sventura dei pazzi che cade sotto i sensi è la loro sdegnosa originalità, la loro cocciuta intransigenza, per la quale *gli infermi di mente... savi con tutto l'astio dei loro deboli caratteri*, li rinchiudono in gabbie e li innaffiano di acqua fredda e via dicendo»⁶. Nel suo articolo prima citato, Minkowski invita a considerare la personalità umana sotto la prospettiva dell'*essere differentemente* e dell'*essere altrimenti* e restituisce un binomio follia-intelligenza non riconducibile in categorie rigide e semplicistiche quasi fossero contenitori a tenuta stagna. L'altro inizia ad entrare nella dimensione dell'umano perché «l'homme est fait pour chercher l'humain»⁷. E aggiunge poco oltre: «l'existence de l'adjectif *inhumain* qui ne connaît point de term équivalent pour les autres espèces, en indiquant jusqu'à quel point l'être humain peut choir, met en relief d'une manière particulièrement saisissante l'existence de l'image del humaine»⁸. Riconoscere un *differentemente* o un *altrimenti* significa riconoscere un'umanità plurale, rigettare ogni riduzionismo. Più di cinquant'anni dopo queste note di Minkowski, noterà Alberta Basaglia, figlia di Franco: «Eppure la diversità basta accettarla. Anche quando è talmente tangibile che non si può far finta che non esista, come nel caso dei matti. Basta solo riconoscere il diverso da te e non farti fagocitare dall'ansia che costringe a incasellare tutti e tutto in regole e categorie precise che pretendono di dare un ordine tranquillizzante al mondo»⁹.

Nell'introduzione al fascicolo dell'*Archivio di filosofia*, Enrico Castelli raffredda ulteriormente la parola bollente *follia*. La sua riflessione si muove dal concetto di *ragione* definito dalla filosofia moderna a partire da Cartesio. Il *Cogito ergo sum* ha inaugurato un monologo della ragione. «Il demoniaco mondo di chi non può fuggire da un discorso che non permette di vedere gli altri, di ascoltare altre voci, di interrompere, né di essere interrotto. Monologo incessante. Il peccato mortale di un solipsismo latente è il presupposto dell'indagine filosofica del mondo moderno. [...] In un certo senso il punto di incontro dell'indagine filosofica e della fenomenologia dell'alienazione (psicopatologia) deve ricercarsi nell'analisi di quella coscienza di un malessere che la certezza dell'essere dubitante trascina con sé; in ciò che la teologia definisce *status deviationis* e la psicologia perdita del senso comune»¹⁰.

⁵ A. ČECHOV, *Reparto n. 6*, Torino, 1958, p. 83.

⁶ A. HERZEN, *Il dottor Krupov*, Firenze, 2008, p. 39. Il corsivo è mio.

⁷ E. MINKOWSKI, *op. cit.*, p. 21.

⁸ Ivi, p. 32.

⁹ A. BASAGLIA, *Le nuvole di Picasso*, Milano, 2014, p. 51-52.

¹⁰ E. CASTELLI, *L'indagine filosofica e la fenomenologia dell'alienazione*, in *Archivio di filosofia*, n. 2, 1952, p. 6.



Chi sono gli altri che il pensiero nel suo monologo pretende di non vedere? Perché sono cacciati via dal suo universo di significanti? Come configurare il malessere che la certezza dell'essere dubitante trascina con sé? Sostiene ancora Castelli: «non è il dubbio della mia esistenza che si affaccia per primo, ma quello di non salvarmi dalle cose che mi circondano. L'animosità della natura, la violenza di un mondo che ci è estraneo, che può nascondere un tradimento. [...] Il dubbio di non essere liberi non è alla base dell'indagine, è un tradimento dell'indagine stessa. La malattia è di *subire il dubbio* come il peso dell'opposizione drammatica che le cose manifestano verso di noi. Siamo atterrati quando le cose della terra fanno ressa e non sappiamo disporle; le temiamo perché sono ostili»¹¹. Date tali premesse, «l'*alienato* è alienato dall'uniforme condotta umana per un'attitudine (o varie attitudini) contrastante all'attitudine dei più»¹². Ecco dove nasce la nostra paura. Da un mondo per noi indecifrabile, il comportamento del «matto», che sfugge al nostro conoscere e al nostro dominio. Se non lo comprendo e se non lo domino, allora meglio internarlo. «La logica della paura -aggiunge Castelli- non è che l'esperienza di certe aspettazioni e, in ultima analisi, la logica della follia respinta. Perché c'è la logica della pazzia e quella del rifiuto della pazzia, di una pazzia respinta»¹³. Questo approccio svela come paure sociali e rigidità scientifiche abbiano consentito di portare sotto le etichette della follia e della pericolosità sociale una serie di comportamenti che oggi non possono neanche essere definiti frutto di patologie e che comunque rivelano straordinarie potenzialità e opportunità di vita e di crescita. «Loro sono pericolosi e noi no?» si chiede provocatoriamente Tolstoj a proposito della devianza delinquenziale e dei sistemi di prigionia, anticipando, con un'eccezionale sensibilità umana, la critica basagliana all'istituto della reclusione manicomiale¹⁴.

Se la serie televisiva *The good doctor*, trasmessa questa estate del 2018, che porta alla luce le complessità della mente, può magari essere liquidata come un fatto appartenente più al mondo dello spettacolo che a quello dell'analisi scientifica, i ritratti del manicomio di Mario Tobino, medico e scrittore, gettano una luce ambigua sulla logica della segregazione di ogni diversità. Nell'istituto descritto in *Le libere donne di Magliano*, in cui Tobino lavora, c'è la Belaglia, una «bambina bellissima di diciassette anni» che «si comportava benissimo, si dimostrava, buona e solerte negli studi, un giorno apparve confusa, come se parlasse in sogno e sempre più si alterò finché fu ricoverata»¹⁵. C'è la «signora Alfonsa, così affabile e sempre distinta, [che] è invasa da un caldo soffio di lussuria estiva»¹⁶. C'è la «Maresca [che] è una signora qui ricoverata, vittima di grilli erotici»¹⁷. C'è la Frattasi «bruna, giovane, tutta bella», picchiata selvaggiamente dal marito, «ora è qui ricoverata per *malinconia* [...] Bella e pietosa non si lamenta, né rimprovera o inveisce contro il marito che così la usava. Solo gli occhi le si fanno più grandi, nella bocca una leggerissima amarezza, che subito viene cancellata da un sorriso colmo di perdono, e sembra che sia sul punto di aggiungere che il marito forse aveva le sue ragioni»¹⁸. C'è poi la Gabi che «continuava a infuriare scenate e minacce e il marito infine stanco, dopo es-

¹¹ Ivi, p. 7.

¹² Ibidem.

¹³ Ivi, p. 9.

¹⁴ L.N. TOLSTOJ, *Resurrezione*, Milano, 1992, p. 143.

¹⁵ M. TOBINO, *Le libere donne di Magliano*, ora in Id., *Opere scelte*, Milano, 2007, p. 522-523.

¹⁶ Ivi, p. 526.

¹⁷ Ivi, p. 526.

¹⁸ Ivi, p. 532-533.



mersi confidato con il confessore, l'ha fatta portare qui al manicomio. [...] Or dunque si tratta sapere se la Gabi è delirante di gelosia o è semplicemente una gelosa impulsiva¹⁹. C'è, infine ma non ultima di questo caleidoscopio di varia umanità dolente, la Lella che da ricoverata presta aiuto al manicomio e «sembra che [...] riversasse i suoi risparmi nelle braccia del fratello; una matta che dava il meglio a un sano»²⁰. In ognuno di questi quadri vi è una debolezza o un'alterità dei percorsi della mente. Vi è l'intromissione di figure, come il confessore del marito della Gabi, che certificano la necessità della segregazione manicomiale, non avendo alcuna formazione in campo medico. Vi è persino una donna vittima di umilianti violenze in famiglia! Non emerge un quadro clinico moderno, nonostante la acutissima compassione di Tobino, ma un paese arretrato, non aiutato nell'abisso della sofferenza mentale dalla scienza medica.

Il manicomio come recinto delle paure, come presidio dell'ignoranza, della prepotenza e dello sfruttamento: la Lella fa piccoli lavori in manicomio. Il «matto» può e deve essere sfruttato, purché sia segregato. Risalta allora l'analisi del manicomio di Franca Ongaro: «ma ciò che prima della riforma sanitaria e psichiatrica accomunava in una risposta univoca qualunque tipo di disturbo era la classe di appartenenza, che coinvolgeva in quel luogo tutte le forme di malattia, handicap, malessere, disagio, diversità, dissenso, disturbo sociale che potevano rientrare nel giudizio di pericolosità o di pubblico scandalo dei meno abbienti e dei più deboli»²¹. L'altro ha diversi volti e spesso conviene far coincidere con il pazzo, in un'unica etichetta omnicomprensiva, il povero, l'omosessuale, il disagiato, il rivoluzionario²².

Un riscontro del giudizio della Ongaro si ritrova ancora una volta nella sensibilità di Tolstoj. Le pagine di *Memorie di un pazzo* scorrono la progressione di un dramma esistenziale fatto di debolezze fisiche e psicologiche, fino all'incontro con la miseria che manda all'aria un affare profittevole per il protagonista: «ero tornato a casa e intanto che raccontavo a mia moglie quanto era conveniente quella proprietà, d'un tratto ho avuto vergogna. Ero disgustato. Avevo detto che non potevo comprare quella proprietà perché il nostro vantaggio era fondato sulla povertà e sulla sofferenza degli uomini. [...] Questo è stato l'inizio della mia pazzia. Ma la mia piena pazzia è venuta poi dopo, un mese dopo questo fatto. [...] Poi sulla soglia della chiesa c'erano dei mendicanti. E d'un tratto era diventato chiaro che non doveva essere così. [...] E allora la luce mi aveva illuminato del tutto ed ero diventato quello che sono. [...] Avevo dato quello che avevo ai mendicanti e ero tornato a casa a piedi, parlando col popolo»²³. La maturazione di una coscienza sociale, espressione di un rapporto con l'altro da recuperare, l'umanitarismo di Tolstoj in questo caso, suscita preoccupazioni analoghe alle riflessioni dei personaggi di Čechov. Tale coscienza sociale, rivelandosi eversiva dell'ordine costituito, deve essere bollata come forma di pazzia: la condanna alla follia può diventare lo strumento per riassorbire velleità di riforma sociale. La normalità psicologica assurge a baluardo che pone al riparo consolidate gerarchie sociali e cristallizzati interessi economici.

¹⁹ Ivi, p. 564.

²⁰ Ivi, p. 619.

²¹ F. ONGARO, *Eutanasia: libertà di scelta e limiti del consenso*, in R. DAMENO, M. VERGA (a cura di), *Finzioni e Utopie. Diritto e diritti nella società contemporanea*, Milano, 2001, p. 329.

²² F. ONGARO, *Vita e carriera di Mario Tommasini, burocrate proprio scomodo, narrate da lui medesimo*, Roma, 1991.

²³ L. N. TOLSTOI, *Memorie di un pazzo*, ora in GOGOL, DOSTOEVSKI, TOLSTOI, *Tre matti*, Milano, 2014, p. 153-154.



Coerentemente con queste paure, lo stigma della patologia mentale ha autorizzato negli anni percorsi terapeutici che sono stati dei veri e propri anestetizzanti per la coscienza collettiva, ma che hanno travolto, con l'elettrolocuzione, le sedazioni forzate, la contenzione, gli isolamenti più umilianti, i «limiti imposti dal rispetto della persona umana» (articolo 32 della Costituzione): quei limiti a norma della Costituzione che neanche legge può violare. La dignità dell'interessato ha finito per cedere alle necessità della sicurezza generale. Per invertire questa rotta, è necessario allora superare ogni metafora attribuibile alla malattia. Susan Sontag, rispetto all'esperienza terribile del cancro, puntualizza con forza che «la malattia non è una metafora e che la maniera più corretta per considerarla -e la maniera più corretta di essere malati- è quella più libera da pensieri metaforici». Riconosce che «è quasi impossibile prendere residenza nel regno dello star male senza essere influenzati dalle impressionanti metafore con le quali è stato tratteggiato»²⁴. La diagnosi della patologia mentale è stata, fino alla rivoluzione basagliana, un grimaldello eccezionale e terribile per sostenere processi di reificazione del diverso. Tutte le pagine di Tobino, prima citate, infondono una profonda rassicurazione, la rassicurazione data dal connubio fra una scienza incapace di sondare le profondità della galassia umana e un potere, poco sensibile ai principi della Costituzione repubblicana in materia di diritto alla salute e maggiormente disposto, invece, ad espellere ogni ipotesi di diversità. A questo connubio la nobiltà d'animo di Tobino e il suo lirismo non riescono a opporre efficaci resistenze sul piano scientifico.

Eugenio Borgna, che pure non ha risparmiato critiche all'impostazione basagliana e a un'interpretazione meramente sociologica della patologia mentale, scrive: «come del resto non è possibile addentrarsi nella follia senza tenere presenti le influenze storiche e ambientali che contrassegnano ogni esistenza psicotica, così non è possibile sottrarsi e sfuggire all'esigenza di andare-incontro a ogni paziente sulla linea oscillante di una relazione dialogica e di una comunicazione psicoterapeutica che ci consentano di cogliere le parti *sane* in loro e le parti *malate* in noi. Siamo al di là di ogni riduzionismo psicologistico e biologico, dicendo questo; siamo nella vertigine e nella danza leggera della grazia (si può dire anche questo) che ci fa intravedere realtà (figure) umane nascoste e invisibili»²⁵. Parti sane e parti malate non sono più distinte a priori in due universi contrapposti e immediatamente identificabili come separati. Si sovrappongono e si confondono, rivelando la complessità dell'umano.

Scorgere l'umano nascosto e invisibile richiede la ricerca di una non distorta «fondazione intersoggettiva e comunicazionale»²⁶. Merito di Georg Buchner, nelle brevi e intense pagine di *Lenz*, è stato quello di rappresentare con grande anticipo rispetto alla psichiatria la normalità dell'esistenza psicotica e la sua incomunicabilità. L'esperienza di Lenz è il fluire della coscienza fra normalità e ciò che non viene percepito come tale. «Egli era sogno a se stesso»²⁷, mentre si aprono tragicamente la vertigine dell'incubo e l'impossibilità di comunicare il proprio sé: «Lenz guardava fuori fisso, calmo, nessun presagio, nessun impulso; solo una cupa angoscia cresceva in lui quanto più gli oggetti si perdevano nell'oscurità. [...] Pareva del tutto ragionevole, parlò con la gente; faceva tutto come facevano

²⁴ S. SONTAG, *Malattia come metafora. Il cancro e la sua mitologia*, Torino, 1979, p. I.

²⁵ E. BORGNA, *Come se finisse il mondo. Il senso dell'esperienza schizofrenica*, Milano, 1995, p.40.

²⁶ *Ivi*, p. 56.

²⁷ G. BUCHNER, *Lenz*, Milano, 2008, p. 19.





gli altri, ma c'era un vuoto orribile in lui, non sentiva più alcuna paura, alcun desiderio; la sua esistenza gli era un peso necessario. Così continuò a vivere»²⁸.

Nell'intento di ricondurre entro limiti non strumentali i profili più scottanti della psicopatologia, Enrico Castelli riesce brillantemente a evidenziare il contributo che la fenomenologia può fornire alla filosofia e alla psichiatria, delineando con rigore il *problema di sé e del mondo*: «la volontà di alienazione non è l'alienazione della volontà, ma può divenirlo. La volontà dell'alienazione è fenomenologicamente un prodotto dello stato di disagio»²⁹. Rinnegare lo stato di disagio, non riconoscerne la dignità, conduce all'autolesionismo del pensiero. Ancora Castelli denuncia che «una filosofia che volesse prescindere da questa indagine fenomenologica, che in ultimo non è altro che una fenomenologia dell'alienazione, finirebbe con l'identificarsi con la filosofia del serpente biblico, vale a dire con una filosofia dei significati perduti, la filosofia dell'assoluta solitudine e dell'orgoglio illimitato»³⁰.

Il normale, l'uniforme, assurti a fetuccio, rivelano la propria afasia sul piano descrittivo e assiologico. La «filosofia dei significati perduti» malcela l'odiosità dei processi di reificazione che colpiscono chi, per ragioni diverse, è debole ed è percepito pertanto come pericoloso. Sul piano storico, la violenza delle «istituzioni totali» è un riflesso di questa incapacità di comprensione che genera arroganza e segregazione. Ancora una volta, la descrizione del manicomio, fatta da Čechov in *Reparto n. 6*, conferma la necessità di separarsi fisicamente dall'altro, necessità che la «filosofia dei significati perduti» avverte e soddisfa prontamente. «Se la gente di qui aveva aperto l'ospedale, e lo tollerava nella propria città, voleva dire che ne aveva bisogno: quei pregiudizi, tutte quelle sconcezze e turpitudini della vita quotidiana, erano necessarie, dato che, con lo scorrer del tempo sarebbero venute e trasformarsi in qualcosa di ordinato e di efficiente, come il letame in terra nera. [...] Di fronte alle concezioni e alle tendenze contemporanee, un'ignominia come il *Reparto n. 6*, è possibile unicamente a duecento miglia dalla ferrovia, in una cittadina dove il sindaco e i maggiorenti son borghesucci analfabeti, agli occhi dei quali il medico è uno stregone a cui bisogna credere senz'ombra di critica»³¹.

Ma la normalizzazione manicomiale, come ogni logica di segregazione, se allevia lo sforzo di comprendere, comporta l'implosione della coscienza, il suicidio dello stesso *Cogito*. Le duecento miglia dalla ferrovia, cui fa riferimento Čechov, sono il simbolo geografico di un'ermetica chiusura del pensiero nella propria immobilità. A questo riguardo, Enrico Castelli mette in guardia dai rischi di una ragione tanto autoritaria e miope da non riconoscere chi le sta accanto: «Ma che significato abbia parlare di debolezze della ragione non si riesce a comprendere. La coscienza apocalittica può essere una coscienza malata, ma è più malata quella coscienza che non può rendersi conto dell'apocalisse, perché la storia non indica la fine, perché la fine della storia è una storia fantastica, quasi che fosse possibile per lo storismo parlare di fantastico e di malattia della coscienza. Non può rendersi conto o non vuole? Questo è il punto»³².

Sciogliere questi nodi significa scuotere profonde pigrizie intellettuali e demistificare ancestrali paure. Domandare e domandarsi sono l'imperativo e il costume mentale che Franco Basaglia ha rilancia-

²⁸ Ivi, p. 81.

²⁹ E. CASTELLI, *op. cit.*, p. 9-10.

³⁰ Ivi, p. 11.

³¹ A. ČECHOV, *op. cit.*, p. 35, 37-38.

³² E. CASTELLI, *op. cit.*, p. 11.



to rispetto all'alterità assoluta e al ribrezzo che proviamo rispetto alla follia, alle donne e agli uomini che vi abitano. Precisa Franca Ongaro: «Ma se agli occhi di un profano quelle donne e quegli uomini apparivano come animali che avevano perso ogni aspetto umano, era la malattia la responsabile di quell'abbruttimento o non piuttosto il modo in cui la si trattava? Se non consenti all'uomo una possibilità di vita umana, come pretendere che la sua umanità riesca a sopravvivere? [...] Questo era (ed è) il manicomio»³³.

4. Il Cogito debole alla conquista del diritto

Bisogna allora raffreddare le parole perché, come afferma ancora Borgna, «la fragilità è una forma di vita che, nelle cose che vengono fatte, imprime il sigillo dell'accoglienza e della delicatezza, dell'ascolto e della comprensione. [...] Certo, in psichiatria non ci sono solo disturbi da curare, ma ci sono persone, giovani e non più giovani, da accompagnare, aiutandole, nel loro dialogo senza fine con le ferite dell'anima»³⁴.

Nello scendere agli inferi delle parole roventi e nella consapevolezza che questa discesa ci restituisce un nuovo modello di società da costruire quotidianamente, consiste la grandezza della sfida epistemologica, scientifica e politica di Franco Basaglia e di quanti seguirono la sua avventura. Per questo la deistituzionalizzazione è la chiave di volta della rivoluzione basagliana: non si ritiene sufficiente una umanizzazione dei trattamenti, con l'eliminazione di quelli più cruenti³⁵. Solo un'operazione di *decostruzione* del concetto stesso di pericolosità sociale del malato di mente avrebbe annientato sul nascere ogni tentazione di reificazione del malato stesso³⁶. Con la deistituzionalizzazione Basaglia ridegna confini ed equilibri fra malattia e società e fa emergere le potenzialità nascoste di un *Cogito* debole. Qui sta l'assoluta specificità del suo contributo alla modernizzazione del paese. Altri soggetti sociali, studenti, operai, sottoproletari, persino soldati o carcerati, fra la fine degli anni Sessanta e il decennio seguente, possono esprimere un importante potenziale di espressività politica ed entrare, con la propria carica di conflittualità, nell'epoca dell'azione collettiva³⁷. Recuperare la soggettività sociale dei «matti» significa riscattare dialetticamente gli interstizi della società, quei non-luoghi, come i manicomi, simbolo della negazione di ogni umanità. I paria della società entrano così sul palcoscenico della storia³⁸.

Appare evidente come Basaglia dia alla malattia mentale risposte che la dolcezza di Tobino non riesce a dare: la delicata preghiera di quest'ultimo rivolta a Dio affinché gli permetta di considerare le «matte», in ogni momento della sua professione, «tue creature»³⁹, non mette capo all'autonomizzazione e al riconoscimento di una soggettività nascosta. L'affetto di Tobino continua a vivere in un

³³ F. ONGARO, *Manicomio perché?*, Milano, 1982, p. 10.

³⁴ E. BORGNA, *Le passioni fragili*, Milano, 2017, p. 13 e 16.

³⁵ F. BASAGLIA, *Le istituzioni della violenza ora in ID.*, *Scritti*, vol. I, *Dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*, Torino, 1981, p. 574 e ss.

³⁶ M.G. GIANNICEDDA, *Sul trattamento sanitario coatto*, in *Democrazia e Diritto*, nn. 4-5, 1983, p. 253 e ss.

³⁷ P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi. Società e politica 1943-1988*, Torino, 1988, p. 404 e ss.

³⁸ Max Beluffi fa riferimento non ai paria ma agli iloti per individuare un universo a lungo escluso e che entra faticosamente nella coscienza collettiva. V. M. BELUFFI, *L'antipsichiatria ovvero la voce degli Iлоти*, in *Il Mulino* n. 214, 1971, p. 353-354.

³⁹ M. TOBINO, *op. cit.*, p. 603.



vuoto di diritti, come dimostrano, ad esempio, il ricorso all'alimentazione forzata, alle celle di reclusione, di cui pure avverte il dolore⁴⁰, alla paziente definita «bestia e dea» a un tempo nella sua sofferenza⁴¹ o il richiamo a «una delle fondamentali leggi che i matti non hanno né passato né futuro, ignorano la storia, sono soltanto momentanei attori del loro delirio che ogni secondo detta, ogni secondo muore, appunto perché fuori del mondo, vivi solo per la pazzia, quasi avessero un compito: dimostrare che la pazzia esiste»⁴².

L'edificio manicomiale, di cui Tobino ammira il contributo di «diverse generazioni di medici» o «l'esperienza e la sapienza di infermieri vecchi [che] si trasmette ai giovani»⁴³, deve essere spazzato via per lasciare il posto a nuovi sentieri cognitivi e terapeutici. Il paziente deve conquistare una libertà di movimento che sia autodeterminazione nelle scelte e presidio contro nuove e più subdole forme di sottomissione nel rapporto malato-psichiatra. Lo psichiatra Basaglia gioca, perciò, la carta rivoluzionaria del «mettersi alla pari con il malato, in un gioco di tensione e controtensione che coinvolge paziente e medico»⁴⁴. «L'Ospedale di giorno» cui pensa Basaglia, divenendo cerniera fra interno ed esterno, è il contrario dell'isolamento, delle celle, ma è anche una sfida all'alienazione camuffata da trattamenti più umani dell'elettrolocuzione o della contenzione. L'ospedale di Basaglia è il luogo della relazionalità, delle terapie di comunità, delle discussioni di gruppo⁴⁵. Soggettivizza il paziente in un contesto di crescita condivisa e fa saltare le tradizionali gerarchie di potere fra medico e malato. Scrive Franca Ongaro a proposito di queste nuove forme di socialità volute da Basaglia: «le assemblee nei reparti e l'assemblea generale di tutto l'ospedale erano il luogo in cui si discuteva: voci che nessuno aveva mai ascoltato, trovavano udienza. Chi da anni non parlava incominciava a riprendere fiducia in sé, negli altri. E ricominciava la speranza ormai perduta di una vita diversa, a casa, in famiglia, nel mondo»⁴⁶. Concepire e praticare l'assemblea significa rimuovere il cardine su cui ruota l'istituto manicomiale: l'assoluta e irrinunciabile passività del malato. L'assemblea di Basaglia diventa fatiosamente il volano di un protagonismo del malato e del suo inserimento nel consesso civile, nonché l'opportunità di compenetrazione fra mondi, la scienza e la malattia mentale, prima incomunicabili. Sono l'autonomizzazione esistenziale e il protagonismo sociale del «matto» a dimostrare come la politica di dismissioni indiscriminate, seguita alla stagione basagliana, è ciò che di più antitetico si possa immaginare rispetto allo stesso progetto basagliano di soggettivizzazione della persona. Il malato si è ritrovato in assoluta solitudine, oggetto su un marciapiede in un clima di deresponsabilizzazione generale, e ha finito per richiedere il ritorno in istituto. Arenate le intuizioni più avanzate di Basaglia, costruiti gangli burocratici incapaci di creare autonomizzazione del recluso, il manicomio è tornato a essere negli anni una soluzione senza alternative per la fascia più povera della popolazione degli ex internati che, pur riabilitati nella propria malattia dopo la riforma psichiatrica, hanno subito,

⁴⁰ Ivi, p.534.

⁴¹ Ivi, p. 545.

⁴² Ivi, p. 552.

⁴³ Ivi, p. 528.

⁴⁴ F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione. Mortificazione e libertà dello spazio chiuso. Considerazioni sul sistema «open door»*, in Id., *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, p. 25.

⁴⁵ Ivi, p. 24.

⁴⁶ F. ONGARO, *Manicomio perché?*, cit., p. 26-27.



una volta fuori, i durissimi meccanismi di esclusione sociale⁴⁷. La operazione di desistituzionalizzazione di Franco Basaglia non ha messo capo a un'utopia, ad una fuga in avanti insensibile al futuro dei malati nell'epoca del dopo-manicomio. Il suo progetto di deistituzionalizzazione è stato capito e riasorbito: la soggettivizzazione del *Cogito* debole fa paura perché non si sa dove può portare, perché non fa prevedere fino a che punto può rivoluzionare le tradizionali gerarchie di valore. Meglio relegare il «matto» in un'altra periferia della società o ingabbiarlo in una contenzione, certo più rispettosa e più rassicurante del passato, magari di tipo chimico o farmacologico⁴⁸, ma antitetica alla ricerca di un protagonismo del malato e a un'attitudine di ascolto da parte del medico.

Lo stesso trattamento sanitario obbligatorio (TSO), disciplinato dalla legge n. 180 del 1978 in luogo delle vecchie e odiose forme di costrizione, cercando di rispondere alle sollecitazioni di Basaglia, rivede profondamente il rapporto medico-paziente e le sue tradizionali gerarchie di potere. La nuova legge vuole dare al malato «una contrattualità di tipo nuovo, che lo garantisca, oltre che dal rischio di compressione dei diritti per ragioni terapeutiche, anche dal rischio opposto, che la libertà, l'autodeterminazione si risolvano in forme di abbandono e di deresponsabilizzazione del sanitario»⁴⁹. Il TSO diviene la cartina di tornasole della rivoluzione psichiatrica che non azzera la scienza nel suo complesso, ma vecchi statuti epistemologici, formati surrettiziamente nel corso degli anni da preoccupazioni d'ordine sociale e politico. Alla base del TSO e di tutta la rivoluzione basagliana c'è una piena responsabilizzazione del sanitario su cui cadono obblighi di valutazione e di intervento: l'esatto contrario dell'abdicazione del medico dai propri doveri e dalle proprie responsabilità giuridicamente rilevanti. Il medico è tenuto ad agire e risponde del proprio operato e del proprio non-operato. Nel TSO la valutazione deve essere compiuta in un ambito esclusivamente sanitario, avendo riguardo per la salute del paziente, di cui si risponde, come si ripete, prima ancora che per la sua presunta pericolosità e in un contesto in cui il paziente stesso è incontrato sul piano del consenso e dell'educazione sanitaria. All'antico principio di autorità si sostituisce quello bifronte e straordinariamente moderno della responsabilità e del consenso. Emerge, in questa impostazione del TSO, la necessità di tutelare il più possibile e con strumenti differenziati una sovranità di sé, il governo del proprio corpo e della sua espressività come fattori costitutivi della propria identità personale⁵⁰.

Nel riconoscere dignità alla espressività del corpo, del corpo del *Cogito* debole in primo luogo, la psichiatria basagliana ha finito così per scuotere profondamente le categorie giusprivatistiche della capacità di agire e della rappresentanza legale, tradizionali presupposti dell'autodeterminazione nel mondo delle cose giuridiche. Come ha scritto Paolo Zatti, il discorso sulla capacità rispecchia una concezione etica e metafisica della persona e delle sue relazioni, fondata sulla «separazione autosufficiente», sullo schermo fra Sé e gli altri. Da qui deriva l'idea che sia patologica «l'inconsistenza o la fragilità di un tale schermo e dei processi che il suo riparo garantisce. [...] Da questo punto di vista, il concetto giuridico di capacità di agire si perpetua come segno e strumento dell'individualismo etico e come attrezzo sostanzialmente prepsicologico»⁵¹. La condizione di sofferenza spinge il diritto a cerca-

⁴⁷ F. ONGARO, *L'itinerario di Franco Basaglia attraverso i suoi scritti*, in *Sapere*, n. 851, 1982, p. 13.

⁴⁸ P. CIPRIANO, *Il manicomio chimico. Cronache di uno psichiatra riluttante*, Milano, 2015.

⁴⁹ M.G. GIANNICEDDA, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁰ P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, p. 94-95.

⁵¹ *Ivi*, 121-122.



re nuove relazioni nel confronto con le scienze della mente, al fine di definire forme di protezione del soggetto debole che non lo riconducano sotto nuove e più pericolose potestà. La riarticolazione dei presupposti epistemologici della psichiatria porta oggi il diritto, secondo l'auspicio di Zatti, a rivedere l'immagine dell'individuo dotato di ragione e volontà, «cavaliere inesistente», «icona metafisica». Invece bisogna guardare al «singolo concreto uomo che attraversa faticosamente le acque della sua psiche, per riconoscervi la sua icona. [...] Il soggetto debole, cioè noi, è qualcosa di complesso e va difeso nella sua complessità. [...] Un diritto che costringe tutte le valutazioni possibili [...] nell'imbuto dell'uso della ragione è un delitto violento e cieco»⁵². Se vuole farsi umanistico, il diritto deve abbandonare i propri schemi secolari e dare rilevanza ai connotati molteplici e differenziati della relazione⁵³. In questo senso la manifestazione del consenso, sinceramente e responsabilmente espresso nei percorsi terapeutici, ha contribuito a definire un nuovo significato di persona, privata di ogni astrattezza e genericità e capace di autodeterminarsi nell'*hic et nunc* delle proprie vicende di vita: consentire responsabilmente diviene una modalità dell'essere e del suo costituirsi in una serie di relazioni di non sudditanza⁵⁴.

Il diritto civile è dunque diventato, a seguito degli esiti della riforma basagliana, terreno di sperimentazione di nuovi istituti di tutela, come l'amministrazione di sostegno, e di un ripensamento della responsabilità civile per gli atti compiuti dall'infermo⁵⁵. Il riconoscimento di una soggettività esclusa e il suo prevalere rispetto a fini di sicurezza generale hanno prodotto i prodromi dell'istituto del «consenso informato», pilastro di ogni relazione medico-paziente ispirata di diritti inviolabili della persona e ai principi di autodeterminazione. Il percorso, che il diritto intraprende dalla battaglia di Basaglia in poi, rinvia a un'ammonizione che Italo Calvino ci rivolge nello sfogliare il dizionario delle parole che scottano: «questa coscienza di vivere nel punto più basso e tragico di una parabola umana, di vivere tra Buchenwald e la bomba H, è il dato di partenza di ogni fantasia, di ogni nostro pensiero. Ma non possiamo sopportare la sufficienza, il cinismo freddo, lo sguardo di chi sa tutto e non si brucia, di chi non rispetta e non ammira il fare, l'ardire, il durare degli uomini e delle donne. La coscienza acuta del negativo non vogliamo per nulla attenuarla, proprio perché essa ci permette d'avvertire come continuamente sotto di esso qualcosa si muove e travaglia, qualcosa che non possiamo sentire come negativo, perché lo sentiamo come nostro, come ciò che finalmente ci determina»⁵⁶.

La «coscienza acuta del negativo» di Calvino e la sconfitta della «filosofia dei significati perduti» di Castelli ci hanno restituito, nella tempeste dei laboratori basagliani, un altro da noi che percepiamo come un noi più ricco, più complesso, più solidale, un noi non più dimidiato in una dialettica resa zoppa dalle nostre paure. Se oggi riusciamo a indignarci davanti alle figure di larve umane, vestite di camicioni laceri e con le orbite vuote, che sembrano uscite da un universo concentrazionario non umano, il merito è dei passi compiuti, con coraggio, testardaggine e in pieno isolamento, da persone

⁵² Ivi, p. 128.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto* vol. I *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2009, p. 179.

⁵⁵ Sui rapporti fra la riforma psichiatrica e la cultura civilistica italiana, si rinvia a P. CENDON, *Il diritto scopre la follia*, Trieste, 2003, p. 10 e ss.

⁵⁶ I. CALVINO, *Il midollo del leone*, ora in Id., *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Torino, 1981, p. 14.



come Franco Basaglia. Se le immagini dei manicomì ci riportano con la mente ad Auschwitz e non a un'idea calda di sicurezza sociale, vuol dire che né la stagione del riflusso, né le paludi della burocrazia, né il disinteresse generale o il degrado civile sono riusciti a rimuovere un punto fermo: aprire le porte dei manicomì è stata e rimane una conquista di civiltà di cui il nostro Paese può legittimamente andare fiero, perché alla base di questa impresa c'è stata una difficile, faticosa, per nulla scontata operazione di soggettivizzazione della persona esclusa e di rigetto di ogni reificazione dell'altro da noi. Una scommessa che nonostante tutto non può dirsi persa.

5. Per concludere

«*Perché non andiamo più alla mutua?*» «*Non esiste più la mutua. C'è il Servizio Sanitario Nazionale!*» «*E che vuol dire?*» «*Vuol dire che siamo tutti uguali!*»

Ancora una volta, per un bambino, la storia dei diritti e delle libertà, dell'uguaglianza e dell'emancipazione prende le mosse da una cosa semplice: una visita ambulatoriale che non va più prenotata alla mutua. L'intercettazione casuale di uno scambio di battute fra adulti accoglie e lascia germogliare lentamente questo termine, uguaglianza, perché adesso con la nuova legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, siamo tutti uguali quando ci ammaliamo. Quel termine, uguaglianza, ha avuto la forza di trasmetterci un senso di rassicurazione. Senza averne coscienza, lo accostammo ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» dell'articolo 2 della Costituzione, quei doveri che altri, quarant'anni fa, stavano adempiendo per noi, piccoli e deboli, e che un domani saremo stati noi ad adempiere a vantaggio di altri, per rafforzare ed estendere solidarietà universali, come quelle volute dalle leggi n. 180 e n. 833 del 1978, capaci di dare dignità anche ai «matti».



Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate

Irene Domenici*

CONSCIENTIOUS OBJECTION AND ABORTION: COMPARATIVE PERSPECTIVES

ABSTRACT: Forty years after the adoption of law 194/78 on voluntary termination of pregnancy, Italy still encounters difficulties in ensuring prompt access to abortion services. In particular, heated debates on conscientious objection are still ongoing. Given current discussions in other countries, the article suggests adopting a comparative perspective in order to renew the discussion and to address issues concerning, on the one hand, the extent to which a medical practitioner may refuse to participate in abortion procedures and, on the other hand, the necessity to guarantee full implementation of the law despite a limited number of doctors willing to perform abortions.

KEYWORDS: Law 194/78; conscientious objection; abortion; participation in treatment; duty to refer

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Oggetto dell’obiezione di coscienza e attività mediche connesse all’IVG – 3. Disponibilità di medici non obiettori e duty to refer – 4. Prospettive comparate e legge 194/78 – 5. Oltre il 2018, oltre l’IVG.

1. Introduzione

A quarant’anni dall’approvazione della legge n. 194 del 22 maggio 1978, la riflessione dottrinale e il dibattito sociale e politico attorno all’obiezione di coscienza all’interruzione volontaria della gravidanza non hanno perso il loro vigore. La continua attenzione per il fenomeno è da attribuirsi anche alle elevate percentuali di personale obiettore di coscienza che – seppur stabilizzate¹ – non sembrano destinate a diminuire, specialmente in alcune regioni del nostro territorio². Nonostante la mutata considerazione sociale dell’aborto nel corso di questi quarant’anni, la disponibilità solo limitata di medici non obiettori implica che l’effettività del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza non possa ancora ritenersi sufficientemente garantita. Negli ultimi anni,

* PhD student in Social Law at the Max Planck Institute for Social Law and Social Policy (Munich). Mail: domenici@mpisoc.mpg.de. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell’ambito della call for papers dedicata a “Biodiritto: 1978-2018”.

¹ La media nazionale dei ginecologi che si dichiarano obiettori di coscienza risulta ammontare al 70.5 % nel 2015 e al 70.9 % nel 2016, v. tabella 28 (con i dati del 2016, unici dati definitivi al momento a disposizione del Ministero) allegata alla Relazione del 2017 del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l’interruzione volontaria di gravidanza.

² Secondo i dati della Relazione del Ministero della Salute del 2017, nella provincia autonoma di Bolzano e in Basilicata le percentuali obiettorie tra i ginecologi sono rispettivamente del 84.4% e del 88.1%. Il dato più preoccupante rimane il Molise, dove il 96.9% dei ginecologi si avvale dell’obiezione di coscienza.



inoltre, le condanne da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nei casi *IPPF EN v. Italy*³ e *CGIL v. Italy*⁴ hanno contribuito senz'altro ad aumentare la visibilità del fenomeno italiano anche all'estero⁵. Nelle osservazioni conclusive del sesto rapporto periodico sull'Italia del maggio del 2017, il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite raccomanda al nostro Paese di prendere le misure necessarie per garantire senza impedimenti pronto accesso ai servizi abortivi sul suo territorio. Non si tratta, tuttavia, di un problema esclusivamente italiano: oltre all'Italia, anche la Polonia e la Slovacchia hanno recentemente ricevuto raccomandazioni sul punto da alcuni organi delle Nazioni Unite⁶. Il dibattito, inoltre, si è recentemente riaccesso anche nel Regno Unito, grazie all'introduzione in Parlamento di una proposta di legge a favore di un più ampio diritto all'obiezione di coscienza in ambito medico⁷.

L'attenzione prestata, anche all'estero, al fenomeno dell'obiezione di coscienza all'IVG permette, oggi, di sfruttare le possibilità offerte dall'approccio comparatistico al fine di superare i confini nazionali di un dibattito che rischierebbe, altrimenti, di apparire stagnante. Si apre, così, l'opportunità di confrontare i problemi riscontrati ancora oggi in Italia con le soluzioni adottate da altri ordinamenti, al fine di evidenziare e capire quelle che, nell'arco di quarant'anni, si sono dimostrate essere le lacune e le debolezze – ma anche i punti di forza – della previsione del 1978 e del modo in cui è stata ed è tuttora interpretata e applicata.

A distanza di quarant'anni dall'approvazione della l. 194, gli insegnamenti ricavati dall'analisi di altre discipline dell'istituto dell'obiezione di coscienza ci consentono di rileggere e rivalutare le problematiche nazionali, suggerendo soluzioni valide in ogni ordinamento che, in quanto democratico e pluralista, aspiri ad affrontare i conflitti di coscienza sorti nell'ambito del diritto alla salute in maniera il più possibile inclusiva e sostenibile⁸.

Non ritenendosi necessaria una previa ricostruzione disciplina italiana, ormai esaustivamente analizzata dalla dottrina⁹, sarà sufficiente rievocare le problematiche applicative più rilevanti e suscettibili

³ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy, Complaint no. 87/2012*, 10 settembre 2013.

⁴ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, Complaint no. 91/2013*, 12 ottobre 2015.

⁵ Nel febbraio 2017, ad esempio, sulla prima pagina del settimanale *Politico Europe* spiccava la frase: «If you want to get an abortion in Sicily, the best way to get it is to jump on a plane», G. PARAVICINI, *When a doctor's right to choose trumps a woman's right to choose*, in *Politico Europe*, vol. 3, n. 6, 9-15 February 2017, pp. 1. Consultabile al link: <http://edition.pagesuiteprofessional.co.uk/html5/reader/production/default.aspx?pubid=926f0c8c-7f9b-4c0c-a74d-25af040856bf&edid=b9be4d6a-2179-4a90-ad39-8d69a42279cf&pnum=1> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

⁶ Le perplessità sulla situazione slovacca sono state espresse dallo *United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women* nelle sue *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Slovakia*, Doc. CEDAW/C/SVK/CO/5-6 del 22 dicembre 2017. Per le raccomandazioni alla Polonia, si v. *infra* al par. 3.

⁷ *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill [HL] 2017-19*, di cui *infra* al par. 2.

⁸ Nella consapevolezza che «le problematiche sollevate dall'obiezione di coscienza tendono a coincidere in tutti gli ordinamenti democratici, liberali e pluralisti», D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, pp. 32.

⁹ Sul tema dell'obiezione di coscienza, la produzione dottrinale in Italia è «sterminata», secondo il termine utilizzato in A. PUGLIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, pp. 240.



di beneficiare di una prospettiva comparata. In particolare, come recentemente sottolineato dalla dottrina, si continuano a riscontrare negli ultimi anni due diversi ordini di problematiche collegate, da una parte, alle percentuali di obiezione di coscienza alte e costanti e, dall'altra, ai tentativi di estendere la portata del diritto all'obiezione di coscienza ad altre attività oltre a quelle necessariamente dirette a determinare l'intervento abortivo¹⁰. Proprio su questi temi ha insistito ultimamente la dottrina straniera, grazie ad alcuni recentissimi sviluppi che hanno rianimato il dibattito intorno all'obiezione di coscienza all'IVG. Quanto accaduto nel corso dell'ultimo anno in altri ordinamenti verrà, quindi, preso come caso di studio a dimostrazione della capacità della prospettiva comparata di offrirci nuove e stimolanti occasioni di riflessione.

2. Oggetto dell'obiezione di coscienza e attività mediche connesse all'IVG

Al fine di impedire gli abusi e di garantire il diritto alla salute delle pazienti, molte tra le discipline degli ordinamenti che si sono occupati di obiezione di coscienza all'IVG si occupano di circoscrivere il raggio di comportamenti ai quali l'obiezione può essere opposta. Una delle problematiche applicative più recenti è riconducibile proprio ai tentativi di superare questi limiti espandendo il perimetro di attività legittimamente rifiutabili per motivi di coscienza.

È proprio su questa rivendicazione che si sta attualmente concentrando l'attenzione del Parlamento britannico. Nel giugno 2017, infatti, è stato introdotto alla *House of Lords* il *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill*, una proposta di legge che ha lo scopo di precisare la misura in cui i medici obiettori possono astenersi dal partecipare a determinate attività mediche¹¹. In particolare, l'articolo 1(2) della proposta amplia abbondantemente la sfera di applicazione soggettiva e oggettiva del diritto all'obiezione di coscienza. Si prevede, infatti, che l'obiezione possa essere opposta da tutti i professionisti registrati al *General Medical Council*, al *Nursing and Midwifery Council*, al *General Pharmaceutical Council*, oppure all'*Health and Care Professionals Council*, includendo, così, una serie di soggetti che svolgono attività mediche in senso lato¹². Per quanto riguarda, invece, il perimetro oggettivi-

¹⁰ Si fa riferimento alla recente ricostruzione di Benedetta Liberali che distingue in problematiche applicative di ordine quantitativo, riconducibili al «crescente numero dei medici che legittimamente [...] decidono di sollevare obiezione di coscienza e alla disorganizzazione degli ospedali e delle Regioni» e di ordine qualitativo, legate «a molteplici tentativi di estendere la portata applicativa della stessa disposizione, allo scopo di ricoprendervi una serie di attività che precedono o fanno seguito al trattamento interruttivo», B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, pp. 607-608.

¹¹ «A Bill to clarify the extent to which a medical practitioner with a conscientious objection may refrain from participating in certain medical activities; and for connected purposes», *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill [HL] 2017-19*. Nel marzo 2018, il testo è passato al *Committee Stage* della *House of Lords*, ove una commissione apposita ha il compito di analizzare dettagliatamente la proposta e suggerire eventuali emendamenti. È possibile trovare il testo della proposta e seguirne l'iter legislativo al link <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/conscientiousobjectionmedicalactivities.html> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

¹² Come specificato nel *Library briefing* della *House of Lords*, queste associazioni professionali ricoprendono «doctors [...] nurses [...] pharmacists; and [...] a range of professions, including: arts therapists, biomedical scientists, chiropodists/podiatrists, clinical scientists, dietitians, hearing aid dispensers, occupational therapists, operating department practitioners, orthoptists, paramedics, physiotherapists, practitioner psychologists,



vo del diritto all'obiezione di coscienza, la proposta prevede la possibilità di rifiutare la partecipazione ad «any supervision, delegation, planning or supporting of staff in respect of that activity»¹³.

Un primo tentativo di introdurre il *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill* era già stato esposto nel 2015, non riuscendo, però, ad avanzare oltre la prima lettura. La reintroduzione di un'identica proposta vorrebbe oggi trarre legittimazione¹⁴ dalla pubblicazione, da parte del gruppo parlamentare misto Pro-Life, di un report sull'applicazione pratica della libertà di coscienza nell'ambito dell'interruzione volontaria della gravidanza¹⁵. Secondo quanto riportato nell'inchiesta, alcuni medici e infermieri riterrebbero non sufficientemente tutelata la loro libertà di coscienza, a causa, in particolare, dell'impossibilità di obiettare a comportamenti solo indirettamente connessi all'interruzione di gravidanza e della poca chiarezza circa l'esistenza o meno dell'obbligo di riferire le pazienti a un altro medico disponibile a prestare il trattamento.

In questo senso, uno dei propositi del nuovo *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill* è quello di opporsi all'interpretazione restrittiva del diritto all'obiezione di coscienza autorevolmente proposta, *in primis*, dalla *Supreme Court* nel caso *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another*¹⁶, sollevato da due ostetriche di religione cattolica che temevano che la riorganizzazione dei servizi di maternità potesse mettere in pericolo la loro possibilità di rimanere estranee a tutte le fasi delle procedure abortive¹⁷. Le due ricorrenti reclamavano proprio il diritto di continuare ad essere esonerate dalle attività di «delegating, supervising and/or supporting staff to participate in and provide care to patients throughout the termination process»¹⁸. Il giudizio della *Supreme Court*, redatto da Lady Hale, si concentra sul significato del termine «participate» contenuto all'art. 4(1) dell'*Abortion Act*¹⁹ e ne offre un'interpretazione particolarmente restrittiva, facendo uso, *inter alia*, dell'argomento dell'intenzione del legislatore. La soluzione elaborata dalla *Supreme Court*, in particolare, consiste nel verificare che la partecipazione nella procedura sia diretta e caratterizzata da una vera e propria

prosthetists/orthotists, radiographers, social workers in England and speech and language therapists», *House of Lords Library Briefing, Conscientious Objection (Medical Activities) [HL], HL Bill 14 of 2017–19, 22 January 2018*, pp. 1-2. Accessibile al link: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/LLN-2018-0010> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

¹³ *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill [HL] 2017-19*, art. 1(2).

¹⁴ Questo quanto risulta dalle parole della baronessa O'Loan, nell'intervento introduttivo della proposta davanti alla *House of Lords*: « There is a lot of evidence that medical professionals are suffering serious disadvantage and discrimination for their beliefs. A 2016 ad hoc cross-party inquiry specifically into freedom of conscience in abortion provision received many accounts from medical professionals who had experienced discrimination in their work life due to their beliefs. [...] That is why I have introduced the Bill», *House of Lords Debates*, 26 January 2018, vol. 788, c. 1197 (Baroness O'Loan), accessibile al link: [https://hansard.parliament.uk/lords/2018-01-26/debates/C4A11F08-ABCF-4EA1-AFB518174224A982/ConscientiousObjection\(MedicalActivities\)Bill\(HL\)](https://hansard.parliament.uk/lords/2018-01-26/debates/C4A11F08-ABCF-4EA1-AFB518174224A982/ConscientiousObjection(MedicalActivities)Bill(HL)) (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

¹⁵ All Party Parliamentary Pro-Life Group, *A Report into Freedom of Conscience in Abortion Provision*, Luglio 2016, accessibile al link: <http://www.conscienceinquiry.uk/wp-content/uploads/2016/12/Pro-Life-APPG-Freedom-of-Conscience-in-Abortion-Provision.pdf> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

¹⁶ *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another* [2014] UKSC 68, del 17 dicembre 2014.

¹⁷ Sempre nel suo intervento introduttivo davanti alla *House of Lords*, la baronessa O'Loan ha espresso il suo dissenso per l'interpretazione della Corte suprema, *House of Lords Debates*, cit., pp. 1197.

¹⁸ *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another*, par. 20.

¹⁹ Che recita: «no person shall be under any duty [...] to participate in any treatment authorised by this Act to which he has a conscientious objection», art. 4(1) *UK Abortion Act* 1967.



«“hands-on” capacity»²⁰, ovverosia che l’attività rifiutata implichia un coinvolgimento concreto e personale del soggetto, al quale deve essere richiesto di intervenire “con le proprie mani” nella procedura²¹. La sentenza, che comprende un’analisi tecnica e dettagliata di tutte le mansioni connesse all’interruzione volontaria della gravidanza, dimostra grande autorevolezza ed è legittimata dall’esigenza di garantire l’effettività dei diritti delle donne coinvolte nella scelta abortiva²². È proprio l’importanza della tutela dei diritti in gioco, infatti, che richiede una definizione piuttosto rigorosa dei confini alle azioni rifiutabili.

Inoltre, la *ratio* del diritto all’obiezione di coscienza deriva dall’estrema gravità della situazione di-llemmatica nella quale viene a trovarsi il medico. Si tratta, in particolare, di proteggere l’obiettore dal nuocere direttamente a quella che ritiene essere una vita umana, compiendo di un gesto che potrebbe turbarlo a tal punto da impedirgli di continuare a convivere serenamente con se stesso²³. Per legittimare l’obiezione nel caso concreto è essenziale, dunque, poter apprezzare una sorta di gravità oggettiva del conflitto di coscienza, che non si viene a configurare nel caso in cui il nesso causale tra attività richiesta e l’operazione abortiva non esista o sia di lieve entità.

La pronuncia della *Supreme Court* risulta, peraltro, coerente con l’impostazione prevista generalmente negli altri ordinamenti del panorama comparato europeo. Per citare solo alcuni esempi, possiamo osservare come in Spagna la *Ley Organica 2/2010* parli dei soggetti legittimati a esercitare l’obiezione come di «profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo»²⁴. Seguendo queste indicazioni, la dottrina spagnola ha ritenuto che possano essere ricondotte nell’area di tutela dell’obiezione di coscienza solo le attività realizzate sul corpo della paziente o con lo scopo specifico e univoco di compiere l’interruzione di gravidanza²⁵. Simili condizioni sono previste

²⁰ «In my view, the narrow meaning is more likely to have been in the contemplation of Parliament when the Act was passed [...] “Participate” in my view means taking part in a “hands-on” capacity», *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another*, par. 38.

²¹ Si v. sul punto C. Ó NEILL, *Conscientious objection in Greater Glasgow Health Board v. Doogan and others [2014] UKSC 68*, in *Medical Law International*, vol. 15, issue 4, pp. 246-254 e D. PARIS, *Il diritto all’obiezione di coscienza all’aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2015, pp. 199-207.

²² «[D]a questo punto di vista, la sentenza contribuisce a sottolineare lo stretto legame esistente tra la garanzia dei diritti e il bilanciamento tra interessi opposti, da un lato, e l’organizzazione e gestione delle prestazioni sanitarie che costituiscono il contenuto di quegli stessi diritti, dall’altro lato», L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell’interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D’AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, pp. 170.

²³ In questo senso, termini particolarmente forti sono utilizzati da Davide Paris: «il ricorso a questa forma particolarmente elevata di tutela si giustifica soltanto in presenza di una situazione in cui l’eventuale adeguamento all’imperativo espresso dalla legge e contrastante con quello che il soggetto ritrova nella propria coscienza viene vissuto come un intollerabile tradimento nei confronti della propria persona, al punto che il soggetto finisce per non riconoscere più se stesso e sente di non poter esprimere un giudizio di dignità circa la propria azione e, più in generale, la propria vita», D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull’obiezione di coscienza all’interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, n. 3, 2008, pp. 1085.

²⁴ Art. 19, c. 2, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁵ «[T]odas las actividades que, durante la intervención para terminar con el embarazo, se realizan sobre y alrededor de la paciente y aquellas llevadas a cabo en un momento anterior con la finalidad específica e





anche nell'ordinamento norvegese dalle disposizioni attuative della legge del 13 giugno 1975 sull'interruzione della gravidanza, al cui par. 20 si prevede che «[t]he right to exemption on ground of conscience applies only to health personnel who either perform or assist in the operation itself, and not to those who attend to, nurse or treat the woman before and after the operation»²⁶.

Per i motivi sopra elencati, la reintroduzione e il progresso del *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill* al Parlamento britannico suscitano numerose preoccupazioni. La previsione di cui all'art. 1(2), infatti, vuole ampliare il diritto all'obiezione di coscienza oltre a quanto appare strettamente necessario per tutelare la libertà di coscienza di ogni medico, sollevando dubbi riguardo alla compatibilità della proposta con la necessità di garantire un'adeguata tutela del diritto alla salute delle pazienti. In questo senso si muovono ugualmente le preoccupazioni espresse dalla *British Medical Association*, che, di fronte al Parlamento, ha voluto sottolineare come una tale interpretazione dell'ambito di applicabilità dell'obiezione di coscienza implichì il rischio di danni alla salute delle pazienti e di violazione del loro diritto ad un accesso tempestivo e sicuro ai trattamenti sanitari²⁷.

3. Disponibilità di medici non obiettori e *duty to refer*

L'ammissibilità del diritto all'obiezione di coscienza si basa sulla considerazione che il raggiungimento dei fini della legge non sarà impedito dall'esercizio dell'obiezione stessa e quindi, nel caso dell'IVG, che il numero di medici obiettori di coscienza non sarà talmente elevato da impedire, di fatto, l'accesso delle donne ai trattamenti abortivi²⁸. Seppure considerevolmente elevate, le percentuali di obiezione rilevabili nel nostro Paese non risultano attualmente tali da temere la totale inattuabilità della legge²⁹. Nondimeno, l'opportunità e la legittimità della previsione del diritto all'obiezione di coscienza dipendono anche oggi dalla capacità dell'ordinamento di mantenere solida la tutela del fondamentale diritto alla salute e, pertanto, di garantire alle gestanti la possibilità di accesso tempestivo a trattamenti sanitari nonostante l'esiguo numero di medici disposti a prestarli.

Al fine di scongiurare la vanificazione degli obiettivi della legge, diversi correttivi alle previsioni della l. 194/78 erano stati elaborati nel corso dei lavori preparatori³⁰. Tuttavia, l'abolizione dell'obbligo delle

inequívoca de lograr el éxito en ese propósito», D. CAPODIFERRO CUBERO, *La objección de conciencia a la interrupción del embarazo*, Madrid, 2015, pp. 96.

²⁶ Regulations for the Implementation of the Act dated 13 June 1975 no. 50 concerning Termination of Pregnancy, with Amendments in the Act dated 16 June 1978 no. 66, par. 20. Il testo della legge in inglese è reperibile al link <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19750613-050-eng.pdf> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

²⁷ «[P]otential ramifications of this on patient care are extremely worrying», BMA Parliamentary Brief, Conscientious Objection (Medical Activities) Bill, House of Lords, Committee Stage, Friday 23rd March 2018. Accessibile al link: <https://www.bma.org.uk/-/media/files/pdfs/collectivevoice/influence/ukgovernments/bma-briefing-conscientious-objection.pdf?la=en> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

²⁸ «La legalizzazione dell'obiezione, infatti, si fonda su un giudizio prognostico del legislatore, che ritiene che il numero di coloro che eserciteranno tale diritto non sarà [...] talmente elevato da rendere impossibile il conseguimento degli obiettivi perseguiti dalla legge», D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 182.

²⁹ Come sostiene la relazione del 2017 del Ministro della Salute sulla attuazione della legge 194/78 (v. nota 1), la copertura sembra adeguata al numero delle IVG effettuate.

³⁰ Camera dei Deputati, Relazione delle Commissioni riunite IV e XIV (Giustizia – Igiene e sanità) sulla proposta di legge d'iniziativa dei deputati Balzamo, Bozzi, Gorla, Massimo, Mammì, Natta Alessandro, Preti, Spinelli pre-





unità sanitarie locali di predisporre elenchi di medici non obiettori nella zona – una delle misure destinate a evitare che l'aver dichiarato obiezione di coscienza dissuada i medici dal cambiare orientamento e decidere di prendere parte a procedure abortive³¹ – ha privato le donne di uno strumento di referenza utile a indirizzarle verso medici disposti ad effettuare IVG.

Per far fronte alla necessità di riferire prontamente le gestanti ai medici non obiettori, numerose istituzioni internazionali hanno raccomandato agli stati con le situazioni più problematiche di prevedere sistemi basati sul rinvio effettuato dal medico obiettore a colleghi disposti a eseguire interventi abortivi. Particolari timori riguardo la mancanza di strumenti di rinvio delle donne a medici non obiettori sono stati espressi in particolare verso Italia e Polonia. Nel 2016, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali ha osservato con preoccupazione che in Polonia, a seguito di un giudizio del tribunale costituzionale del 7 ottobre 2015³², né il medico obiettore né l'istituzione sanitaria hanno il compito di indirizzare la donna a un altro medico³³. Anche il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa ha espresso alcune inquietudini sulla situazione polacca nel rapporto sulla sua visita in Polonia di febbraio 2016, dicendosi preoccupato dalla pronuncia del tribunale costituzionale che ha abolito l'obbligo per i medici obiettori di riferire la donna a un medico disposto a eseguire il trattamento abortivo³⁴.

Per quanto riguarda l'Italia, le raccomandazioni del Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, contenute nelle osservazioni conclusive sul sesto rapporto periodico sull'Italia e pubblicate nel maggio 2017, insistono sull'opportunità che il nostro ordinamento adotti misure necessarie a garantire l'accesso ai servizi abortivi, anche mediante previsione di un effettivo sistema di riferimento della donna a un medico non obiettore³⁵.

sentata il 9 giugno 1977, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, N. 1524-A, VII Legislatura, 30 novembre 1977, pp. 4-5. Documento accessibile al link: http://legislature.camera.it/_dati/leg07/lavori/stampati/pdf/15240002.pdf (ultima consultazione: 13 settembre 2018).

³¹ Camera dei Deputati, Relazione delle Commissioni riunite IV e XIV (Giustizia – Igiene e sanità), *op. cit.*

³² Tribunale Costituzionale polacco, 7 ottobre 2015, K 12/14, OTK ZU no. 9A/2015, item 143.

³³ «[A]s a result of the judgment delivered by the Constitutional Court on 7 October 2015 (case No. K 12/14), neither medical practitioners invoking conscientious objection grounds to refuse to perform an abortion, nor the institution concerned, are under a duty to refer the woman seeking an abortion to another service», Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations on the sixth periodic report of Poland*, 26 October 2016, Doc. E/C.12/POL/CO/6, pp. 7.

³⁴ Council of Europe, Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following His Visit to Poland From 9 to 12 February 2016, 15 June 2016, CommDH(2016)23, par. 183 e 194. Sul punto, il Commissario per i Diritti Umani ha raccomandato che le autorità polacche assicurino che «throughout the country women seeking an abortion be referred in a timely and efficient manner to another medical practitioner and receive appropriate medical services». In una recente lettera del 19 gennaio 2018, il Commissario ha confermato e ripetuto le proprie preoccupazioni sulla situazione polacca, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, Letter to the Prime Minister of the Republic of Poland, 19 January 2018, Ref: CommHR/NM/sf 001-2018.

³⁵ «The State party should take measures necessary to guarantee unimpeded and timely access to legal abortion services in its territory, including by establishing an effective referral system for women seeking legal abortion services», UN Human Rights Committee, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, cit., par. 17, corsivo mio.



La previsione di un obbligo di rinvio permetterebbe alla donna di non trovarsi totalmente abbandonata di fronte al rifiuto del medico e, al contrario, di vedersi accompagnata verso un'alternativa che le consenta egualmente l'accesso al trattamento. D'altra parte, tuttavia, all'obbligazione di rinvio sono mosse alcune critiche circa la «complicità al male»³⁶ che quest'obbligo imporrebbbe ai medici obiettori. Alcuni medici e parte della dottrina, infatti, sostengono che fornire questo tipo di informazioni alla donna equivarrebbe a partecipare, in qualità di complice, a un atto ritenuto immorale. Gli argomenti utilizzati, solitamente, paragonano l'interruzione volontaria di gravidanza all'omicidio e utilizzano le categorie del diritto penale per determinare la responsabilità nell'illecito in capo all'obiettore di coscienza che si occupasse di rinviare la donna ad altro medico per l'espletamento della procedura³⁷. È interessante, peraltro, osservare come l'utilizzo di quest'argomento induca ad affermare l'estrema rilevanza di un sistema di riferimento della donna ad altro medico disposto a effettuare la procedura poiché si ammette così che, in mancanza di un efficace rinvio, la paziente si verrebbe a trovare in situazione di estrema difficoltà, vedi di impossibilità, nel trovare un medico disposto ad eseguire l'intervento³⁸. Nondimeno, è necessario ricordare che non tutte le rivendicazioni obiettorie possono trovare soddisfazione in uno Stato pluralista. Se da una parte esiste la coscienza dell'obiettore in quanto bene meritevole di tutela, vi è, dall'altra, il diritto della paziente a ottenere il trattamento sanitario. Questo diritto, costituzionalmente rilevante, deve necessariamente essere preso in considerazione come termine di un imprescindibile bilanciamento con la libertà di coscienza dei medici obiettori³⁹.

Di questo bilanciamento si è occupata recentemente la *Divisional Court of Ontario*, in una sentenza sul ricorso promosso da alcuni professionisti medici e organizzazioni professionali e volto a dichiarare l'incostituzionalità di alcune disposizioni della *“Human Right Policy”* del 2015 e della *“Maid Policy”* del 2016 del *College of Physicians and Surgeons of Ontario*⁴⁰. Le disposizioni contestate riguardavano in particolare proprio l'obbligo per i medici obiettori di assicurare un pronto ed effettivo rinvio del paziente ad un medico disponibile a prestare il trattamento (*duty to refer*), obbligo che i ricorrenti, basandosi sull'art. 2(a) della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, consideravano una violazione della loro libertà di religione e coscienza.

³⁶ F. MINERVA, *Obiezione di coscienza in ambito medico. I limiti di un approccio moderato*, in *Notizie di Politeia*, n. 101, 2011, pp. 122.

³⁷ R. TRIGG, *Conscientious Objection and “Effective Referral”*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 26, 2017, pp. 32.

³⁸ «[T]he healthcare practitioner who informs and refers a patient [...] is performing a necessary act insofar as the patient would find it extremely difficult, or even impossible, to be informed and find a physician willing to perform the abortion», F. MINERVA, *Conscientious objection, complicity in wrongdoing, and a not-so-moderate approach*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 26, 2017, pp. 114.

³⁹ Si deve, infatti, pervenire «all'individuazione di un punto di equilibrio tra lo spazio che può essere riconosciuto e riservato all'espressione esterna dei più intimi convincimenti morali o religiosi dell'individuo, da un lato, e la garanzia, da parte dei pubblici poteri, di prestazioni consistenti nel contenuto stesso di un diritto fondamentale, dall'altro lato», L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., pp. 170.

⁴⁰ *The Christian Medical and Dental Society of Canada v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, 2018 ONSC 579. Testo accessibile al link: <https://www.canlii.org/en/on/onscdc/doc/2018/2018onsc579/2018onsc579.html> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).



Il giudice canadese, sottolineando la primaria importanza da accordare alla tutela del diritto alla salute, ha condotto un esame di proporzionalità tra la limitazione della libertà di coscienza dei medici obiettori – nella forma dell'imposizione di un *duty to refer* – e il perseguimento dell'obiettivo di accesso equo e tempestivo all'assistenza sanitaria. La sentenza richiama, da una parte, l'importanza di assicurare che la libertà di coscienza dei medici non divenga una barriera all'accesso ai trattamenti sanitari e, dall'altra, l'obbligazione etica e professionale, gravante sui medici del sistema sanitario nazionale, di non abbandonare il paziente. Si analizzano, inoltre, eventuali altre misure meno restrittive proposte dai ricorrenti, le quali risultano, però, non sufficienti ad assicurare effettiva tutela della particolare situazione di vulnerabilità, urgenza e stress emotivo nella quale si viene a trovare una paziente che si veda rifiutare la prestazione di un trattamento come l'IVG⁴¹. Dopo aver accennato alla possibilità di praticare la professione medica in ambiti dove tali conflitti di coscienza non possono sorgere, il giudice conclude che la limitazione della libertà coscienza dei ricorrenti –causata dall'imposizione di un dovere di rinviare la paziente a un medico non obiettore – sia da considerarsi ragionevole e giustificata in una società democratica⁴².

Esplicite previsioni del *duty to refer* esistono, peraltro, nelle discipline di diversi ordinamenti europei. L'art. L2212-8 del *Code de la santé publique* francese, ad esempio, prevede che il medico obiettore abbia l'obbligo di comunicare immediatamente alla paziente il nome di altri medici disposti a realizzare l'intervento. Nell'ordinamento portoghese, l'art. 12 del decreto 741-A del 2007, che definisce le misure di attuazione della legge 16/2007 relativa all'IVG, obbliga gli obiettori di coscienza ad assicurare, entro i termini di legge, il rinvio della donna a un altro centro competente⁴³. In Irlanda, infine, il diritto all'obiezione di coscienza di cui all'art 17 del *Protection Of Life During Pregnancy Act* implica l'obbligo per il medico di prendersi cura del trasferimento della donna al fine di permetterle l'accesso al procedimento abortivo⁴⁴.

Si può quindi condividere la posizione che sostiene l'opportunità di prevedere meccanismi che impongano al medico obiettore l'obbligo di riferire prontamente la paziente a un medico disposto a eseguire la procedura. La donna, infatti, si trova a essere il soggetto più debole della relazione medico-

⁴¹ «First, at a minimum, the effect of delayed access is to increase the emotional distress suffered by a patient [...]. Second, with respect to some medical services, such as emergency contraception or an abortion procedure, there is a limited period in which the medical intervention is available. [...] Lastly, a patient's experience of shame or stigma associated with a particular medical service may limit the patient's willingness to seek the service in the first place. [...] Similarly, young persons who seek a medical service contrary to the wishes of their parents, or without their knowledge, may be unwilling to proceed on their own if the trusted family physician refuses to provide assistance», *The Christian Medical and Dental Society of Canada v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, par. 182-183.

⁴² Ai sensi della Canadian Charter of Rights and Freedoms, art. 1: «The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

⁴³ Portaria 741-A/2007, de 21 de Junho, art. 12 apartado 3: «Os profissionais de saúde objectores de consciência devem assegurar o encaminhamento das mulheres grávidas que solicitem a interrupção da gravidez para os serviços competentes, dentro dos prazos legais».

⁴⁴ Protection of Life During Pregnancy Act, Number 35 of 2013, art. 17 (3): «(3) A person who has a conscientious objection referred to in subsection (1) shall make such arrangements for the transfer of care of the pregnant woman concerned as may be necessary to enable the woman to avail of the medical procedure concerned».



paziente, caratterizzata da inevitabile asimmetria informativa. Il medico, da parte sua, è in una posizione di dovere di cura nei confronti della paziente e, ove non disposto a soddisfare l'obbligo di rinvio, verrebbe ad abusare della sua posizione nei confronti di un soggetto in particolare stato di debolezza e vulnerabilità e che ripone, peraltro, la propria fiducia proprio sulla figura di riferimento che il medico rappresenta.

4. Prospettive comparate e legge 194/78

Ciò che si vuole dimostrare con questo breve contributo è che l'utilizzo di un approccio comparato ci permette di rileggere le problematiche applicative legate alla l. 194/78, offrendo nuovi spunti a un dibattito nazionale durato ormai quarant'anni. L'analisi dei recentissimi sviluppi avvenuti in altri ordinamenti ci insegna, infatti, a rivalutare le debolezze, ma anche le qualità, della disciplina adottata nel 1978 nel nostro Paese. Quanto accade in Regno Unito a causa della discussa interpretazione della lettera dell'*Abortion Act* e della vaghezza del termine «participate» consente, ad esempio, di apprezzare la formulazione dell'art. 9 c. 3 della l. 194/78 che, limitando l'obiezione di coscienza alle attività «specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza», esprime con chiarezza il bilanciamento voluto esprimere dal legislatore del 1978⁴⁵. Infatti, se, diversamente, fossero rifiutabili anche tutte le attività di supervisione, delega, pianificazione e supporto – elencata nella lettera della proposta di legge ad oggi in esame *alla House of Lords* – si rischierebbe di pervenire a una totale incontrollabilità del fenomeno obiettoria, che si estenderebbe dal medico ai portantini⁴⁶, dal personale sanitario ausiliario sino alle segretarie incaricate di scrivere lettere di autorizzazione alle procedure abortive⁴⁷, rendendo in questo modo la legge totalmente inattuabile e i diritti delle donne assoggettati a una sequenza continua di obiezioni. Le preoccupazioni per l'ampia formulazione del diritto all'obiezione di coscienza proposta dal *Conscientious Objection Bill* ci aiutano, quindi, a riflettere sulle conseguenze di un'eventuale estensione della portata del diritto all'obiezione di coscienza oltre a quanto già previsto dalla nostra disciplina.

D'altra parte, l'esistenza in altri ordinamenti di un obbligo di rinvio della donna, gravante sul medico obiettore, apre una prospettiva completamente nuova al nostro ordinamento. Un simile obbligo, infatti, non è mai stato contemplato dalla nostra disciplina, anche a causa della scelta iniziale del legislatore del 1978 di affidare il compito di assicurare l'applicazione della legge non già ai singoli medici, bensì alle strutture ospedaliere con l'ausilio delle Regioni⁴⁸. Per questo motivo, le soluzioni escogitate

⁴⁵ Fatto salvo, ovviamente, il problema dell'eventuale inclusione delle fasi consultiva e certificativa precedenti l'intervento, sul quale si rimanda a M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza: commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978*, n. 194, Padova, 1992, pp. 238 ss.

⁴⁶ Sostiene Arturo Carlo Jemolo che «debba essere riconosciuto anche al portantino di rifiutarsi di spingere il carrello su cui è la paziente verso la sala di operazioni in cui verrà praticato l'aborto», come riportato da V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Bologna, 2008, pp. 85, nt. 280. Nello stesso senso, v. C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto: commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Padova, 1978, pp. 162.

⁴⁷ V. la decisione della *House of Lords* che, nel 1988, stabilì che la segretaria del medico non potesse rifiutarsi di battere una lettera di rinvio per una procedura abortiva appellandosi alla section 4(1) dell'*Abortion Act* del 1967, *Janaway v. Salford Area Health Authority*, [1989] A.C. 537; [1988] 3 All E.R. 1079 (House of Lords).

⁴⁸ B. LIBERALI, *op. cit.*, pp. 605.





nel nostro ordinamento tendono a contemplare l’emanazione di bandi “riservati ai medici non obiettori”⁴⁹ piuttosto che la previsione di obblighi in capo ai singoli obiettori. L’opzione del reclutamento differenziato, peraltro, non è del tutto estranea alle discipline di altri ordinamenti in quanto espresamente prevista, ad esempio, in Norvegia, dove si prevede che l’obbligo per le strutture sanitarie di garantire l’accesso tempestivo a un intervento di interruzione della gravidanza possa essere soddisfatto mediante assunzione di nuovo personale su condizione che sia disposto a effettuare interventi abortivi⁵⁰.

Tuttavia, la prospettiva adottata dalle raccomandazioni delle istituzioni internazionali e dagli ordinamenti che prevedono il *duty to refer* ci suggerisce di riflettere sull’opportunità di estendere la responsabilità della corretta applicazione della legge 194/78 anche alla classe medica e ai singoli medici obiettori, ai quali verrebbe richiesto un esercizio dell’obiezione responsabile e consapevole dei diritti garantiti alle donne da legge e Costituzione. L’assunzione di questa “obbligazione collettiva”⁵¹, infatti, indurrebbe il singolo medico a riflettere sull’rispetto per l’autonomia decisionale del paziente e per le leggi dello Stato.

Si potrebbe addirittura affermare che la previsione di un simile obbligo sarebbe in grado di dare risposta alle critiche mosse alla l. 194/78 per l’assenza di una prestazione alternativa gravante sui medici obiettori⁵². L’atteggiamento del medico obiettore incaricatosi di indicare alla donna le concrete

⁴⁹ Già nel 1982 il TAR Emilia-Romagna aveva affrontato il caso di un bando per un posto provvisorio di assistente presso la divisione di ostetricia e ginecologia, offerto solamente ai candidati che avessero dichiarato di non sollevare obiezione di coscienza (sent. n. 289 del 1982). Nel caso di specie, il TAR aveva ritenuto che la lettera dell’art. 9 della l. 194/78 intendesse lasciare la possibilità alle strutture sanitarie di scegliere discrezionalmente tra la mobilità del personale o la diretta assunzione di medici disposti a eseguire procedure abortive, ai fini di garantire l’effettuazione del servizio. La possibilità di bandi volti all’assunzione di personale disposto a operare IVG è stata considerata favorevolmente anche in dottrina (A. PUGIOTTO, *op. cit.*, pp. 251), nonché avallata dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel suo parere del 2012 su obiezione di coscienza e bioetica. Più recentemente, il dibattito sulla legittimità dei bandi selettivi si è riaccesso a seguito dei concorsi pubblici banditi dal Policlinico Umberto I nel 2014 e dalle Aziende ospedaliere San Camillo Forlanini di Roma e Pugliese Ciaccio di Catanzaro nel 2016. Per una riflessione sui casi più recenti, si rimanda a L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017 e B. LIBERALI, “*Per l’applicazione esclusiva della legge n. 194: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l’Italia)*”, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 1/2017.

⁵⁰ *Regulations for the Implementation of the Act dated 13 June no. 50 concerning Termination of Pregnancy*, par. 20: «In order to ensure that the county municipality is able to fulfil its obligations [...] it is possible, when advertising vacant situations for health personnel to make it a condition for employment that the person appointed to the post must be prepared to carry out the duties and tasks imposed upon the hospital unit/institution, including pregnancy termination».

⁵¹ Sull’importanza del *duty to refer* come obbligazione collettiva v. A.R. CHARO, *The Celestial Fire of Conscience — Refusing to Deliver Medical Care in The New England Journal of Medicine*, vol. 352, issue 24, 16 June 2005, pp. 2473.

⁵² *V. inter alia*, Prisco, per il quale «il caso più clamoroso di inosservanza del principio di uguaglianza e insieme dei doveri di solidarietà riguarda coloro che esercitano il diritto all’obiezione a proposito dell’aborto, i quali – a differenza degli obiettori al militare – non sono tenuti (com’è noto) ad una prestazione non si dice più gravosa, ma nemmeno di onerosità pari a quella rifiutata! L’illegittimità di quest’ultima disciplina è – a giudizio di chi scrive – patente», S. PRISCO, *Obiezione di coscienza al servizio militare e obiezioni di coscienza nell’ordinamento*



possibilità di vedere soddisfatto il suo diritto consisterebbe, così, in una sorta di servizio alternativo⁵³, in grado di tutelare, anche a fronte di alte percentuali di obiezione, l'effettività della disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza.

5. Oltre il 2018, oltre l'IVG

Il dibattito attorno all'obiezione di coscienza è destinato a essere continuamente alimentato e rinnovato grazie al sorgere di nuovi conflitti etico-morali e al crescente pluralismo culturale e religioso che caratterizza le società democratiche contemporanee. Si pensi, ad esempio, alla nuova ipotesi di obiezione di coscienza cd. selettiva⁵⁴ sorta in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, ovvero al dibattito circa l'inserimento di una clausola obiettoria per i medici chiamati ad eseguire disposizioni anticipate di trattamento, recentemente sorto sia in Italia⁵⁵ che in Canada⁵⁶ e nel Regno Unito⁵⁷.

Il moltiplicarsi dei conflitti di coscienza nati nell'ambito del biodiritto continuerà, in futuro, a presentarsi come fenomeno condiviso da tutti gli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale. Si rinforza, così, la convinzione che, da oggi in poi, l'adozione di una prospettiva comparata sarà necessaria ad apprezzare le convergenze tra gli esistenti dibattiti nazionali e a servirsene nell'elaborare nuovi

italiano vigente (ovvero: le ragioni di Antigone, le ragioni di Creonte e lo Stato democratico), in AA.VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare, profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, pp. 150-151.

⁵³ «[I]t might be claimed that a suitable “alternative service” for health care professionals who are exempted from providing legal and professionally accepted health services against their conscience is to require them to disclose options and refer», M.R. WICCLAIR, *Conscientious objection in health care: an ethical analysis*, Cambridge, 2001, p 42. Si v. inoltre, S. CLARKE, *Conscientious objection in healthcare, referral and the military analogy*, in *Journal of Medical Ethics*, vol. 43, pp. 218-221.

⁵⁴ C. PICIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, pp. 115-130.

⁵⁵ Sulla configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza nella legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), si v. D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, pp. 31-35.

⁵⁶ Nel gennaio 2016, durante la discussione attorno alla legge sul *Medical assistance in Dying*, la *Canadian Medical Association* sottoponeva al Parlamento una raccomandazione nella quale indicava l'opportunità di prevedere l'obiezione di coscienza non solo a favore del singolo medico ma finanche di un intero ente ospedaliero (cd. *institutional objection*). Il testo definitivo della legge, approvato il 16 giugno 2016, pur non contemplando la possibilità di un'obiezione istituzionale, contiene un preciso riferimento alla libertà di religione e di coscienza e chiarisce che «nothing in this section compels an individual to provide or assist in providing medical assistance in dying».

⁵⁷ Il *Conscientious Objection (Medical Activities) Bill*, discusso *supra* al par. 2, propone per la prima volta anche il riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza alla partecipazione nella sospensione di trattamenti di sostegno vitale (art. 1(1)(a) della proposta). In questo senso, il Bill ha sollevato un dibattito sull'opportunità di prevedere una tale ipotesi di obiezione, si v. I. BRASSINGTON, *A Quick Question about Conscientious Objection*, in *JME Blog*, 27 Gennaio 2018, consultabile al link: <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2018/01/27/a-quick-question-about-conscientious-objection/> (ultima consultazione: 13 settembre 2018) e la risposta di M. NEAL, *Conscientious Objection: A Quick(ish) Answer*, in *JME Blog*, 29 gennaio 2018, consultabile al link: <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2018/01/29/conscientious-objection-a-quickish-answer/> (ultima consultazione: 13 settembre 2018).



criteri per affrontare, in maniera inclusiva e sostenibile, i conflitti di coscienza che sorgono e sorgerranno nell'ambito del diritto alla salute⁵⁸.



⁵⁸ L'elaborazione di criteri validi in tutti i Paesi europei è invocata *inter alia* da C. ZAMPA, X. ANDIÓN-IBANEZ, *Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services. International Human Rights Standards and European Law and Practice*, in *European Journal of Health Law*, vol. 19 issue 3, June 2012, pp. 231-256.



Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana

Marco Poli*

BIRTH RELATED TORTS AND THE STATE OF ABORTION ACCESS IN THE ITALIAN CONTEXT

ABSTRACT: The knowledge about human reproduction and its mechanisms have been improved considerably during the last decades. This is very helpful for lawyers, since science gives them the opportunity to understand more in depth the connections between facts and events, that is essential in birth-related torts.

In the meantime, it has been paid greater attention to human rights, and in particular to women fundamental rights. Since 1978, in Italy, it has been possible for women to interrupt pregnancy voluntarily within the first 90 days of gestation. Law 194/78 grants through abortion the respect of women's right to privacy and health.

In such a scenario scholars and judges are still divided on tort law application to human reproduction.

This article provides a brief introduction to the birth-related torts: wrongful pregnancy, wrongful birth and wrongful life. Relying on Italian supreme court case law, for each of them, fundamental elements – such as duty, breach, causation and harm – will be discussed.

The article concludes that given some of the recent developments on this subject the approach to wrongful life actions should be re-examined.

KEYWORDS: Wrongful pregnancy; wrongful birth; wrongful life; nascita indesiderata; IVG

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Wrongful pregnancy come lesione dell'autodeterminazione concezionale – 3. Wrongful birth: tra diritto all'autodeterminazione riproduttiva e diritto alla salute – 3.1.1 La nascita indesiderata di un figlio sano e non voluto – 3.1.2 La nascita indesiderata per aborto non riuscito – 3.2. Soggetti legittimi e portata del diritto leso – 4. Wrongful life: il risarcimento del danno richiesto dal nato menomato – 4.1 Soggetti legittimi e portata del diritto leso – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

I Tribunale di Piacenza, con la sentenza del 31 luglio 1950¹, ritenne che un padre fosse responsabile nei confronti della figlia per averle trasmesso la sifilide. Secondo le ricostruzioni dei magistrati, infatti, l'uomo sarebbe stato consapevole di essere affetto dalla malattia venerea

* Dottore in giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: marco.poli24@gmail.com. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata a "Biodiritto: 1978-2018"

¹ Trib. Piacenza, sentenza 31 luglio 1950, in *Foro Italiano*, 1951, I, 987 ss.



quando concepì la bimba, e quindi anche del rischio di infettare sia la compagna che la nascitura.

Tale pronuncia riconobbe alla minore afflitta da patologie trasmessegli dai genitori il diritto non solo agli alimenti, derivante «dalla responsabilità morale dell'aver generato il figlio»², ma al risarcimento per danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* Ad oggi, tale pretesa risarcitoria rientrerebbe tra quelle da *wrongful life*, o vita indesiderata.

Sono molti i problemi giuridici sollevati da queste pretese risarcitorie, «sia per gravi ragioni di natura etica, sia particolarmente perché la scienza non è in grado allo stato attuale di assicurarci sempre il rapporto di causalità di cui il diritto ha bisogno per chiamare taluno a rispondere delle conseguenze pregiudizievoli verso terzi di una sua azione illecita»³.

Da allora la scienza ha fatto notevoli passi avanti⁴, tanto che si è assistito al progresso delle tecniche diagnostiche prenatali che hanno consentito di accettare con sempre maggiore anticipo e precisione la presenza di patologie dell'embrione e del feto: si pensi alla possibilità di procedere ad uno *screening genetico*⁵ preimpianto, capace di evidenziare alterazioni genetiche nell'embrione ancora prima dell'impianto del corpo della futura gestante; o anche all'*amniocentesi*⁶, cioè la procedura che permette di ricavare campioni di liquido amniotico che, analizzati, consentono di accettare l'eventuale esistenza di malattie feto-placentare o ereditarie.

Dagli anni Settanta, poi, molti ordinamenti della c.d. *Western Legal Tradition* hanno introdotto legislazioni attente all'autodeterminazione riproduttiva della donna, aprendo, seppur entro limiti temporali positivizzati, all'interruzione di gravidanza anche in situazioni in cui la gravidanza non costituisca di per sé un pericolo per la vita della gestante.

La combinazione tra le evoluzioni tecnologiche e l'attenzione alla tutela dei diritti, ha delineato una pluralità di nuove ipotesi di *birth-related torts*, che ancora oggi attirano l'attenzione dei giuristi, come testimoniato dalla recente sentenza della Cassazione del 5 febbraio 2018 n. 2675⁷. Tali fattispecie, proprio perché relative alla gestazione e alla nascita di un nuovo essere umano, coinvolgono elementi pre-giuridici, imponendo così al giurista di confrontarsi con strutture culturali, etiche, sociali e religiose. La pronuncia appena menzionata, ad esempio, risponde all'interrogativo circa la legittimazione attiva del padre alla richiesta del danno, nel caso in cui, a causa di una serie di errori medici, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile dell'uomo e della compagna sia stato violato.

Il tema in analisi presenta numerose varianti, che trovano espressione in una giurisprudenza diversificata tanto sotto il profilo del bene leso, che della causa del danno risarcibile e del profilo soggettivo. In tale prospettiva, si colloca la questione del risarcimento del danno da gravidanze indesiderate (*wrongful pregnancy*), nascite indesiderate (*wrongful birth*) e vite indesiderate (*wrongful life*). Nelle prossime pagine ci si concentrerà sulle risposte fornite dall'ordinamento italiano, cercando così di

² M. ELIA, commento a Trib. Piacenza, sentenza 31 luglio 1950, in *Foro Italiano*, I, 987.

³ Trib. Piacenza, sentenza 31 luglio 1950, *ibid.* 990.

⁴ S. CHIESSI, *Diagnosi prenatale e risarcimento del danno a favore del bambino nato handicappato*, in *Familia*, 2003, fasc. 1, 167.

⁵ A. CAO, M.C. ROSATELLI, *Screening genetico*, (voce) in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica* (2007), in [treccani.it](http://www.treccani.it).

⁶ *Amniocentesi*, (voce) in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica* (2008), in [treccani.it](http://www.treccani.it).

⁷ Cass., sez. III civ, 05 febbraio 2018, n. 2675, [dejure.it](http://www.dejure.it).



cogliere, attraverso una ricostruzione più organica possibile, il bilanciamento operato in relazione alle istanze in gioco.

2. Wrongful pregnancy come lesione dell'autodeterminazione concezionale

Con la dicitura *wrongful pregnancy* o gravidanza indesiderata⁸ si fa riferimento al caso in cui, «a seguito di un fallito intervento di sterilizzazione o di errore del medico nella prescrizione di rimedi anticoncezionali»⁹, l'atto sessuale abbia comportato l'inizio della gestazione.

Concentrandosi sulla prima ipotesi, è necessario specificare che, per *sterilizzazione* si intende l'insieme delle pratiche volontarie volte a limitare in modo irreversibile le capacità riproduttive di un individuo¹⁰. Per quanto riguarda le donne, ci si riferisce alla c.d. sterilizzazione tubarica, cioè un intervento volto a chiudere le tube di Fallopio, impedendo l'incontro tra ovulo e spermatozoi. Quanto all'uomo, invece, la sterilizzazione viene posta in essere tramite vasectomia, che consiste nell'interruzione del dotto deferente che trasporta gli spermatozoi dai testicoli alla prostata.

Qualora, nonostante tali pratiche, l'atto sessuale comporti l'inizio di una gravidanza, si parlerà di *wrongful pregnancy*. Ciò, accade sia quando l'intervento non sia stato realizzato correttamente¹¹ o non sia stato realizzato *tout court*¹², ma anche nei casi in cui, nonostante la corretta procedura, il personale medico abbia mancato di informare gli interessati della possibile fertilità residua del paziente.

Quanto alla seconda ipotesi, invece, si fa riferimento a situazioni in cui il medico abbia commesso un errore nella prescrizione di un anticoncezionale idoneo a prevenire il concepimento¹³.

L'interesse lesito, in tutti i casi considerati, è quello all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive desumibile dal combinato disposto della L. n. 194 del 1978 che disciplina il ricorso all'IVG e della L. n. 40 del 2004, sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In particolare, proprio la L. 194/1978, all'art. 1, co. 1 prevede che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile»¹⁴. A tal proposito, è bene, per indagare la portata di tale diritto, guardare a quanto affermato dalla Suprema Corte nel 2017¹⁵.

8 D. CARUSI, *Contracezione, Aborto e "danno da procreazione": di un'importante sentenza del tribunale costituzionale tedesco e di alcune questioni in materia di responsabilità del medico*, in *Res civ. e prev.* 1999, fasc. 4-5, 1173.

9 A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in *Trattato breve dei Nuovi Danni*, a cura di CENDON, vol. II, Padova, 2011, 261.

10 T. PADOVANI, *Sterilizzazione*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1085.

11 Es. Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, 1710 ss. Il caso riguarda la nascita indesiderata avvenuta a seguito di un inefficace intervento di sterilizzazione femminile.

12 Tribunale, Reggio Emilia, sez. II civile, sentenza 07/10/2015 n. 1298, in altalex.com. Una donna aveva comunicato, tramite modulo sottoscritto, al ginecologo la scelta di procedere al contestualmente al parto ad un intervento di sterilizzazione tubarica. Circa un anno dopo il parto la donna resta nuovamente incinta, portando così alla luce come i sanitari avessero del tutto omesso di provvedere, successivamente al taglio cesareo, alla sterilizzazione tubarica espressamente richiesta e autorizzata dalla paziente.

13 Tribunale Milano, sez. I, 31/03/2014, n. 3477, in *Diritti di Famiglia e delle Persone*, fasc. 1, 2015, 152 ss, con nota di V. Lo Iacono.

14 Legge 22 maggio 1978, n. 194, in G.U., in gazzettaufficiale.it.

15 Cass., sez. III civ 5 maggio 2017, n. 10906, in italgiure.giustizia.it.



Nel caso di specie un uomo lamentava che la compagna gli avesse mentito in merito al proprio stato di fertilità, inducendolo, a suo dire, con fare truffaldino a non usare precauzioni durante il rapporto sessuale. Lo stesso lamentava la violazione del summenzionato diritto alla procreazione cosciente e responsabile. A tal proposito la Corte di Cassazione rileva come non appaia «pertinente il riferimento alla L. n. 194 del 1978, art. 1, comma 1, poiché in esso è sì garantito “il diritto alla procreazione cosciente e responsabile”, ma come diritto pubblico, garantito infatti dallo Stato, e non come obbligo del partner»¹⁶.

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile può quindi essere definito, in via di prima approssimazione, come il diritto a che lo Stato si attivi per fornire gli strumenti necessari a garantire che il processo procreativo sia quanto più conforme, ai sensi degli artt. 2 e 13 Cost., alla volontà della donna o della coppia. Tale diritto trova quindi espressione in ogni fase del processo procreativo, anche al suo inizio. A riprova di ciò, si noti come la L. 405/1975¹⁷, istitutiva dei consultori familiari, individui tra gli scopi del servizio la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti¹⁸ e la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso¹⁹.

Qualora tali informazioni non fossero fornite alla paziente, ciò integrerebbe una lesione del diritto all'autodeterminazione della donna, esprimibile anche nel senso di impedire ulteriori gravidanze non volute²⁰.

A ben vedere, il fatto che cagiona l'evento avviene sempre in un momento antecedente al concepimento e si concretizza nel concepimento stesso. Nei casi di *wrongful pregnancy*, quindi, forse, sarebbe meglio parlare di autodeterminazione *concezionale*. Con tale dicitura, coerentemente con quanto detto finora, non si suggerisce l'esistenza di un diritto assoluto a che l'ordinamento tuteli la volontà astratta dell'individuo anche quando questa sia accompagnata da condotte al di sotto degli standard minimi di diligenza. È evidente, infatti, grazie alla ricostruzione della S.C. prima riportata, che tale espressione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile non possa spingersi fino a poterne riconoscere una violazione nel caso in cui, in un rapporto tra privati, per imprudenza, avvenga il concepimento: coscienza e responsabilità, infatti, si manifestano anche nel ricorrere alle più basilari tecniche anticoncezionali, che certo, non esorbitando rispetto all'ordinaria diligenza, non configurano un *pondus* eccessivo per il consociato.

Diversa, invece, è la situazione di un soggetto che si rivolge ad un medico per evitare gravidanze indesiderate. Nelle situazioni indicate in questo paragrafo, infatti, a fronte di un comportamento consciensioso degli individui, si è fatto riferimento a casi di imperizia medica. L'errore del professionista,

16 Id.

17 Legge 29 luglio 1975, n. 405, in [gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

18 L. 405/1975, id., art. 1, lett. b.

19 Id., lett. d.

20 Cass., sez. III civ, 24 ottobre 2013, n. 24109, in *Foro Italiano*, Re 2014, *Professioni intellettuali* (voce), n. 24, con nota di A. BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*. Nel tesò della sentenza: «L'adempimento di tale obbligo informativo, da parte dei sanitari, avrebbe non solo evitato la violazione del diritto all'autodeterminazione della paziente, [...] ma le avrebbe altresì consentito di adottare, nel successivo decorso del tempo, le opportune misure nonché gli utili accertamenti e controlli clinici, atti ad impedire ulteriori gravidanze non volute».



sia che sia sia commissivo, come nel caso dell'erronea sterilizzazione e della prescrizione dell'anticoncezionale sbagliato, o omissivo, come nel caso dell'omessa sterilizzazione o della mancata comunicazione della fertilità residua a seguito dell'intervento, lede l'autodeterminazione concezionale cosciente e responsabile per cui il soggetto ha optato affidandosi all'*expertise* medico, innescando così i meccanismi risarcitorii della responsabilità civile.

3. Wrongful birth tra diritto all'autodeterminazione riproduttiva e diritto alla salute

Con *wrongful birth*²¹, invece, si descrivono le vicende in cui, contrariamente a quanto voluto dalla donna, la gestazione sia proseguita fino alla nascita indesiderata del minore. Ecco allora che il danno da nascita indesiderata si configura quando i genitori, in particolare la madre, siano stati costretti ad accettare la procreazione. Più nello specifico, sempre facendo riferimento all'ampia giurisprudenza in merito, è possibile individuare vari casi di nascita indesiderata.

Prima di proseguire è bene fare alcuni cenni alla disciplina italiana in materia di interruzione volontaria di gravidanza (IVG)²², che spesso si intersecherà con gli argomenti trattati. La legge sull'aborto, già all'art. 1, rende subito chiaro l'intento del Legislatore, ovvero cercare un bilanciamento tra diritto alla procreazione cosciente e responsabile e la tutela della vita umana dal suo inizio. L'attenzione a questi poli appare evidente, vista l'individuazione di due ipotesi abortive distinte per presupposti.

L'aborto operato nei novanta giorni successivi all'inizio della gravidanza²³, disciplinato agli artt. 4-5 L.194/78, è infatti consentito quando la donna «accusa circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute». L'accertamento del pericolo, in un'ottica autodeterminativa, è rimesso alla percezione della diretta interessata, tanto che, come più volte ricordato dalla Corte costituzionale²⁴, la valutazione delle conseguenze che le circostanze determinano sulla sua salute e la decisione di abortire sono «rimess[e] soltato alla responsabilità della donna».

Dopo il novantesimo giorno, invece, l'aborto potrà essere effettuato solo quando la gravidanza, il parto o accertati processi patologici, anche relativi al nascituro, determinino un grave pericolo per la vita della donna. La disciplina dell'articolo 6, seppur restringendo la possibilità di ricorrere all'IVG della donna alle casistiche appena elencate e obblighi il medico a fare il possibile per salvare il feto vitale, non pregiudica il diritto alla salute della donna. «Sebbene la donna sia tenuta a sopportare gli oneri normalmente connessi alla gravidanza, l'ordinamento non può pretendere da lei il sacrificio della vita o un grave pregiudizio alla salute. [...] Sarebbe peraltro irragionevole affermare che la donna

²¹ G. FERRANDO, *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, a cura di A. D'ANGELO, Milano, 1999, 217; GUALNIERA, S. SCURRIA, C. CRINÒ, *Il danno da wrongful-birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. it. medicina legale*, fasc. 3, 2009, 629.

²² B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, ZATTI, Milano, 2011, 1660 ss.

²³ Per i più ci si deve riferire al momento del presumibile concepimento (età concezionale), mentre per altri si deve guardare al primo giorno dell'ultima mestruazione della gestante (età gestazionale). Cfr. NUVOLONE, A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. V, Torino, 1991, 24 ss.

²⁴ *Ex multis*, C. Cost, 20 novembre 2002, n. 514; 20 giugno 2012, n. 196 in giurcost.org. Sulle derive patologiche dell'obiezione di coscienza, si veda L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, *Riv. AIC*, n. 3, 2017, 1-24.



possa tutelare la propria salute ricorrendo all'aborto e negare, allo stesso tempo, che essa possa tutelare la propria salute rifiutando un trattamento medico invasivo»²⁵.

In entrambi i casi, quindi, la disciplina dell'aborto deve essere interpretata come espressione dei principi di autodeterminazione e intangibilità fisica. Nei primi novanta giorni di gestazione, il bilanciamento operato dal Legislatore porta poi alla tutela della salute della donna, interpretata come di *stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*, così come auspicato dall'OMS e dalla stessa Suprema Corte²⁶. In questo intervallo di tempo, infatti, l'interessata può far valere, come già riportato, anche elementi di carattere psico-sociale. L'art. 4 consente infatti l'IVG quando sussista «un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito».

Dopo il primo trimestre, invece, l'IVG è possibile solo quando siano in serio pericolo la vita o la salute psicofisica della donna. Infine, non appena vi sia «la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo» in caso di pericolo di vita della donna «e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto».

L'IVG assume quindi rilevanza giuridica²⁷, nei confronti della donna, in relazione al diritto alla salute, ex art. 32 Cost., nel significato più ampio di *benessere*, ma anche, al diritto all'autodeterminazione. Questi elementi forniscono i primi punti di riferimento circa le varie ipotesi di danno da *wrongful birth*, quanto al diritto violato. Quella in esame è una fattispecie di danno particolarmente delicata perché apre la porta a molteplici considerazioni sul valore e i diritti della persona in essere, cioè la madre, e della persona che ancora non è, il nascituro, e, quindi, alle discussioni relative ai limiti di legittimità della scelta abortive.

3.1.1 La nascita indesiderata di un figlio sano e non voluto

Anzitutto, si pensi all'ipotesi in cui il medico escluda erroneamente la gravidanza, scoprendo in un secondo momento la gravidanza della paziente. Tale condotta integrerà, indipendentemente dallo stato di salute del nato, una *wrongful birth*, poiché la condotta del medico ha di fatto impedito alla donna di poter scegliere se proseguire o meno la gravidanza. Il bene giuridico leso, in questo caso, è l'autodeterminazione riproduttiva, ovvero il diritto della donna a decidere, entro i limiti imposti dall'ordinamento, se affrontare la gravidanza o porvi fine.

²⁵ K. SUMMERER, *Libertà della donna e tutela del nascituro. Il conflitto materno-fetale nella prospettiva del diritto penale*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., 1639.

²⁶ Preambolo della Costituzione OMS, 22 luglio 1946 – 7 aprile 1948; Cass, 24 gennaio 1990, n. 411, in dejure.it.

²⁷ A tal proposito alcuni studiosi hanno ipotizzato un autonomo «diritto all'IVG». Tra gli altri, A. FIORI, C. SENATORE, *Nuova problematica medico-legale in relazione alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, 540. Secondo la dottrina maggioritaria non è possibile concepire un simile diritto soggettivo *tout court* senza inserirlo nel più ampio contesto di valori sulla base dei quali la stessa legge 194/78 è stata formulata. T. MONTECCHIARI, *Sulla responsabilità del medico ed il risarcimento dei danni per mancata interruzione della gravidanza*, in *Dir. famiglia*, fasc. 4, 1999, 1397.



È interessante a tal proposito guardare alla sentenza 17 luglio 2014, n. 16401 della Corte di Cassazione²⁸. Nel caso di specie, una donna si rivolse ad un medico per accertare se fosse incinta. Dopo essersi sottoposta alle analisi, la diagnosi escluse la gravidanza. Successivamente al novantesimo giorno di gestazione, si scoprì che la diagnosi era errata: la signora era incinta e sia lei che il feto godevano di ottima salute, escludendo così la possibilità di ricorrere all'aborto. La donna agì in giudizio presentando varie voci di danno, tanto patrimoniali quanto non patrimoniali. Il giudice di prime cure, così come quello d'appello, liquidò all'attrice il danno non patrimoniale rappresentato dalla "violazione del diritto della donna ad essere informata"²⁹, quale presupposto del diritto all'autodeterminazione. In entrambi i casi, invece, venne rigettata la domanda di risarcimento del danno patrimoniale consistente negli oneri di mantenimento del figlio, ritenendo non provata l'esistenza di una volontà abortiva della donna, nell'ipotesi in cui fosse stata tempestivamente informata. Non essendo stato provato il nesso di causalità tra fatto ed evento, non è stato possibile riconoscere la risarcibilità del danno: «l'eventuale lesione del diritto di interrompere la gravidanza è dunque giuridicamente irrilevante se la gestante, quand'anche informata, avrebbe comunque verosimilmente scelto di non abortire».

Dal ragionamento della Corte, *a contrario*, deriva che qualora si riesca a dimostrare che alla comunicazione della gravidanza in corso sarebbe seguita una scelta abortiva, anche la nascita, per colpa del medico, di un figlio sano, ma non voluto, integra danno da *wrongful birth*.

In questi casi, infatti, il medico, non comunicando alla diretta interessata di essere incinta, priva la stessa del diritto alla procreazione cosciente e responsabile. In altre parole, alla donna viene preclusa la possibilità di autodeterminarsi in quei primi novanta giorni concessi dalla legge, e di far valere quelle situazioni di disagio che, qualora riscontrate, il Legislatore ha individuato quali legittimanti alla richiesta abortiva perché lesive del diritto alla salute in senso ampio.

La Corte di Cassazione riporta come, nei giudizi delle corti di merito, si fossero distinte due voci di danno: la prima, quella non patrimoniale, definita esistenziale, per la violazione del diritto della donna ad essere informata sull'esistenza della gravidanza e la seconda, patrimoniale, per gli oneri di mantenimento del figlio. Concentrandosi sulla prima voce di danno, la Corte riconosce tale condotta come lesiva del diritto alla salute, poiché alla gestante è stata preclusa la coscienza del proprio stato, condizione necessaria per prestare consenso informato per la continuazione della gravidanza o per l'interruzione della stessa, scelta alla base del diritto alla procreazione cosciente e responsabile.

3.1.2 La nascita indesiderata per aborto non riuscito

Un'altra categoria di *wrongful birth* è quella relativa a vicende in cui, nonostante sia stato effettuato un intervento di IVG, la gestazione sia proseguita. Ciò può accadere o perché l'intervento non è stato eseguito correttamente³⁰, oppure perché non sono stati prescritti gli esami necessari a rivelare la possibile prosecuzione della gestazione³¹.

²⁸ Cass., sez. III civ, 17 luglio 2014, n. 16401, in [dejure.it](#). V. FINESCHI, M. ZANA, *La responsabilità professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente*, in *Riv. it. medicina legale*, 2002, fasc. 1, 49.

²⁹ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 285 ss.

³⁰ Cass., sez. III civ, 8 luglio 1994 n. 6464: la donna, sottoposta infruttuosamente ad IVG ha dato alla luce un figlio sano. I genitori chiesero il risarcimento per le spese che il figlio avrebbe comportato, ma la Corte



Quanto alla seconda ipotesi, a livello scolastico, si possono riscontrare due casistiche differenti. La prima riguarda esami rivolti all'accertamento della gravidanza in essere. Qualora la gravidanza sia indesiderata, scoprirla l'esistenza dà, nei primi novanta giorni della gestazione, la possibilità alla donna che riscontri la sussistenza dei requisiti ex L.194/78 di ricorrere all'IVG. In questa ipotesi, quindi, a non essere voluta è la gravidanza di per sé, a prescindere dal nascituro.

La seconda casistica, invece, riguarda un concepimento ed una gravidanza voluti, ma un nascituro non desiderato. In altre parole, il personale medico, mancando di informare la paziente di una patologia che affligge l'embrione o il feto, priva la stessa di valutare, e quindi decidere coscientemente, se sarebbe in grado di affrontare una gravidanza che darebbe poi alla luce un figlio gravemente malato o destinato in breve tempo a morire. La donna, dunque, è privata della possibilità di decidere se affrontare la gravidanza e il parto, con tutti i rischi ad essi connaturati, così come la maternità.

Le due ipotesi presentate, seppur rifacendosi a situazioni di fatto diverse tra loro, che mettono in discussione gli aspetti più viscerali della personalità di ognuno, a livello giuridico, a parere di chi scrive, non sono distinguibili. Nel tentativo di non assumere a crittotipo valori etici personali e affidandosi invece al diritto, in entrambi i casi, alla donna, viene taciuta un'informazione: si tratta di un'informazione essenziale affinché la stessa possa avere coscienza della propria condizione riproduttiva. Tale informazione, quindi, è indispensabile per poter coscientemente decidere se avvalersi del proprio diritto all'autodeterminazione riproduttiva, in particolare quello a ricorrere all'IVG. Si noti che il diritto all'autodeterminazione riproduttiva è da intendersi, nel primo trimestre, come facoltà di interrompere la gravidanza nel caso in cui intervenga un pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Si tratta quindi di un pericolo che può derivare anche dalla valutazione di circostanze esterne alla sfera fisica della gestante, come le condizioni economiche, quelle sociali o familiari, la situazione in cui sia avvenuto il concepimento, la previsione di anomalie o malformazioni del concepito (4 L.194/78). La natura dell'informazione non ha rilevanza giuridica, qualora questa integri una delle cause di accesso all'IVG positivizzate dal Legislatore ex art. 5 L.194/78.

Come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, tale autodeterminazione trova un riscontro funzionale alla tutela del diritto alla salute che l'art. 32 Cost., declina nel senso «uno stato globale di benessere, la cui tutela si esplica necessariamente in un complesso di azioni e interventi che non abbiano il mero fine di curare lo stato di malattia, ma che siano volti anche allo scopo di prevenire l'insorgere di patologie e di migliorare il livello generale di salute»³². Così l'autodeterminazione riproduttiva non si esplica nel solo ricorso all'aborto nel caso in cui la donna sia messa in pericolo di vita dalla gravidanza o dal parto, ma anche in tutti quei casi in cui ad essere intaccata sia la salute psichica.

considerò risarcibile solo il danno costituito dalla menomazione che la nascita del figlio poteva aver procurato alla salute della madre.

³¹ Cassazione civile, sez. III, 05/02/2018, n. 2675, dejure.it. Il caso riguarda l'erronea esecuzione dell'intervento di raschiamento uterino cui la donna era stata sottoposta (effettuato in ragione della errata diagnosi di aborto interno) a seguito del quale la gravidanza era poi proseguita. La gravidanza si era poi conclusa con la nascita indesiderata di una bambina.

³² L. BUSATTA, *Il diritto alla salute a geometria variabile*, tesi di dottorato, rel. Carlo Casonato, Università degli Studi di Trento, 2012, 33.





3.2 Soggetti legittimati e portata del diritto leso

Finora si è parlato di *wrongful birth* quale voce di danno azionabile in giudizio dalla donna, cioè colei che, di fatto, è costretta ad affrontare la gravidanza e il parto. La violazione del diritto all'autodeterminazione o alla salute della donna, qualora il nesso di causalità sia provabile, pare *ictu oculi* condivisibile.

Quanto ai diritti lesi, la sentenza della Cassazione del 9 febbraio 2010, n. 2847, ha riproposto la distinzione rigorosa tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. Muovendo da tale assunto, la S.C. rileva come «la mancanza di consenso [possa] assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato»³³. La lunga disamina conduce la Cassazione a stabilire che «anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio». Si afferma così la risarcibilità anche della sola lesione dell'autodeterminazione.

Nel 2015, le Sezioni Unite, riconoscono come la L. 22 maggio 1978, n. 194 abbia introdotto nel nostro ordinamento la possibilità legale di ricorrere all'aborto, legittimando l'autodeterminazione della donna alla tutela della sua salute, e non solo della sua vita, pur nel rispetto di condizioni rigorose. La Corte, quanto all'aborto, parla di un «vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza», funzionale alla tutela al diritto alla salute della donna. Qualora manchi un nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, infatti, anche nei primi novanta giorni di gestazione, l'aborto integra ancora un reato.

Viene poi spontaneo chiedersi se la madre sia l'unica legittimata attiva a tale azione. La Corte di Cassazione si è più volte pronunciata sul punto, con un'interpretazione sempre più estensiva della legittimazione. Nello specifico, la Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi in casi di nascita indesiderata a causa della patologia non diagnosticata del nascituro.

Dopo aver escluso la fondatezza della pretesa risarcitoria del padre nel 1994³⁴ e nel 1998³⁵, la Corte di Cassazione è tornata sui suoi passi, riconoscendo una violazione del diritto alla salute del padre quale riflesso del danno alla salute della madre, ingiusto come questo perché inerente alla lesione di un diritto proprio.

Nel 2002³⁶, poi, si è confermata tale impostazione, riconoscendo la violazione dei diritti del padre, in considerazione della propagazione intersoggettiva degli effetti dell'inadempimento dell'obbligo in-

³³ Cassazione civile, sez. III, 09/02/2010,n. 2847. M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2010, 1014.

³⁴ Cass., sez. III civ., 08 luglio 1994, n. 6464, in *dejure.it*. Nel caso di specie la donna si era sottoposta ad IVG, che non era riuscito, ma del cui esito non era stata informata: ne era seguita la nascita di un figlio sano.

³⁵ Cass., sez. III civ., 01 dicembre 1998, n. 12195, in *dejure.it*. Nel caso di specie la donna fu sottoposta a visita ecotomografica, accertando la buona salute del feto. Quando nacque, il bambino presentava gravi malformazioni agli arti.

³⁶ Cass., sez. III civ., 10 maggio 2002, n. 6735, in *dejure.it*.



formativo verso la madre. La Corte affermava inoltre la fondatezza degli obblighi di protezione verso il padre, in quanto terzo qualificato, tipici del rapporto contrattuale tra medico e gestante³⁷.

Qualora la donna abbia subito una violazione del proprio diritto alla salute, l'uomo, di riflesso, sarà legittimato attivo all'azione in ragione dei diritti e doveri riconosciuti alla procreazione in relazione ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli, così come recepiti dall'ordinamento italiano sia dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione agli artt. 29-30 e dal codice civile (artt. 143 e 147, 261 e 279 c.c.). L'azione non potrà invece essere fatta valere autonomamente dal padre, quando in contrasto con l'autodeterminazione riproduttiva della donna³⁸.

La Corte di Cassazione, poi, con la pronuncia 2 ottobre 2012, n.16754³⁹ ha esteso questo diritto anche ai fratelli, per i quali sussistono analoghe ragioni per presumere l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono destinate ad insorgere alla morte dei genitori. Nei loro confronti il danno consiste, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione nel 2012, nella «inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione»⁴⁰.

4. Wrongful life: il risarcimento del danno richiesto dal nato menomato

Il danno da *wrongful life* o vita non voluta è infine quello fatto valere dal minore per il fatto di dover vivere in condizioni svantaggiate. Anche in questo caso è possibile individuare diverse fattispecie a seconda della natura della situazione di svantaggio.

Ragionando in termini di disagio medicalmente apprezzabile si possono anzitutto delineare quelle ipotesi in cui un embrione o un feto sano siano stati colpiti da un danno ingiusto causato dal medico⁴¹. Questo, ad esempio, è caso della somministrazione, durante la gravidanza, di un farmaco che il ginecologo, secondo i canoni della normale perizia professionale, doveva sapere essere dannoso per la salute del nascituro. È qui possibile delineare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità medica: il fatto, cioè la somministrazione del farmaco, l'evento, cioè la nascita del minore menomato, il nesso causale tra i due e l'ingiustizia del danno.

Una seconda ipotesi di vita indesiderata è poi quella in cui la situazione di disagio non sia stata causata dal medico, ma sia stata dallo stesso colposamente o dolosamente ignorata. In altre parole, la patologia o la malformazione non sono di per sé causate dal medico. Se però lo stesso le avesse individuate nella diagnosi sarebbe stato possibile intervenire curando o riducendo la portata del disagio. Ecco allora che l'evento di danno non è la patologia, ma la nascita nella peggiore delle situazioni possibili e questo può essere attribuito all'imperita inattivit   medica.

Terza e più problematica ipotesi è quella che coinvolge un minore affetto da malattia congenita non individuata dal medico ma in nessun modo curabile o alleviabile.

³⁷ In senso conforme anche Cass. civ., sez. III, sentenza 29 luglio 2004, n. 14488, in dejure.it.

³⁸ Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, in dejure.it.

³⁹ Cass., sez. III civ., 02 ottobre 2012, n. 16754, in dejure.it.

⁴⁰ Id.

⁴¹ A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in *Trattato breve dei Nuovi Danni*, a cura di CENDON, Padova, 2011, 261 ss.





A tal proposito, risulta sicuramente illuminante la sentenza della III sezione della Cassazione civile, la già citata 16754/2012⁴², in cui viene, tra i vari motivi di ricorso, posto al collegio il problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore affetto da sindrome di Down, nato, a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica, da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test.

Il *vulnus* lamentato da parte del minore malformato, che troverebbe fondamento negli articoli 2, 3, 29, 30 e 32 Cost⁴³, non sarebbe quindi l'infermità intesa in senso naturalistico, quanto piuttosto dello "stato funzionale di infermità", cioè la "proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata". In questo senso, quindi, può dirsi violato il dettato dell'art. 32 Cost., che restituisce un diritto alla salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico.

La situazione soggettiva tutelata è quindi quella della vita menomata, intesa in accezione funzionale: la "diversità" non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata ed alleviata per via risarcitoria.

L'evento di danno, nella ricostruzione della Corte, è costituito, in altre parole, dalla individuazione della "nascita malformata"⁴⁴, cioè come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente. Una volta individuato tale evento di danno, a parere del Collegio, questo appare senz'altro riconducibile all'omissione del medico: "una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto".

Questa sentenza ha sollevato moltissime criticità. Nonostante l'esplicito intento della Corte di tralasciare qualsiasi riflessione di tipo filosofico, operando quindi un ragionamento di stretto diritto, la ricostruzione giuridica appare a tratti non pienamente convincente.

Rispettando la premessa metodologica della Suprema Corte, infatti, si deve rilevare come il risarcimento, in diritto civile, adempia alla funzione di rimozione del danno. Che sia in natura o per equivalente, il risarcimento si propone, di fatto o attraverso una *fictio*, di ripristinare lo *status quo ante* al verificarsi del danno.

Poiché il fatto che ha causato il danno consiste nell'imperizia medica nell'individuazione e nella somministrazione dei test atti a scoprire la sussistenza di patologie genetiche, ragionando per assurdo, il ripristino dello *status quo ante* richiederebbe di ritornare indietro nel tempo affinché il medico possa fornire le informazioni corrette, arrivando quindi ad una diagnosi aderente alla realtà. La donna, in questo caso, come più volte espresso, potrebbe salvaguardare il proprio diritto alla salute autodeterminandosi nella scelta abortiva. Ecco allora che il ripristino dello *status quo ante* determinerebbe necessariamente la non nascita. La Corte, però, nel 2012, afferma esplicitamente di non guar-

⁴² Cass., sez. III civ., 10 gennaio 2012, n. 16754, in dejure.it.

⁴³ E. BUSAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 845 ss.

⁴⁴ M. GERBI, E. MAZZILLI, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.2, 2013, 1022 ss.



dare a tale voce di danno cercando così di evitare tutte le possibili critiche sul cortocircuito ontologico relativo al diritto alla vita inclusivo del diritto a non nascere.

Poiché il risarcimento del danno prevede quali presupposti necessari, tra gli altri, la lesione di un diritto soggettivo che si concretizza in un evento causalmente legato al fatto di danno, risulta fondamentale l'individuazione di tali elementi. Nella sentenza del 2012, la Corte di Cassazione ritiene che ad essere leso sia stato il diritto alla salute. Tale lesione si paleserebbe nella nascita malformata, ovvero quella condizione in divenire che lede il diritto alla salute quale stato globale di benessere. In altre parole, l'evento di danno quindi, quale nascita malformata, per essere risarcibile, deve essere causalmente ricondotto al fatto, cioè all'imperita attività medica. Non convince l'idea che la nascita malformata, cioè quella vita che in divenire risulta complicata dalla presenza della patologia, possa essere in qualche modo imputata al medico⁴⁵. Se la mancata informazione ha sicuramente inciso sul diritto alla salute della donna, impedendole di autodeterminarsi nelle scelte riproduttive, risulta di difficile comprensione in che modo tale *malpractice* si inserisca nella catena causale che ha portato all'insorgenza di una Trisomia del 21.

Come già riportato, secondo la Corte, una condotta diligente incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il diritto all'aborto. È già emerso nei paragrafi precedenti come l'autodeterminazione abortiva competa solamente alla donna e, eventualmente, di riflesso, ad altri individui. Il nascituro non ha, *ipso iure*, alcuna legittima pretesa a che l'aborto venga eseguito: seppur nei casi eccezionali previsti dalla legge italiana, l'IVG integra infatti lo strumento di soddisfazione del «diritto dall'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione di gravidanza»⁴⁶. Tale impostazione, che vede le istanze dell'embrione cedere dinnanzi a quelle della donna, trova inoltre rispondenza assiologica nel principio costituzionale di non equivalenza tra salvezza della madre, che è già persona, e quella dell'embrione, che persona deve ancora diventare⁴⁷.

Anche a voler considerare legittima la pretesa abortiva in capo al nato, questa, secondo la terza sezione civile della Corte di Cassazione, si fonderebbe sul diritto a non vivere una vita malformata. In tal senso, quindi, si viene ad individuare un diritto generale a che la situazione di disagio venga alleviata tramite il risarcimento per equivalente.

Poiché tale voce di danno si configura come funzionale alla tutela del diritto - in senso ampio - alla salute del minore, viene spontaneo chiedersi se la menomazione ricondotta alla nascita, nella ricostruzione della Corte di Cassazione, debba essere solo di carattere fisico. In altre parole, sorge il dubbio se le menomazioni che caratterizzano la vita degna di essere risarcita debbano avere necessariamente una dimensione biologica o possano piuttosto riguardare una condizione di disagio in senso più ampio. In questo senso, si vuole portare l'attenzione su due particolari pronunce in materia di *wrongful life*.

⁴⁵ L. FAMULARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche – Medical Liability Concerning the Prenatal Diagnosis of Genetic Diseases*, in *Giustizia Civile*, fasc.10, 2013, 2119.

⁴⁶ Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in dejure.it.

⁴⁷ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 20, in giurcost.org.





La prima sentenza a cui si fa riferimento è quella della Corte d'Appello dell'Illinois che, nel 1963, ha deciso il caso *Zepeda vs Zepeda*⁴⁸. L'attore, cioè il figlio naturale, richiede il pagamento dei danni per essere stato concepito al di fuori del matrimonio: il padre biologico aveva infatti convinto la madre ad intrattenere rapporti sessuali con la promessa di matrimonio. Quest'ultima, però, non fu rispettata, visto che l'uomo era già sposato. In questo modo, il minore nato dalla relazione venne al mondo assoggettato alla limitata se non inesistente tutela giuridica riservata ai figli illegittimi. La Corte, seppur riconoscendo la condotta del padre come «*tortious*»⁴⁹, non riconobbe la risarcibilità del danno, preoccupata che una pronuncia di quel tipo, in un ordinamento caratterizzato dallo *stare decisis*, potesse essere letto come un «encouragement [that] would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation»⁵⁰.

Continuando in questa provocazione, si rimanda ad una pronuncia del 2017, sempre del Corte d'Appello dell'Illinois. A 54 anni di distanza, la Corte torna a pronunciarsi su un caso di *danno da nascita*⁵¹. Una cittadina dell'Ohio ha infatti citato in giudizio una banca del seme affermando che la compagnia le avrebbe fornito l'errato materiale genetico. Jennifer Cramblett e la sua compagna, avevano scelto un donatore caucasico, come le due donne. La banca del seme, invece, ha loro fornito lo sperma di un uomo afroamericano. Solo cinque mesi dopo la fecondazione, la coppia scoprì lo scambio, dando poi alla luce una «beautiful, obviously mixed race, baby girl». La madre biologica agì quindi in giudizio per il risarcimento del danno causato da nascita. Questa situazione, secondo l'attrice, avrebbe costretto lei e la compagna a trasferirsi per inserire la minore in un quartiere multietnico. Le madri allegano tra le prove del danno subito il fatto che i genitori della gestante, che non hanno mai pienamente accettato l'omosessualità della figlia, sono una «all white and often unconsciously insensitive family»⁵². In questo clima, cosa succederebbe se la piccola agisse in giudizio facendo valere in giudi-

⁴⁸ *Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E.2d 849 (Ill. A Ct. 1963). AA., *Torts. Unusual Cases of Tort Liability. Illegitimate Child May Not Recover from Father for Lack of Normal Home or Inferior Social Status. Zepeda v. Zepeda* (Ill. Ct. A 1963), in *Harvard Law Review*, vol. 77, no. 7, 1964, 1349-1352.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Cramblett v. Midwest Sperm Bank, LLC*, 2017 Ill. App (2d) 160694-U.

⁵² Nel caso in analisi, la controversia, inizialmente sottoposta alla *Cook County Circuit Court*, venne poi trasferita alla *DuPage County Circ. Court*, lamentando *wrongful birth* e *breach of warranty*. Il giudice Sutter della *Circuit Court of DuPage County* rigettò nel merito *with prejudice* la configurabilità di una *wrongful birth* perché manifestamente infondata, aprendo invece ad una *negligence claim*. L'attrice presentò allora altre nove richieste risarcitorie: due furono subito rigettate *with prejudice*, mentre le altre sette *without prejudice*. Parallelamente al procedimento nazionale, la signora Cramblett agì in giudizio, presentando le medesime richieste anche a livello federale (ritendo il procedimento federale più idoneo a garantire la tutela dei propri diritti). La Corte federale del *Northern District of Illinois* garantì la sospensione del procedimento federale finché non fosse stata definita la causa già pendente a livello nazionale dalla *Appellate Court of Illinois*. Il 27 giugno 2017 la Corte d'Appello dell'Illinois si pronunciò confermando quanto già affermato nella decisine di merito dal giudice Sutter. Il caso è ora pendente di fronte alla *District Court for the Northern District of Illinois*, ma nessuna domanda di risarcimento per danno da nascita è stata fatta valere in giudizio. *Cramblett v. Midwest Sperm Bank*, *Circuit Court of DuPage County*, No. 15-L-282; *Cramblett v. Midwest Sperm Bank*, *District Court for the*



zio la vita indesiderata, caratterizzata dal disagio, sicuramente impattante sulla salute psicologica della stessa? Cercando di risolvere la questione alla luce della pronuncia della Cassazione italiana del 2012, sarebbe possibile riconoscere il danno da vita indesiderata?

4.1 Soggetti legittimati e portata del diritto leso

Un altro punto problematico sollevato dalla pronuncia riguarda la configurazione del diritto e la legittimazione a farlo valere in giudizio. Restando nello stretto ambito medico, immaginiamo una situazione di fatto identica a quella che ha originato il caso n.16754/2012, se non per il fatto che la gestante non sarebbe mai ricorsa l'IVG. Anche in questo caso, il minore, nascendo affetto della sindrome di Down, sarebbe legittimato ad agire per il danno. In questo senso, poiché la donna in nessun caso avrebbe optato per l'aborto, risulterebbe causalmente riconlegata all'evento di danno e quindi responsabile per il risarcimento dello stesso. L'azione rivolta dal bambino direttamente contro i genitori, però, si pone in aperto contrasto con libertà-diritto di procreare, al centro della disciplina sull'IVG. Il rischio, in questi casi, è quello di «far nascere una pratica *self-difensive* di natura strettamente eugenetica, che potrebbe portare, se applicata in termini ampi, a selezionare sulla base di criteri di normalità-anomalia genetica ogni potenziale nascituro»⁵³. In altre parole, vi è il rischio che i genitori, per non affrontare il rischio di essere citati in giudizio dai propri figli, a ciò legittimati dalla nascita menomata, siano indotti ad operare l'aborto ogni volta che si presentino delle malformazioni o delle patologie embrio-fetali, di fatto ledendo il diritto all'autodeterminazione riproduttiva degli stessi.

Tutte queste problematiche sono state poi affrontate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2015⁵⁴. I ricorrenti, infatti, sollevarono, quale secondo motivo di ricorso, la violazione degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione e della legge 29 luglio 1975, n. 405, nella negazione del diritto del figlio, affetto da sindrome di Down, al risarcimento del danno per l'impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa.

La Suprema Corte, riscontra anzitutto la sussistenza di un pensiero giuridico pluriscolare maggioritario secondo il quale il minore, danneggiato prima della sua nascita, non potrebbe agire in giudizio, non avendo capacità giuridica. Tale principio trova positivizzazione all'art. 1 del codice civile⁵⁵ italiano e sancisce l'eccezionalità di tutte quelle situazioni in cui al nascituro, concepito o non ancora concepito, vengono riconosciuti diritti⁵⁶. Tale argomento, sebbene appaia a prima vista preclusivo, non risulta insuperabile. Secondo le Sezioni Unite, infatti, «per proteggere una certa entità [non] occorr[e]

Northern District of Illinois, 16 C 4553. Si vedano S. LENON, D. PEERS, *'Wrongful' Inheritance: Race, Disability and Sexuality in Cramblett v. Midwest Sperm Bank*, in *Feminist Legal Studies*, vol. 25, n. 2, 2017, 141-163; R.A. LENHARDT, *The Color of Kinship*, in *Iowa Law Rev.*, vol. 102, 2017, 2071-2107.

⁵³ C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, vol. 841, 2004, 10.

⁵⁴ Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in biodiritto.org. M. GORGONI, *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2016, 162 ss; L. DIOTALLEVI, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (insindibile) tra soggettività e capacità giuridica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, 2016, 1578B.

⁵⁵ La capacità giuridica si acquista al momento della nascita

⁵⁶ Ad esempio, artt. 254, 320, 462, 784 cod. civ.





necessariamente qualificarla come soggetto di diritto»⁵⁷. Facendo affidamento sull'impostazione stratificatisi nel tempo⁵⁸, secondo cui il nascituro è da considerarsi *oggetto di tutela*, la Corte afferma l'ammissibilità dell'azione del minore, volta al risarcimento del danno ingiusto subito prima della nascita.

Sebbene, come appena riportato, il limite soggettivo sia stato superato, la Corte riscontra invece due profili problematici: il contenuto stesso del diritto e il rapporto di causalità tra condotta medica ed evento di danno.

Quanto al primo aspetto enunciato, i giudici, partendo dal concetto di *danno-conseguenza*, *ex art. 1223 cod. civ.*, individuano quali situazioni alternative, divise dallo spartiacque dell'illecito, la vita e la non vita da interruzione di gravidanza. Secondo il ragionamento della Corte, questa dicotomia sfocerebbe necessariamente in una contraddizione insanabile: considerare la non vita come un bene della vita. Premurandosi di distinguerlo dal *diritto a staccare la spina*⁵⁹, che presuppone una manifestazione di volontà, la Cassazione riscontra come l'ordinamento non riconosca il *diritto alla non vita*.

Facendo riferimento al secondo profilo enunciato, si riscontra l'insuperabilità dell'inesistenza del nesso causale tra l'evento di danno e la condotta del medico. L'omessa somministrazione di un esame, imperdonabile sotto un profilo di autodeterminazione riproduttiva della donna, non può in alcun modo essere associato alla catena di eventi che hanno portato l'insorgenza di una patologia genetica nel nascituro.

Attribuire al medico la responsabilità di risarcire i futuri danni riconlegati ad una patologia a lui in nessun modo imputabili non risulta condivisibile. Se da una parte è doveroso garantire un equo accesso a strumenti che allevino il disagio associato alla menomazione, tale peso non può essere imposto al solo medico. Laddove le azioni di *wrongful life* trovino un riconoscimento, infatti, il *quantum debatur* viene ricostruito in relazione alle spese speciali che l'individuo dovrà affrontare nel corso della vita a causa della malformazione o della patologia. Una volta accertata l'estranità causale dell'attività medica rispetto alla malformazione, la garanzia della tutela della qualità della vita del soggetto all'interno della società, così come costituzionalmente tutelata all'articolo 2 della costituzione, non può essere responsabilità di un privato, a maggior ragione in assenza di una causa che legittimi la pretesa risarcitoria. Tali condivisibili istanze, infatti, non possono piegare il risarcimento del danno fino ad assegnargli «un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale»⁶⁰, ma dovrebbero piuttosto trovare soddisfazione attraverso i sistemi di welfare nazionale.

Se, dunque, l'astratta riconoscibilità della titolarità ad agire del minore non si debba escludere a priori a causa dell'anteriorità del fatto illecito alla nascita, non si può affermare altrettanto circa il contenuto del diritto vantato e il rapporto di causalità tra condotta del medico ed evento di danno.

⁵⁷ Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibid.*

⁵⁸ *Ex multis* Corte costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, in italgiure.giustizia.it; Cassazione, sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in italgiure.giustizia.it; Cassazione, sez. III, 9 maggio 2000, n. 5881, in italgiure.giustizia.it.

⁵⁹ La Corte definisce infatti l'accostamento tra le due fattispecie come «fallace; oltre a non tener conto dei limiti connaturali al ragionamento analogico, soprattutto in tema di norme eccezionali».

⁶⁰ Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibid.*



5. Conclusioni

Come si è avuto modo di vedere, già dalla metà del XX secolo, la gravidanza e l'evento nascita hanno sollevato una pluralità di problematiche sotto un profilo giuridico. Già il Tribunale di Piacenza evidenziava come, nella ricostruzione del nesso di causalità, spesso le insufficienti conoscenze scientifiche costituissero un problema per il giurista.

A distanza di 70 anni, nonostante i grandissimi passi avanti fatti dalla medicina nella comprensione della riproduzione umana, ancora oggi i casi di *wrongful birth* e *wrongful life* sollevano molte perplessità per gli operatori del diritto. Le nuove conoscenze scientifiche potrebbero facilmente indurre nella tentazione di attribuire la responsabilità di qualsiasi evento di danno al medico, visto come colui che, detenendo la conoscenza scientifica, deve essere in grado di scongiurare, nei confronti di chi vi si affidi, qualsiasi rischio, anche quelli da lui non causati. Qualora si riscontrasse, però, un'estraneità causale del medico rispetto all'insorgere o all'aggravarsi di una patologia, non può essere imposto allo stesso di risarcire un evento che non può in alcun modo essere conseguenza di una sua condotta.

Nella sentenza della Corte di Cassazione del 2012, il concetto di "esistenza diversamente abile", rimanda alla condivisibile necessità di tutela dell'interesse alla dignità personale del nato, leso non tanto dei medici, quanto dallo Stato inadempiente nel garantire adeguato supporto a chi viene al mondo con gravi disabilità. La responsabilità civile, però, non può e non deve essere forzata fino a concepire il risarcimento come un'alternativa forma previdenziale indebitamente addossata al medico, dimenticando la sua finalità: la ristorazione del danno ingiusto.

Forse anche per quanto riguarda la sentenza della Cassazione del 2012 si potrebbe parlare di un "*arrêt de provocation*", visto l'evidente intento di portare al centro dell'attenzione un vuoto assistenziale, ma, diversamente da quanto è accaduto per il caso *Perruche*⁶¹, il Legislatore italiano tarda a cogliere le istanze di cui la giurisprudenza si fa portavoce, sempre più spesso, trovandosi di fronte ad una vera e propria latitanza del Potere legislativo.

⁶¹ C. Piocchi, *L'arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio "insanabile"?*, in *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, 2001, 677 ss.



Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri

Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato

Barbara Sgorbati*

WRONGFUL BIRTH AND WRONGFUL LIFE: DELICATE BALANCES BETWEEN WOMEN'S SELF-DETERMINATION AND DIGNITY OF THE SICK SON

ABSTRACT: This paper will explore the matter of wrongful birth and wrongful life suits, focusing on how it has been addressed by the courts (both from a comparative and from a national point of view) and on its impact on some of the main values involved, especially on women's autonomy and on equal dignity of disabled people.

KEYWORDS: Birth; life; tort; dignity; self-determination

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Wrongful birth e wrongful life: definizioni e concetti – 3. Wrongful birth e wrongful life: prospettive di diritto comparato – 4. La giurisprudenza italiana in materia di wrongful birth e wrongful life – 5. Azioni di wrongful birth e autodeterminazione della donna – 6. Wrongful life e configurabilità di un obbligo di interrompere la gravidanza nell'interesse del nascituro – 7. Wrongful life e dignità umana: tutela del concepito e diritti delle persone disabili – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Lo sviluppo delle metodologie di diagnosi prenatale, l'ampliamento dello spazio riconosciuto all'autodeterminazione nelle scelte riproductive e le possibilità offerte dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno portato in anni recenti gli ordinamenti giuridici a confrontarsi con problematiche inedite, che non di rado hanno messo alla prova i criteri ermeneutici tradizionali.

Uno di questi temi è quello della riconoscibilità di una figura di danno risarcibile nel caso di una "nascita indesiderata" (c.d. "wrongful birth") e/o di una "vita menomata" (c.d. "wrongful life").

Si tratta di temi complessi, implicanti non pochi risvolti etico-filosofici, che hanno visto le Corti dei diversi Paesi adottare soluzioni diverse e, talvolta, i legislatori intervenire direttamente.

Il presente lavoro tenterà innanzitutto di definire correttamente la portata delle questioni in gioco, anche attraverso una breve analisi di tipo comparatistico, per poi soffermarsi sugli orientamenti della giurisprudenza nazionale (culminati nell'arresto delle Sezioni Unite del 2015) ed infine cercare di evidenziare gli aspetti etico-giuridici più significativi e delicati delle tematiche trattate, anche e soprattutto in rapporto con l'autodeterminazione della donna così come riconosciuta dalla L. 194/1978 – di cui ricorre quest'anno il quarantesimo anniversario –, con la tutela del concepito prevista dal nostro ordinamento e con il pieno rispetto della dignità e dei diritti delle persone disabili.

* Avvocato del Foro di Piacenza. Email: barbarasgorbati@virgilio.it. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata a "Biodiritto: 1978-2018".





2. Wrongful life e wrongful birth: definizioni e concetti

Al fine di approfondire – per quanto possibile in questa sede – i molteplici e delicati aspetti dei temi trattati, occorre in primo luogo un chiarimento terminologico, dato che le espressioni *wrongful birth* e *wrongful life*, comunemente utilizzate anche in ambito comparatistico¹, indicano due situazioni (ed eventualmente due azioni risarcitorie) ben distinte fra loro.

Quanto alla prima, già nel 1986 Steinbock² definiva l'azione di *wrongful birth* come «suit brought by parents who claim that because of negligence on the part of health care providers, either in performing incomplete sterilizations or abortions or in giving improper advice about the risk of having handicapped children, they have been wrongfully deprived of the option to abort»; il danno “da nascita indesiderata”, cioè, è quel danno che viene lamentato dai genitori per la nascita non voluta di un figlio, considerata un pregiudizio, che avrebbe potuto essere evitato se il personale sanitario avesse correttamente effettuato l'intervento di aborto o di sterilizzazione o la prescrizione di contraccettivi (in questi due ultimi due casi si parla anche di “*wrongful conception*”) ovvero la diagnosi di anomalie e patologie nell'embrione o nel feto³. Quest'ultima ipotesi (in cui il medico non ha adeguatamente avvertito circa il rischio della nascita di un figlio malato, impedendo in tal modo una “truly informed decision”) è quella che interesserà maggiormente in rapporto al tema trattato, perché si pone più agevolmente in relazione con la questione del danno da *wrongful life*.

In questo secondo caso, infatti, si allega che «the physician, by failing to inform the parents adequately, is responsible for the birth of an impaired child who otherwise would not have been born and therefore would not have experienced the suffering caused by the impairment»⁴; si parla in questo caso di “danno da vita non voluta” o da “malesistenza”, in cui si hanno “damages arising from being born”⁵: in nome e per conto di chi è venuto al mondo in una situazione di svantaggio fisico o mentale, si agisce contro il medico che ha contribuito, con la propria condotta negligente, a cagionarne la nascita in uno stato di degradata qualità della vita⁶.

¹ Gli autori di lingua spagnola utilizzano anche le espressioni *perjuicio de nacer* e *perjuicio de vivir*, v. L. COLMAN VEGA, *Wrongful life y Wrongful birth*, consultabile all'indirizzo www.academia.edu/15601658/Wrongful_life_y_Wrongful_birth (ultima consultazione 27/07/2017).

² B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 16, No. 2 (Apr. 1986), p. 15; per le definizioni di *wrongful birth* e *wrongful life*, si veda anche M. C. AGNELLO, *La responsabilità medica nelle ipotesi di wrongful birth e wrongful life*, consultabile all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/articolo/la-responsabilità-medica-nelle-ipotesi-di-wrongful-birth-e-wrongful-life-maria-carmen-agnello> (ultima consultazione 22/10/2018).

³ P. CORSINI, *Danno da nascita indesiderata e da malesistenza*, 2009, consultabile all'indirizzo <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=2172> (ultima consultazione 06.09.2018); sulle definizioni di *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* e *wrongful life*, si veda anche R.R. FRASCA, *Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Journal of Forensic Economics*, 19(2), 2006, p. 185.

⁴ B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 15.

⁵ B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16; R.R. Frasca, *op. cit.*, p. 187, evidenzia come nei casi di *wrongful life* «The harm is the birth of a defective child. A wrongful birth of life action assumes that but for the malpractice, the child would not have been born. (...) The injury is life itself.».

⁶ P. CORSINI, *op. cit.* p. 1.





3. Wrongful birth e wrongful life: prospettive di diritto comparato

La giurisprudenza in materia di *wrongful birth* e *wrongful life* si è formata inizialmente negli Stati Uniti: se in una prima fase (ad es. nella sentenza *Gleitman v. Cosgrove* del 1967⁷), venivano rigettate sia le istanze delle madri – dato che l'aborto era reato – che quelle dei figli nati malati, dopo la nota sentenza *Roe v. Wade* del 1973 (che ha riconosciuto la possibilità di interrompere legalmente la gravidanza e quindi il “right not to have a child”⁸), si cominciò a riconoscere una responsabilità civilistica in capo al personale sanitario la cui negligenza fosse risultata nella nascita di un bambino (sano ma) non voluto, ovvero nella nascita di un bambino malato; le Corti continuavano tuttavia ad essere riluttanti a risarcire un danno in capo al bambino per la vita “segnata” dalla malattia⁹.

Nel 1984, ad esempio, la sentenza *Procanik v. Cillo* della Corte Suprema del New Jersey riconobbe al bambino i danni per le spese mediche straordinarie, ma non per il danno da vita menomata¹⁰; nello stesso anno, la Court of Appeal di New York negò il risarcimento ad una bambina di 8 anni, nata con la sindrome di Down dopo che la madre si era sottoposta ad amniocentesi che non aveva rilevato la patologia¹¹.

In Canada, così come in Australia, i tribunali tendono a riconoscere il danno da *wrongful birth* ma non quello da *wrongful life*¹².

Si evidenzia in dottrina¹³ che, negli ordinamenti di *common law*, le azioni di *wrongful life* tendono ad essere inquadrati nell'ambito del *tort of negligence* (corrispondente al nostro illecito contrattuale, o danno da inadempimento), che non contempla tra i suoi elementi essenziali la lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento; tale aspetto rappresenta, invece, proprio l'elemento più problematico per il riconoscimento di tale figura di danno negli ordinamenti europei continentali.

La difficoltà affrontata dalle Corti nordamericane e britanniche consisteva soprattutto nella quantificazione del pregiudizio, risultando difficoltoso, se non impossibile, il paragone tra la non-nascita e la vita con handicap¹⁴. Su tali basi, nel 1982, la Court of Appeal inglese rigettò le richieste risarcitorie

⁷ *Gleitman v. Cosgrove*, New Jersey Supreme Court, 06 marzo 1967; si veda il commento in B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16.

⁸ B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit. p. 16.

⁹ Tale riluttanza viene spiegata da L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 134, come applicazione del principio secondo cui «es mejor el ser que el no ser»; alcuni autori, come B. MARKESINIS - H. UBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, Oxford-Portland, 2002, p. 181, parlano di «a limited recognition of a wrongful life claim».

¹⁰ *Procanik v. Cillo* [1984], New Jersey Supreme Court, 478 A.2d 757; si veda il commento in B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16.

¹¹ *Alquijay v. St Luke's-Roosevelt Hospital*, 63 N.Y.2d 978, 473, N.E.2d 244 (1984); si veda il commento in B. STEINBOCK, *The Logical Case for “Wrongful Life”*, cit., p. 16.

¹² L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 55-59.

¹³ F. ZECCHIN, *Spunti di natura comparatistica in tema di danno da “wrongful”life*, *Jus-online*, n. 3/2015, p. 3; E. FALLETTI, *Danno da nascita indesiderata il dibattito italiano si divide tra common law e civil law*, in *In Pratica Legale Famiglia*, 15.10.2018.

¹⁴ F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 5; V. MONTANI, *Nascite indesiderate tra danno e santità della vita. Alcune riflessioni comparate*, in *Biodiritto*, 2012, p. 143 ss.



avanzate per conto di una bambina nata parzialmente sorda e cieca, ritenendo di non poter effettuare una comparazione tra *injured life* e *non existence*¹⁵.

Nei Paesi di *civil law*, invece, il tema era quello di identificare quale fosse il “danno ingiusto” subito dal minore e quindi quale fosse il “bene della vita” leso dalla condotta negligente del personale sanitario.

Nel sistema francese, ad esempio, l’azione è stata inquadrata nello schema del contratto a favore di terzo (art. 1121 Code Civil), rilevando quindi, in primo luogo, l’inadempimento del sanitario; tuttavia, in questa fattispecie, l’azione del terzo richiede comunque il danno *contra ius*, e pertanto si pone comunque la necessità di verificare se vi sia una situazione soggettiva concretamente lesa¹⁶.

In un caso poi divenuto celebre, il Tribunale di primo grado e la Corte d’Appello avevano rigettato la domanda, non sussistendo legame causale tra l’errore diagnostico del sanitario (che non aveva rilevato il contagio da rosolia nella gestante, la quale aveva così portato a termine la gravidanza) e le patologie poi manifestatesi nel bambino, posto che tali patologie non avrebbero potuto essere evitate nemmeno con il corretto adempimento del medico. La Corte di Cassazione¹⁷, invece, con una pronuncia che aderiva all’orientamento di una precedente sentenza del 1996 e che sarebbe stata ricordata come “*l’arrêt Perruche*” (dal cognome della famiglia coinvolta), accolse entrambe le domande risarcitorie proposte dai genitori: sia quella introdotta in nome proprio (configurabile propriamente come azione di “danno da nascita indesiderata”), sia quella avanzata in nome del figlio Nicholas¹⁸.

In Spagna, il Tribunale Supremo già nel 1997 riconosceva il danno da nascita indesiderata alla madre, ma ancora nel 2008 negava il risarcimento ad una bambina nata con la sindrome di Down, sulla base del principio che «*toda vida humana es digna de ser vivida*»¹⁹.

Nell’ordinamento tedesco, l’azione di *wrongful life* viene inquadrata nello schema del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, ma – mentre viene riconosciuto l’indennizzo ai genitori – viene generalmente negata la configurabilità di un “diritto a non nascere se non sano”²⁰.

In Belgio²¹ e in Olanda²² (Paesi nei quali è prevista anche per i minori la possibilità di ricorrere al suicidio assistito o all’eutanasia), sono state accolte domande risarcitorie per danni da *wrongful life*, configurando il risarcimento come volto a mitigare le sofferenze che la persona nata con disabilità

¹⁵ *McKay and Another v. Essex Area Health Authority* [1982], QB, p. 1166.

¹⁶ F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 9; F. CHABAS, *Note*, in *JPC*, 2000, p. 2309.

¹⁷ Cour de Cassation, arrêt du 17 novembre 2000, pourvoi n. 99-13-701 ; si veda il commento di P. BENKIMOUN, *L’arrêt Perruche*, 2003, consultabile all’indirizzo http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/2003/93/l_arret_perruche (ultima consultazione 03.08.2017)

¹⁸ Per un ampio commento alla sentenza, si veda C. LABRUSSE-RIOU, *L’arrêt du 17 novembre 2000 et ses significations: analyse juridique*, in *Laennec*, 2002/2, vol. 50, p. 8-26.

¹⁹ Tribunal Supremo, 4 novembre 2008, recurso n. 4936/2004, p. 2-3; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 16; sugli indirizzi giurisprudenziali spagnoli, si veda anche D. VARGAS ARAVENA, *Responsabilidad civil médica por falta de información en algunos casos de Wrongful conception a tenor de la jurisprudencia española*, in *Gaceta Jurídica*, 2007, n. 314, p. 31.

²⁰ F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 13; B. MARKESINIS - H. UBERATH, *op. cit.*, p. 170.

²¹ Tribunal de première instance de Bruxelles 21 avril 2004, in *J.T.*, 2004, p. 716 ss; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 14.

²² *Hoge Raad* 18 March 2005, C03/206HR; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 14.



non avrebbe dovuto sopportare (o avrebbe avuto la *chance* di non sopportare) in assenza dell'errore diagnostico²³.

Anche in seguito alle pronunce giurisprudenziali citate, diversi ordinamenti hanno visto un intervento legislativo volto a limitare la possibilità di riconoscere un risarcimento del danno nei casi di *wrongful life*.

Negli Stati Uniti, diversi Stati hanno espressamente limitato le azioni di *wrongful life* e – in alcuni casi – anche quelle di *wrongful birth*. In Idaho, per esempio, è stata adottata una norma che così recita: «A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted»²⁴; analoghe scelte legislative si registrano anche negli Stati del Dakota, del Minnesota e dello Utah²⁵.

Nel Regno Unito, al *Congenital Disabilities Act* del 1976 – il quale già prevedeva la possibilità del risarcimento nel solo caso in cui la patologia del bambino trovasse ragione in un errore medico (in assenza del quale, il bambino sarebbe nato sano), e non anche in quello in cui l'errata diagnosi non avesse impedito la nascita di un bambino malato – è stata più recentemente aggiunta, dal *Human Fertilization and Embryology Act*, una disposizione che prevede la risarcibilità del danno per la disabilità che risulti da azioni od omissioni nel corso della selezione o conservazione o utilizzazione degli embrioni da impiantare, ma non dalla mancata diagnosi di una patologia nell'embrione che è stato poi impiantato: pare quindi che l'ordinamento britannico intenda confermare la linea per cui il medico è responsabile nei confronti del bambino quando un comportamento alternativo diligente avrebbe evitato l'insorgere della patologia, ma non anche quando l'adempimento del *duty of care* avrebbe evitato la nascita²⁶.

In Francia, la *Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*, n. 303/2002, emanata in reazione proprio all'*arrêt Perruche*, ha stabilito espressamente che «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance» e che il risarcimento può essere chiesto solo «lorsque l'act fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer»²⁷.

Dall'analisi comparativa dei diversi ordinamenti europei e non, l'orientamento giurisprudenziale e legislativo prevalente appare, quindi, quello volto ad accogliere le azioni di danno da *wrongful birth* e a rigettare invece la risarcibilità di un danno da *wrongful life*.

²³ F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 15.

²⁴ Idaho Code, Ann. 5-334 (1) (2008).

²⁵ Sul punto L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 53.

²⁶ Sul tema ancora F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 8; G. ROBERTSON, *Wrongful life*, in MLR, 1982, p. 698.

²⁷ In merito all'*arrêt Perruche* e alla c.d. *Loi Kouchner*, si veda J. MONET, *Le suites de l'arrêt Perruche et de la loi Kouchner* – che sottolinea come il Conseil d'Etat abbia ritenuto tale indirizzo legislativo, deciso «pour des motifs d'intérêt général, tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et du traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées», compatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (anche se la Corte Europea lo giudicò in contrasto con la Convenzione per quanto riguardava l'efficacia retroattiva per le cause già in corso) – consultabile all'indirizzo <http://droit-medical.com/perspectives/la-forme/76-suites-arret-perruche-loi-kouchner> (ultima consultazione 19/10/2018).



4. La giurisprudenza italiana in materia di **wrongful birth** e **wrongful life**

I casi di richieste risarcitorie per “danno da nascita indesiderata” o da “mal esistenza” nel nostro Paese sono relativamente recenti, anche se un antecedente si può rinvenire in una sentenza del Tribunale di Piacenza del 1950²⁸: una figlia adulterina, nata affetta da una malattia consapevolmente trasmessa dai genitori, ottenne il risarcimento del danno sulla base dell’argomentazione che «il trasmettere attraverso la generazione (...) una condizione morbosa (...) è fatto contrario al diritto»; tale precedente restò, tuttavia, a lungo isolato.

Con il tempo, le domande risarcitorie di questo tipo si fecero più frequenti, e la giurisprudenza iniziò a sviluppare orientamenti contrastanti.

Nel 2009, ad es., la Corte di Cassazione²⁹ si confrontava con il caso di una donna incinta affetta da talassemia: il medico aveva trascurato di valutare correttamente gli esami del marito, portatore dalla stessa malattia, e non aveva quindi informato la gestante sulle possibili condizioni di salute del nascituro; era poi nata una bambina affetta da una grave forma della patologia ereditata dai genitori. La Corte – ricostruendo il rapporto tra gestante e ginecologo come contratto ad effetti protettivi nei confronti di terzi – riconosceva il risarcimento del danno (patrimoniale e non patrimoniale) ai genitori, perché la gestante, non correttamente informata, non aveva potuto valutare la possibilità di interrompere la gravidanza, ai sensi della L. 194/1978. Per quanto riguarda la minore, invece, il risarcimento veniva negato, sulla base del fatto che, ai sensi dell’art. 1 c.p., il concepito non è titolare di alcun diritto prima della nascita, e quindi non può vantare nemmeno il diritto a non nascere se non sa- no; poiché inoltre la normativa italiana consente l’interruzione di gravidanza in presenza di anomalie o malformazioni solo ove queste incidano negativamente sulla salute della madre, non avrebbe potuto configurarsi una pretesa a non nascere ove affetto da gravi patologie³⁰.

Con una pronuncia del 2013³¹, relativa al caso di una bambina nata con spina bifida nonostante l’ecografia non avesse rilevato alcuna anomalia, la Corte di Cassazione (pur criticando l’orientamento che configurava di fatto una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle condizioni per l’interruzione di gravidanza sulla base della mera allegazione della donna che, se fosse stata informata delle malformazioni, vi avrebbe fatto ricorso) cassava la sentenza d’appello che - non valutando correttamente le risultanze istruttorie - aveva negato il risarcimento del danno alla madre; non accoglieva invece il ricorso per quanto riguardava i danni asseritamente subiti dalla figlia, trattandosi di questione nuova rispetto alla sentenza di appello. Con un’altra sentenza del 2012, invece, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto³² il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, oltre che ai genitori, anche al bambino nato affetto da malformazioni (nella specie, sindrome di Down) non diagnosticate nel corso della gravidanza, nonché ai fratelli e alle sorelle³³.

²⁸ Tribunale di Piacenza, 31.07.1950, in Foro it. 1951, I, p. 987 ss.

²⁹ Cass. Civ., sez. III, 11.05.2009, n. 10741.

³⁰ Per un’analisi della sentenza, si veda P. CORSINI, *op. cit.*, p. 2 ss.

³¹ Cass. Civ., sez. III, 22.03.2013, n. 7269.

³² Cass. Civ., sez. III, 02.10.2012, n. 16754.

³³ L. NAGERO, *Danno da nascita indesiderata: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento*, in *Giuricivile*, 2018, 8.



I contrasti giurisprudenziali riguardavano soprattutto due punti fondamentali: da un lato, l'onere della prova in relazione alla pretesa risarcitoria della madre e, dall'altro, la legittimazione attiva in capo al concepito poi nato malformato. La questione è stata quindi rimessa alle Sezioni Unite che l'hanno risolta con la sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015³⁴.

Quanto all'onere della prova, un primo orientamento, più rigoroso, sosteneva che l'inadempimento da parte del medico dell'obbligo di corretta informazione non rilevasse a fini risarcitorii se la paziente non provava la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 6 L. 194/1978 per il ricorso all'aborto terapeutico³⁵; la donna doveva anche provare che, se fosse stata adeguatamente informata, avrebbe scelto l'IVG³⁶; non erano sufficienti le allegazioni o il ricorso a criteri statistici o a presunzioni³⁷.

Il secondo orientamento³⁸, invece, alleggeriva l'onere probatorio, presumendo dalla malattia psichica insorta dopo il parto la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 6, considerando come corrispondente a regolarità causale che la donna se informata tempestivamente delle malformazioni avrebbe scelto di abortire, ovvero ritenendo sufficiente che la madre allegasse che avrebbe fatto ricorso all'IVG se avesse avuto conoscenza della patologia del nascituro.

Le Sezioni Unite hanno al riguardo confermato che «l'impossibilità della scelta della madre (...) imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico curante, è fonte di responsabilità civile», ma hanno chiarito che devono essere provati sia la presenza di rilevanti anomalie del nascituro che il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute psico-fisica della donna [tali da legittimare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza], nonché la volontà della gestante - ove fosse stata correttamente informata - di non portare a termine la gravidanza. La prova di quest'ultimo elemento è particolarmente delicata, trattandosi di un fatto psichico di cui non si può fornire rappresentazione immediata e diretta: ma l'onere probatorio può essere assolto tramite dimostrazione di altre circostanze (ad es. il ricorso al consulto medico per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, pregresse manifestazioni di pensiero, etc.) da cui si possa risalire induttivamente al fatto psichico da accettare.

Al principio sancito dalle Sezioni Unite si è conformata anche la recentissima sentenza n. 19151/2018, che ha ribadito come «in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza – ricorrendone le condizioni di legge – ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite *praesumptio hominis*, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale»³⁹. Si noti che la giurisprudenza tende ormai pacificamente a riconoscere il danno da nascita indesiderata.

³⁴ Cass. Civ., SS.UU., 22.12.2015, n. 25767.

³⁵ Cass. Civ., sez. III, 24/03/1999, n. 2793; Tribunale di Roma, 12.07.2005; Cass. Civ., sez. III, 13.07.2011, n. 15386.

³⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 22.03.2013, n. 7269.

³⁷ Cass. Civ., sez. III, 10.12.2013, n. 27528.

³⁸ Cass. Civ., sez. III, 10/05/2002, n. 6735; Cass. Civ., sez. III, 13.07.2011, n. 15386.

³⁹ Cass. Civ., sez. III, 19.07.2018, n. 19151.



ta anche al padre⁴⁰ e che il danno ricomprende non soltanto il danno alla salute psico-fisica della donna, ma anche quello sofferto da entrambi i genitori per la lesione della loro libertà di autodeterminazione⁴¹, oltre al danno economico consistito nelle ulteriori spese di mantenimento della persona nata con malformazioni⁴².

Quanto alla legittimazione attiva del figlio, alcune pronunce⁴³ la negavano sulla base del rilievo che l'ordinamento tutela il concepito verso la nascita e quindi riconosce se mai un "diritto a nascere" e "a nascere sano", non un "diritto a non nascere" o "a non nascere se non sano"; altre sentenze⁴⁴ affermavano che anche il figlio potesse agire in giudizio, sulla base della propagazione degli effetti intersoggettivi dell'illecito rappresentato dalla violazione del diritto della madre all'autodeterminazione, al fine di «alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della propria personalità».

Sul punto, le Sezioni Unite hanno ribadito che la circostanza che al momento della condotta del medico il nascituro non fosse ancora soggetto di diritto (non essendo, ex art. 1 c.c., titolare della capacità giuridica) non costituisce ostacolo al risarcimento del danno, laddove sia accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra il comportamento colposo – anche anteriore alla nascita – e il danno derivato al soggetto che ha poi acquisito con la nascita la personalità giuridica⁴⁵. In ogni caso, pur non essendo ancora titolare di situazioni giuridiche soggettive proprie, il concepito è considerato oggetto di tutela da numerose norme dell'ordinamento, quali l'art. 1 L. n. 40/2004 (che lo annovera espressamente tra i soggetti tutelati), lo stesso art. 1 L. n. 194/1978 (che "tutela la vita umana dal suo inizio"), la L. n. 405/1975 sui consultori familiari e l'art. 254 c.c. (che prevede la possibilità di riconoscere il figlio non ancora nato)⁴⁶.

In linea di principio, quindi, l'azione del minore, volta a ottenere il risarcimento di un danno cagionatagli durante la gestazione, è ammissibile; tuttavia, perché si possa accogliere la domanda risarcitoria, deve essere possibile una comparazione tra due situazioni alternative (prima o dopo, in assenza o in presenza dell'illecito): nel caso di specie il termine di paragone rispetto alla vita malformata (non essendovi alcuna responsabilità del medico nel danneggiamento del feto) non è il nascere sani, ma la non-vita. E la non-vita non può essere considerata un "bene della vita"; il bene leso non può essere l'omessa interruzione della vita.

⁴⁰ Cass. Civ., sez. III, 05.02.2018, n. 2675 ; Cass. Civ., sez. VI, 01.02.2017, n. 2675.

⁴¹ Cass. Civ., sez. III, 29/01/2018, n. 2070.

⁴² Corte appello Roma, sez. III, 28.07.2017, n. 5179; Cass. Civ., sez. III, 05.06.2012, n. 8984.

⁴³ Cass. Civ., sez. III, 29.07.2004, n. 14488; Cass. Civ., sez. III, 11.05.2009, n. 10741; M. C. AGNELLO, *op. cit.*, p. 20, evidenzia il riconoscimento del diritto del nascituro a nascere sano, ma critica il mancato riconoscimento del diritto a non nascere se non sano.

⁴⁴ Cass. Civ., sez. III, 03.05.2011, n. 9700; Cass. Civ., sez. III, 02.10.2012, n. 16754.

⁴⁵ Le SS. UU. ribadiscono quanto affermato in Cass. Civ., sez. III, 22 novembre 1993, 11503.

⁴⁶ Sul tema L. DIOTALLEVI, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (inscindibile) tra soggettività e capacità giuridica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2016, p. 1578B; si veda anche M. C. AGNELLO, *op. cit.*, p. 8; più in generale sullo statuto del nascituro F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 26, secondo cui «il concepito rappresenta un centro autonomo di rapporti giuridici in previsione ed in attesa della nascita» ed è «comunque un soggetto giuridico in relazione a tutte quelle posizioni che gli competono in vista di interessi meritevoli ed attuali» e P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. Critica dir. privato*, 1997, p. 107.



Pertanto, ad oggi, l'orientamento consolidato della giurisprudenza italiana, non discostandosi dalla scelta che appare prevalente nella maggior parte degli ordinamenti, ammette la risarcibilità del danno da *wrongful birth* ma non di quello da *wrongful life*.

5. Azioni di *wrongful birth* e autodeterminazione della donna

L'accoglimento delle azioni di *wrongful birth* è evidentemente possibile solo negli ordinamenti che riconoscono alla donna un certo grado di autonomia nelle scelte relative alla c.d. salute riproduttiva: nei Paesi in cui l'aborto non è consentito o è soggetto a stringenti imitazioni, è difficilmente immaginabile che la donna possa agire in giudizio allegando di essere stata privata della sua autodeterminazione o della sua dignità per non aver potuto interrompere la gravidanza⁴⁷.

Le sentenze che ammettono il "danno da nascita indesiderata", del resto, si fondano essenzialmente sul rilievo che, in mancanza di una corretta informazione sulle condizioni di salute del nascituro, la gestante non è stata posta in condizioni di esercitare il proprio diritto di valutare se portare a termine la gravidanza o interromperla⁴⁸.

Si rende, tuttavia, necessaria una precisazione.

Nel nostro ordinamento non vige una libertà assoluta della donna di scegliere l'interruzione di gravidanza, nemmeno laddove il feto presenti gravi patologie; per quanto ciò sia comunemente percepito come socialmente diffuso e accettabile, e persino diverse pronunce giurisprudenziali⁴⁹ precedenti all'arresto delle Sezioni Unite considerassero corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompesse la gravidanza se informata di gravi malformazioni, ciò non corrisponde a quanto previsto dal legislatore italiano con la L. 194/1978.

Pare opportuno ricordare, al riguardo, che la legge italiana (art. 6 L. 194/1978) consente alla donna di interrompere la gravidanza dopo il novantesimo giorno di gestazione solo a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o – ed è il caso che ci interessa – b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

In questi casi, poiché sono in gioco beni fondamentali di cui la donna è titolare e la cui importanza primaria consente un bilanciamento con la vita del nascituro, le è consentito scegliere di abortire: ma la motivazione risiede nel pericolo per la salute della madre, non nelle anomalie o disabilità riscontrate nel feto.

La stessa Cassazione ha avuto in passato occasione di chiarire che «la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto»⁵⁰ e che, ad esempio, «la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978 per far luogo all'interruzione della gravidanza

⁴⁷ L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁸ Sul tema V. MIRMINA, *Risarcimento del "danno da nascita indesiderata" quale violazione del diritto di autodeterminazione della donna ed onere probatorio*, GiustiziaCivile.com, 24.01.2018, nota a commento di Cassazione civile, sez. III, 11.04.2017, n.9251.

⁴⁹ Cfr Cass. Civ., sez. III, 29.07.2004, n. 14488; Cass. Civ. 10.05.2002, n. 6735.

⁵⁰ Cass. Civ., sez. III., 29.07.2004, n. 14488.



dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile.»⁵¹.

Il diverso orientamento sopra citato, che fa riferimento alla “regolarità causale” della scelta abortiva in tali condizioni, non solo rappresenta un’interpretazione giurisprudenziale creativa *contra legem*⁵², ma riflette una prassi che, come viene osservato in dottrina⁵³, ha pian piano snaturato la concezione fatta propria dalla L. 194/1978, configurando un’ipotesi di aborto che solo ricorrendo a vere e proprie *fictiones iuris* si può definire “terapeutico”.

Nell’impianto normativo italiano, l’aggettivo “terapeutico” può, evidentemente, fare riferimento solo alle esigenze di salute della gestante: l’interruzione della gravidanza non ha alcun risvolto “terapeutico” per il feto, che viene soppresso e non curato; ammettendo che l’aborto possa essere motivato *sic et simpliciter* dalle malformazioni del nascituro, si sconfinerebbe in pratiche di aborto “eugenetico” che – come ribadito anche dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2015 – sono espressamente vietate dalla legge⁵⁴.

Altri ordinamenti – per esempio quello britannico, in cui in presenza di disabilità del concepito l’interruzione di gravidanza è possibile senza limiti temporali e senza particolari requisiti⁵⁵ – hanno fatto scelte diverse: ma nel quadro normativo e giurisprudenziale italiano, “autodeterminazione della donna” non significa diritto assoluto della stessa di decidere in qualsiasi senso e per qualsiasi ragione del destino del concepito; non si potrà non tenerne conto nella riflessione sul tema del danno da *wrongful birth*.

6. **Wrongful life e configurabilità di un obbligo di interrompere la gravidanza nell’interesse del nascituro**

L’accoglimento delle domande risarcitorie di *wrongful life* implica l’affermazione che il soggetto ha subito un danno per il fatto di essere nato con determinate patologie o handicap⁵⁶; implicitamente quindi, si dice che il danneggiato (per non essere tale) non avrebbe dovuto nascere.

⁵¹ Cassazione civile, sez. III, 11.04.2017, n. 9251.

⁵² F. AGNINO, *Danno da nascita indesiderata alle Sezioni Unite la parole su onere della prova e legittimazione del concepito*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 17.03.2005, p. 4.

⁵³ M. GERBI, E. MAZZILLI, *Dalla vis espansiva dell’azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo “stato funzionale di infermità” come lasciapassare per l’esplicito accoglimento dell’azione di wrongful life*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2, 2013, p. 1022.

⁵⁴ F. AGNINO, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁵ L’Abortion Act del 1967 stabilisce che «When there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped there is no legal limit as to when abortion can take place.»; si segnala al riguardo che la Disability Rights Commission (DRC) britannica, pur non considerando in sé l’Abortion Act in contrasto con il Disability Discrimination Act evidenzia come la parte relativa alla disabilità «reinforces negative stereotypes of disability; and there is substantial support for the view that to permit terminations at any point during a pregnancy on the ground of risk of disability, while time limits apply to other grounds set out in the Abortion Act, is incompatible with valuing disability and non-disability equally».

⁵⁶ R.R. FRASCA, *op. cit.*, p. 189, evidenzia come in questi casi «abortion is the foregone desired outcome».



La responsabilità di non avere impedito la nascita “dannosa” viene imputata al medico negligente, ma, a rigor di logica, non si può escludere che possa essere estesa ad altri soggetti.

Non è mancato ad esempio chi⁵⁷ si è posto il quesito se vi possa essere un obbligo morale di evitare o ritardare la procreazione, nell’interesse del bambino che, se nascesse, non avrebbe la possibilità di una vita minimamente decente (a causa di una patologia ereditaria o di una situazione più o meno contingente dei genitori che non li rende in grado di provvedere a lui); tuttavia, pur ritenendo che in tali ipotesi la procreazione vada evitata (e che possa essere giustificato il ricorso all’aborto), non si è giunti a ritenere che possa considerarsi immorale la decisione di non abortire, o che vi sia un obbligo di ricorrere alla fecondazione assistita con tecniche di diagnosi pre-impianto, trattandosi di procedure fisicamente e psicologicamente invasive per la donna, che non possono essere imposte⁵⁸.

Se non si può configurare un obbligo morale, tanto meno – a parere di chi scrive – si potrebbe ipotizzare un obbligo giuridico in tal senso; eppure, se si riconosce in capo al nato malformato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di una situazione soggettiva protetta dall’ordinamento, non è da escludere che tale diritto possa essere fatto valere nei confronti di tutti i soggetti che siano responsabili del danno, inclusi quindi non solo il medico ma, in ipotesi, anche la madre che, pur resa edotta della patologia del figlio, abbia scelto di portare a termine la gravidanza; anzi, l’estensione di tale responsabilità potrebbe essere giustificata dal fatto che, altrimenti, risulterebbero discriminate – sotto il profilo della tutela risarcitoria – le persone nate disabili non per errata o tardiva diagnosi del medico, ma per scelta della madre⁵⁹.

Quello del rischio di configurare una responsabilità in capo alla madre è un argomento sollevato da diverse corti interpellate su questioni di *wrongful life*: già nella citata sentenza *McKay and Another v. Essex Area Health Authority* del 1982, la Court of Appeal inglese evidenziava il rischio di legittimare una richiesta risarcitoria nei confronti della madre che, pur essendo stata correttamente informata del rischio di mettere al mondo un bambino con handicap, avesse scelto consapevolmente di proseguire la gravidanza, nonché quello di configurare per il medico un obbligo di procurare l’aborto in presenza di patologie del feto⁶⁰; gli stessi giudici delle Sezioni Unite, nella motivazione della pronuncia del 2015, hanno sollevato il dubbio che l’affermazione di una responsabilità del medico verso il nato possa aprire la strada ad un’analoga responsabilità nei confronti della madre che, benché correttamente informata, avesse scelto di portare a termine la gravidanza, ciò che comporterebbe un obbligo della madre di abortire.

Il pericolo di pressioni in tal senso è stato rilevato anche dal Comité Consultatif National d’Ethique francese, interpellato a seguito dell’affaire *Perruche*, secondo cui riconoscere la responsabilità del

⁵⁷ B. STEINBOK, *Wrongful Life and Procreative Decisions*, in *International Library of Ethics, Law, and the New Medicine*, 2009, p. 155.

⁵⁸ Si veda al riguardo la sentenza n. 564/2012 del Tribunale di Reggio Emilia che (sebbene non con riferimento ad un ipotetico interesse del nascituro, ma con riguardo all’IVG come eventuale misura per limitare i danni derivanti dall’errore diagnostico) così ha affermato «L’esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto all’aborto non comporta che tale diritto debba essere esercitato, ben potendo sussistere ragioni etiche, morali o religiose che impediscono tale scelta. D’altra parte, altro è la scelta di non procreare, altro è quella di porre termine ad una gravidanza già in corso, decisione quest’ultima che risulta carica di ripercussioni, fisiche e psicologiche, per la donna.».

⁵⁹ F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ *McKay and Another v. Essex Area Health Authority* [1982], cit., p. 1181 e 1176; v. F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 6.



medico nei confronti del minore nato con patologie «risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens une pression normative d'essence eugénique»⁶¹.

Al riguardo si è correttamente osservato che «un diritto a non nascere sarebbe incompatibile con il diritto alla procreazione dei genitori, sui quali non pende alcun obbligo di aborto eugenetico, qualora sia diagnosticata qualche deficienza fisica o psichica del figlio»⁶²: non appare assolutamente compatibile con il “diritto alla procreazione cosciente e responsabile”, né più in generale con un sistema di democrazia liberale, un obbligo di abortire imposto dall'esterno. Il "diritto a nascere sani" esiste solo nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e che devono essere predisposti istituti normativi o quegli strumenti di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, la salute dei nascituri⁶³, non certo nel senso di un “diritto ad essere abortiti se non sani”.

Tanto più appare assurdo ipotizzare un obbligo di abortire in un sistema come quello italiano, in cui il legislatore consente l'interruzione della gravidanza in determinate ipotesi, a tutela della salute della donna, ma si propone espressamente di ridurre il ricorso all'aborto mediante interventi di aiuto e sostegno alle gestanti: di certo non può essere un obbligo ciò che l'ordinamento stesso auspica non avvenga.

Appare sotto questo profilo del tutto apprezzabile, quindi, l'impostazione della Suprema Corte nel senso di non riconoscere la risarcibilità del danno da *wrongful life*, che oltre ad essere rigorosa e coerente dal punto di vista giuridico ha un importante risvolto culturale.

Non di rado si percepisce, nel comune sentire, una certa disapprovazione nei confronti della donna che scelga di portare avanti la gravidanza di un figlio malato⁶⁴: un orientamento giurisprudenziale che affermasse la risarcibilità del “danno da malesistenza”, avallando l'idea che l'aborto sia la risposta “normale” o “giusta” ad una diagnosi infausta, non farebbe che aggravare dal punto di vista psicologico la condizione delle gestanti che ritengano di compiere una scelta diversa.

7. **Wrongful life e dignità umana: tutela del concepito e diritti delle persone disabili**

Si è fatto notare in dottrina⁶⁵ che una delle principali obiezioni delle Corti al riconoscimento dei danni da *wrongful life* è costituita da un principio di *public policy*: la “*sanctity of human life*”, la “*preciousness of human life*”; analogo ostacolo può essere rappresentato dal concetto di “*dignité humaine*” facente parte dei principi costituzionali francesi, che viene fatto valere dalla giurisprudenza in senso oggettivo – a prescindere dall'opinione del “titolare” della dignità stessa (come nel noto caso del

⁶¹ Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et la santé, avis du 15.03.2001, consultabile integralmente al sito <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis068.pdf> (ultima consultazione 07.09.2018).

⁶² P. CORSINI, *op. cit.*, p. 4.

⁶³ Cfr Cass. Civ., sez. III, 29.07.2004, n. 14488.

⁶⁴ M. L. SCHRAD, *Does Down Syndrome Justify Abortion?*, *New York Times*, 04.09.2015, consultabile all'indirizzo https://www.nytimes.com/2015/09/04/opinion/does-down-syndrome-justify-abortion.html?mcubz=0&_r=0 (ultima consultazione 07.09.2018).

⁶⁵ C. PICIOCCHI, *Il «diritto a non nascere»: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, II, p. 667.



“lancio del nano) – o dal principio dell'intangibilità della dignità umana posto a fondamento del *Grundgesetz* tedesco.

Il problema di fondo è che ammettendo questa figura di danno «se entiende la vida, que es el mayor de los bienes que tenemos los ombre, y que es fuente de todos los demás, como un perjuicio»⁶⁶; senza necessità di approfondire in questa sede il tema della “definizione” dell’inizio della vita, non si può non rilevare che «riconoscendo una sorta di *droit à ne pas naître* si opererebbe un’equiparazione tra l’esistenza» [“sommo bene” e presupposto per la titolarità e il godimento di tutti gli altri beni e diritti] «e un danno risarcibile»⁶⁷. È stato evidenziato in dottrina⁶⁸ che «si l’on admet que l’avortement est fondé sur l’intérêt de l’enfant, et que celui-ci se peut prévaloir du fait qu’il n’as pas pu être avorté, cela implique nécessairement de prendre parti sur le bien fondé d’une existence humaine en raison de son état physique ou mental»; come si può, quindi, conciliare il riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno per il fatto di essere vivi con i principi dell’inviolabilità del diritto alla vita e della dignità umana?

Sotto questo aspetto, non assume una rilevanza primaria la discussione circa il c.d. statuto del concepito, posto che tutti i soggetti che agiscono per i danni da *wrongful life* sono già nati e che si tratta, quindi, di discutere (più o meno esplicitamente) del “valore” di vite a tutti gli effetti, delle vite di persone esistenti ed attuali e non più “potenziali”.

In diversi ordinamenti è ormai prevista, per il soggetto che ritenga la propria vita “non più degna di essere vissuta” per le sofferenze derivanti dalla propria malattia, la possibilità di ricorrere al suicidio assistito o all’eutanasia; la previsione di una tale facoltà sembra, in effetti, “erodere” l’idea della vita (anche menomata) come “bene” da tutelare sempre e comunque⁶⁹. Tuttavia, non pare che si possa svolgere un ragionamento analogico con la fattispecie di *wrongful life*, per lo meno quale essa si presenta concretamente nelle aule giudiziarie.

Innanzitutto, il nostro ordinamento non è tra quelli che ammettono il suicidio assistito o l’eutanasia: è certamente possibile che un soggetto scelga di porre fine alla sua vita, ritenendo che non sia (o non sia più, o non sia mai stata) degna di essere vissuta, senza che l’ordinamento possa legalmente proibirglielo; ciononostante, le stesse Sezioni Unite rammentano che non è configurabile un “diritto al suicidio” tutelabile contro chi cerchi di impedirlo, tanto che non è responsabile il soccorritore che produca lesioni nel salvare la persona dal pericolo di morte, ed è anzi punibile l’istigazione o l’aiuto al suicidio (art. 580 c.p.⁷⁰). Ben può il malato, alla luce dei principi di cui alla recente L. n. 219 del 22 dicembre 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, rifiutare le cure ritenute eccessive o non più utili o troppo gravose; ma non esiste (per lo meno non ancora) un “diritto a morire” o un “diritto alla non-vita” che, se violato, comporti un risarcimento del danno.

⁶⁶ L. COLMAN VEGA, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁷ C. PICIOCCHI, *op. cit.*, p. 679.

⁶⁸ C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ A. RUDA, ‘I Didn’t Ask To Be Born’: *Wrongful Life from a Comparative Perspective*, JETL, 2010, p. 228 ss.

⁷⁰ Si segnala che è stata recentemente sollevata dalla Corte d’Assise di Milano, con ordinanza del 14 febbraio 2018, la questione di legittimità costituzionale del 580 c.p. per quanto riguarda l’aiuto al suicidio (al momento della redazione del presente contributo, si attende la pronuncia della Corte Costituzionale) e che alcuni autori considerano tale norma eccessivamente limitativa dell’autodeterminazione individuale v. C. CASONATO, *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni*, DPCE online, 2018/1.



Vi è inoltre – tra l’ipotesi del suicidio assistito e quella del risarcimento per la vita menomata – un’ulteriore differenza che, ad un’attenta analisi, risulta fondamentale: nelle azioni di *wrongful life* (come fanno notare altri autori⁷¹), quasi mai la domanda è presentata dal soggetto nato con handicap (che potrebbe, in una certa misura, essere assimilato a chi chiede il suicidio assistito, quanto meno nella valutazione della sua vita come di un “non-bene”), bensì, in genere, dai genitori o dai rappresentanti legali del soggetto, minore di età, che non viene interpellato circa il “danno” rappresentato dall’essere in vita.

La pronuncia delle Sezioni Unite rileva al riguardo come, dell’interesse a non nascere, «si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell’attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia; come tale, indegna di essere vissuta».

A parere di chi scrive, questo giudizio “esterno” è potenzialmente molto problematico: il tema si sposta, impercettibilmente, dal giudizio soggettivo circa la “desiderabilità” della propria esistenza a quello di un giudizio “sociale” (cristallizzato in una sentenza) di “presunzione di non desiderabilità” della vita in certe condizioni; o, come qualcuno⁷² ha fatto notare, l’intento risarcitorio «ne réussit pas à exclure l’idée du caractère illegittime, ou en tout cas inopportun, de l’existence de certains individus, en raison de leur état physique».

Come è stato opportunamente rilevato, «la défense de la dignité n’a plus affaire à l’individu “libre” mais à l’individu qui appartient à l’humanité»⁷³; in questo senso correttamente osserva Steinbok⁷⁴ che «the sanctity-of-life argument (...) may advance the view that every life, no matter how severely defective, no matter how filled with physical suffering, is necessarily good to the individual who lives it» (il che è certamente opinabile e, per l’autrice, «simply false») ma può anche esprimere «the view that every human life has, or should have, value for us; that is, every life is worthy of concern and respect»: il tema non è se il soggetto possa ritenere la sua vita non meritevole di essere vissuta o considerare preferibile la non-esistenza; il tema è l’atteggiamento che la comunità deve tenere nei confronti dei suoi membri più fragili.

La stessa L. 194/1978, che pure consente l’interruzione di gravidanza in presenza di gravi malformazioni (sempre che vi sia un rischio per la salute della donna) non esprime alcuna valutazione in merito al “valore” della vita del feto affetto da patologie, tanto che correttamente si rammenta in dottrina come «l’art. 7 l.194/1978 imponga al medico di salvare la vita del feto quando questi sia in grado di sopravvivere autonomamente, indipendentemente dalla presenza di eventuali malformazioni del nascituro»⁷⁵.

Sarebbe quanto meno paradossale che chi è nato a causa della mancata diagnosi della sua patologia potesse chiedere un risarcimento al medico che con il suo errore ne ha consentito la nascita, mentre chi è sopravvissuto grazie all’intervento del medico non abbia alcuno strumento per dolersi della propria esistenza in vita; è evidente che vi è una differenza determinata dal fatto che nel primo caso vi è stata una negligenza (mentre nel secondo caso il medico ha svolto correttamente la propria atti-

⁷¹ F. ZECCHIN, *op. cit.*, p. 13.

⁷² C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 19.

⁷³ B. EDELMAN, *La dignité un concept nouveau*, Rec. Dalloz, 1997, *Chroniques*, p. 185 ss.

⁷⁴ B. STEINBOK, *The logical case for wrongful life*, in *The Hastings Center Report* 16, n. 2 (1986), p. 15.

⁷⁵ P. CORSINI, *op. cit.* p. 4.



vità), ma – sembra di poter dire – la negligenza o imperizia del personale sanitario può venire adeguatamente “sanzionata” mediante il risarcimento alla madre che non ha ricevuto le opportune informazioni, senza introdurre nell’ordinamento un “tarlo” che rischia di minare il principio dell’uguaglianza in dignità e diritti di tutti gli esseri umani.

Come ci viene ricordato da un eminente autore tedesco⁷⁶, «la dignità dell’uomo (...) spetta all’uomo indipendentemente da caratteristiche determinate, da segni distintivi o da capacità in atto»; il medesimo autore si esprime in modo particolarmente critico rispetto alla diagnosi pre-impianto volta ad evitare la nascita di figli con malattie ereditarie gravi, che, ritiene, «implica una pesante discriminazione di persone colpite da *handicap* o gravate da malattie ereditarie: sono coloro che propriamente non dovrebbero esistere, la cui vita non appare come degna d’essere vissuta e che una donna, la quale agisca responsabilmente (...) non dovrebbe dare alla luce.»⁷⁷. E’ evidente la pertinenza di tale rilievo rispetto al nostro tema: con l’accoglimento dell’azione di *wrongful life* – come e forse più che con l’approvazione diffusa della diagnosi pre-impianto – dicendo che un feto malato avrebbe dovuto essere abortito (*rectius*, che il medico avrebbe dovuto consentire alla madre di scegliere l’aborto e che tale scelta sarebbe stata la più auspicabile), diciamo che quel soggetto non avrebbe dovuto nascere, che non avrebbe dovuto esistere.

E’ particolarmente interessante il rilievo che, mentre rispetto ad una vita segnata dalla sofferenza e dalla malattia è possibile avere “conflicting evaluations” (potendosi domandare se non sarebbe stato preferibile per la persona non nascere in quelle condizioni ed al contempo riconoscere il valore della sua vita attuale), «in a wrongful life suit, our society is forced to take an unambiguous public position, as a matter of policy, on the prudential value of the plaintiff’s severely disable life»⁷⁸; i genitori sono costretti a dimostrare in giudizio che la vita del loro figlio è peggiore della non-esistenza e che se fossero stati informati delle sue condizioni non l’avrebbero messo al mondo: ciò rischia di minare la relazione genitori-figlio e, soprattutto, la sentenza che accoglie la domanda potrebbe «communicate a state-sanctioned negative message on the public image and acceptance of disability in the society»⁷⁹. Non a caso, alcuni attivisti per i diritti dei disabili criticano sia il ricorso sistematico a sempre più avanzati test prenatali⁸⁰ che l’accettazione del paradigma della *wrongful life*⁸¹: si ritiene che «*wrongful life and wrongful birth suits are contributing to discrimination against persons with disabilities by associating disability with harm and by rendering disability a problem for which individuals can seek compensation*»⁸².

⁷⁶ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, 2010, Brescia, p. 50.

⁷⁷ E. W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁸ H. KIM, *The uncomfortable truth about wrongful life cases*, in *Philosophical Studies* 164, n. 3/2012, p. 633.

⁷⁹ H. KIM, *op. cit.*, p. 640.

⁸⁰ Si segnala al riguardo la campagna britannica “DON’T SCREEN US OUT”, che segnala la preoccupazione che il ricorso a test prenatali sempre meno invasivi porti al sistematico ricorso all’IVG in caso il feto sia affetto da sindrome di Down (maggiori informazioni al sito <http://dontscreenusout.org/>); si veda anche V. RAVITSKY, *The Shifting Landscape of Prenatal Testing: Between Reproductive Autonomy and Public Health*, in *Just Reproduction: Reimagining Autonomy in Reproductive Medicine*, in *The Hastings Center Report* 47, n. 6 (2017) p. 34 ss.

⁸¹ Sul punto si veda B. STEINBOK, *Wrongful Life and Procreative Decisions*, cit., p. 170.

⁸² J. A. RINALDI, *Wrongful Life and Wrongful Birth: The Devaluation of Life with Disability*, in *Journal of Public Policy, Administration and Law*, Volume 1, November 2009, p.1.



8. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, appare pienamente condivisibile, a parere di chi scrive, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza dei Paesi europei ed extra-europei, sia di *civil* che di *common law*, nel senso di riconoscere il risarcimento del danno da *wrongful birth* e non quello da *wrongful life*.

La prima fattispecie, infatti, corrisponde all'esigenza di tutelare il diritto della gestante ad essere correttamente informata circa lo stato di salute del concepito, al fine sia di prepararsi ad accogliere un figlio malato sia di valutare eventualmente (ove ne ricorrono i presupposti) la possibilità di interrompere la gravidanza, mentre la seconda pone, oltre a problemi tecnico-giuridici rilevanti con riguardo alla configurabilità di un vero e proprio "danno" in capo al nato malformato, significative problematiche di carattere giuridico, etico e sociale, che rischiano di mettere in discussione principi fondanti della vita comunitaria quali l'uguale dignità e l'intrinseco valore di ogni persona umana.





Biodiritto e Costituzione italiana

Lorenza Violini*

BIO LAW AND THE ITALIAN CONSTITUTION

ABSTRACT: The paper tries to answer the following tricky question: what is the role of the law – and namely of bio-law – in regulating science and technology? In societies where a common ethics cannot be found, is it possible for the law to put limits to the practices offered by the scientific progress? As the paper points in the conclusion, the reference to the Constitutional principles can provide a pivotal key to face the hard challenges of this field.

KEYWORDS: Science&law; ethics; biolaw; constitutional principles; personal liberty

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La crisi del diritto, del biodiritto e dell’umano – 3. “Crisi” dell’etica (da “etica dei più” a pluralità di etiche) – 4. La torsione costituzionale: dalla bioetica ai principi costituzionali – 5. Il cerchio si chiude: non una questione “etica” ma una questione costituzionale – 6. Il biodiritto come una materia costituzionalmente orientata e dotata di una sua “specialità”.

1. Introduzione

Lo studio del rapporto tra scienza/tecnica, da un lato, e etica/diritto, dall’altro, ha assunto nell’ultimo decennio proporzioni così ampie da non essere più padroneggiabile da singoli contributi di singoli studiosi e si è potentemente ramificato ad opera della legislazione basata su conoscenze tecnico-scientifiche, creando una serie di sottosistemi ciascuno dei quali ha oggetti e caratteristiche proprie.

Quanto alla dottrina, si riscontra, nel nuovo millennio, un parziale cambiamento nei temi caldi, oggetto di attenzione, che restano incentrati sul ciclo della vita umana in senso cronologico (inizio della vita, controllo delle tecniche riproduttive, fine vita ecc...) ma che si aprono ai nuovi problemi posti dall’ingegneria genetica e dall’intelligenza artificiale. Essa ha spostato ancora più in alto l’asticella del “tecnicamente possibile” giungendo a toccare l’identità del fenomeno umano così come la natura lo determina al momento del suo sorgere, identità che ora si è in grado di manipolare per creare soggetti sempre più perfetti. Che tutto ciò comporti un intervento sul genoma volto a modificarlo è ormai un dato acquisito e lo si è acquisito prima ancora che la legge ne determini i confini¹.

È per questo ampliamento dei temi che la domanda sul rapporto tra scienza, tecnica e diritto (oggi sempre più spesso circoscritto dentro l’espressione biodiritto) assume proporzioni rilevanti: non è

* Ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: lorenza.violini@unimi.it. Contributo su invito. Il presente scritto riproduce la relazione tenuta nell’ambito del Convegno “Biodiritto e costituzionalismi” svoltosi a Trento in data 18 giugno 2018, e riprendere in forma un po’ meno episodica tematiche affrontate nel 2007 con una relazione sul tema “Bioetica e Laicità” al Convegno Annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, ora in AA.VV., I problemi pratici della laicità, Napoli, 2008.

¹ Per tutti, H. NOWOTNY, G. TESTA, *Geni a nudo. Ripensare l’uomo nel XXI secolo*, 2011.

più infatti solo la presenza di una pluralità di etiche che fonderebbe una pluralità di concretizzazioni giuridiche, come accadeva ai tempi della discussione sull'interruzione della gravidanza o della procreazione. Si tratta oggi, ben di più, di interrogarsi sul senso di una umanità che si misura con la tecnica dell'infinitamente piccolo o, secondo la classica espressione di Lily Kay, *the ultimate littleness of things*², ma anche con l'infinitamente complesso, come accade per i percorsi dell'intelligenza artificiale e delle sue sempre più sofisticate realizzazioni.

Se dunque negli ultimi decenni la tematica del biodiritto è esplosa e pare riservarci sorprese ancora più sconvolgenti, non si tratta più solo di entrare in merito alla legislazione predisposta dai Parlamenti o dai casi difficili decisi dalle Corti. Occorre forse rivedere alcuni capisaldi del panorama concettuale che circonda questa importante branca dell'ordinamento per scandagliarne le potenzialità ma anche i potenziali rischi, il più significativo dei quali sarebbe il mero arrendersi al predominio della scienza e della tecnica³.

Il saggio che segue si apre delineando tre momenti dell'evoluzione del rapporto tra scienza e diritto che presentano come comune denominatore la parola crisi, momenti denunciati pur sotto diverse forme e accezioni dalla dottrina, per identificare – poi – le più importanti domande a cui il giurista è chiamato a dare risposte per far sì che la scienza, che detiene il primato nell'esplorare le nuove frontiere, possa trovare nella cultura umanistica coltivata dall'etica e dal diritto – e in particolare dal diritto costituzionale – un alleato capace di delineare percorsi di valore e di significato di cui l'uomo, di ogni tempo e di ogni luogo, necessita per vivere da protagonista la propria esistenza. Con un nota bene: crisi non deve essere necessariamente considerata un fattore negativo, come è stata invece in modo drammatico la grande crisi economica dell'ultimo decennio; crisi deve invece riportarci, in positivo e in proiezione verso il futuro, all'atteggiamento di ricerca che connota il percorso umano. Identificando le domande fondamentali del nostro tempo, ci si può servire della ragione e della creatività per individuare nuovi percorsi, per affrontare nuove sfide e per vedere, all'orizzonte, nuove frontiere.

2. La crisi del diritto, del biodiritto e dell'umano

In un tempo di continue e tumultuose scoperte scientifiche in ogni campo ma, con particolare evidenza nel campo delle biotecnologie, nasce nei contesti della dottrina giuridica una grave, strisciante preoccupazione, che è stata così formulata: «la funzione regolatrice ed ordinante del diritto viene messa in seria discussione dallo strapotere della scienza spesso collegata alle potenti logiche dell'economia e del mercato».

⁴. Si impone di conseguenza la necessità di tornare a riflettere sulla funzione del diritto e del suo rapporto con la dimensione etica dell'agire dell'uomo ma anche sull'autocoscienza del soggetto umano il

² L.E. KAY, *The Molecular Vision of Life, Caltech, The Rockefeller Foundation and the Rise of the New Biology*, Oxford, 2016.

³ Scenario ampiamente affrontato nel saggio di N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

⁴ G. BALDINI, *Biodiritto: tra progresso scientifico, superamento del paradigma naturalistico ed esigenza di nuovi criteri ordinanti*, in *Luisada.Direito*, 14, 2015, 45 ss.; largamente condiviso anche il giudizio sulla crisi del biodiritto, per la difficoltà che si incontra a individuare norme giuridiche chiare e condivise, su cui C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

quale, sotto l'influsso del progresso scientifico, vede messe in discussione alcune delle sue caratteristiche fondamentali nonché delle modalità con cui si impostano e si determinano le relazioni umane. Siamo dunque in presenza non solo della crisi della dimensione giuridica ma anche della dimensione antropologica ad essa sottostante: l'uomo del XXI secolo ha dato ormai per acquisito un nuovo modo di considerare la propria esistenza, non più determinata per la gran parte dalla natura, e della casualità che ne deriva, ma fattore su cui esercitare la propria libertà e la propria capacità di dominio. La ragione scientifica e la tecnica hanno infatti consentito di entrare in tutti quei fenomeni del bios che costituivano dei dati non controllabili e non controvertibili, consentendo di trasformarli in fattori umanizzati, fattori cioè di cui l'uomo diviene artefice e padrone. Un esempio particolarmente illuminante di tale cambiamento è offerto dal moltiplicarsi delle scelte procreative che impongono ora di sostituire al dato naturale del concepimento e della nascita le diverse scelte etiche individuali, basate su desideri e bisogni⁵, e di accostare ai modelli ritenuti come imposti dalla natura nuovi modelli di socialità quali i nuovi modelli familiari, quelli genitoriali⁶. Da ultimo si assiste ad un rinnovato approccio alle scelte inerenti all'affronto della morte e della malattia; si pensi, in particolare, all'approccio alla sterilità che sofisticate tecniche permettono di superare in vario modo e che perde in questo modo la sua natura di ostacolo al potenziale proseguimento della genitorialità.

Questi cambiamenti hanno determinato, agli occhi dei più, una vera e propria crisi dell'umano, che invade i campi propri della nuova disciplina del biodiritto. Essa risulta particolarmente sensibile alla crisi medesima perché il biodiritto connette in modo immediato i processi vitali con l'ordinamento giuridico, riflettendo in esso i drammi esistenziali dell'uomo d'oggi; detto altrimenti, avendo come oggetto di regolazione il bios, il biodiritto tocca immediatamente la concezione che una società esprime rispetto a tale oggetto, cioè la vita e la natura umana.

Il biodiritto, pertanto, come campo speciale rispetto al diritto nel suo insieme, viene anch'esso coinvolto in questa crisi generale della capacità regolatoria dell'ordinamento. Esso ha l'arduo compito di cercare risposte a questioni che coinvolgono processi vitali, questioni che prima non si ponevano, o si ponevano in misura minore, visto che si trattava per lo più di processi determinati dalla natura. Tale compito, che consegue alla fine del cd. paradigma naturalistico sopra individuato, carica questo settore dell'ordinamento di un duplice peso, quello di regolamentare situazioni prima sconosciute ma anche – implicitamente o esplicitamente – quello di darvi una valutazione etica. Ed è naturale: toccando la vita e i suoi processi, nel biodiritto emerge una urgenza che non necessariamente gli pertiene ma che gli viene ormai pressoché unanimemente imputata, cosicché mentre esso si determina e si articola per consentire o proibire certi comportamenti, è come se – implicitamente o esplicitamente – ne determinasse anche la relativa eticità, coinvolgendo con ciò un giudizio di valore sull'agire dei singoli. In altre parole, il biodiritto – per la delicatezza delle questioni che deve affrontare – ripropone sul piano personale e su quello sociale lo schema regolatorio del diritto penale, chiamato a incorpo-

⁵ Le prime riflessioni sul tema risalgono a J.A. ROBERTSON, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, in *Virginia Law Review*, 69 Va.L.Rev. 405, 1983, il quale mette ben in luce come la nuova libertà di scelta abbia una natura analoga alle scelte di mercato che offrono al consumatore una pluralità di opzioni con cui soddisfare le proprie esigenze.

⁶ Tali modelli possono essere anche forieri di problematicità. Si pensi ad esempio allo scambio di embrioni avvenuto all'Ospedale Pertini di Roma su cui, molto lucidamente, S. AGOSTA, *Quando l'eterologa è inaspettata: il preminente interesse del minore quale criterio di reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità*.

rare e a dare forza sociale all’etica classica, con tutte le ascendenze religiose che essa contiene in sé e che la modernità invece ha messo fortemente in discussione⁷. Con ciò evidentemente si pone il problema di ripensare al rapporto tra etica e diritto, tra la regolamentazione e il giudizio di valore che la sostiene o che dovrebbe sostenerla e giustificarla.

A questa incrementata domanda sulla dimensione etica della regolamentazione si aggiunge la necessità di ripensare al senso della libertà dell’uomo, a come sia possibile regolamentarla, visto che essa sta acquistando il sapore di una libertà dilatata all’infinito, tesa come è ad andare al di là del materialmente, naturalmente e tecnicamente possibile. Come è stato detto a proposito della fecondazione artificiale (ma l’affermazione è di più ampio respiro), «la facoltà di scegliere e la libertà di disporre del proprio corpo nella prospettiva terapeutica e in quella generativa costituiscono possibilità amplificate a tal punto dalle innovazioni scientifiche e tecnologiche da far divenire il fenomeno procreativo un luogo di elezione, di osservazione privilegiata per l’interprete che ivi potrà testare la pluralità di risposte che alla superdomanda bioetica (se tutto ciò che sia tecnicamente possibile sia anche eticamente ammissibile, socialmente accettabile e quindi giuridicamente lecito) possono essere date»⁸.

3. “Crisi” dell’etica (da “etica dei più” a pluralità di etiche)

Benché sia forte la percezione della necessità di regolamentare i fenomeni nuovi nel campo del bios, e benchè si carichino tali regole non solo di implicazioni “scientifiche” o “economiche” ma anche di natura etica derivante dal fatto che non vi è in questione questo o quel particolare giuridico ma una vita stessa come presupposto di tutti i diritti, si registra da più parti anche una difficoltà, un’impasse: da un lato si chiede che l’etica legittimi le scelte del legislatore, scelte che non possono essere lasciate solo alla scienza o all’economia, ma, dall’altro, ci si rende pienamente conto del fatto che non può essere l’etica l’ultima parola. L’etica è infatti una questione eminentemente individuale, che chiama in gioco una libera adesione delle persone. Essa quindi non si può trasformare, per tramite del diritto, nel risultato dell’esercizio del potere o in sua giustificazione. Forse questo poteva avvenire quando – quasi inavvertitamente – l’intera società faceva riferimento a principi che, al pari del paradigma naturalistico, venivano recepiti come dati; oggi il peso della libertà individuale ha assunto una rilevanza culturale e giuridica tale da rendere irrealistico proporre forme di coercizione anche *in bonam partem*, non foss’altro che per il venir meno di una concezione condivisa di *bonum*. Di conseguenza, scelte etiche che siano non liberamente scelte ma imposte per legge finirebbero per diventare una sorta di contraddizione in termini.

Chi si interroga su quale sia la base etica sulla quale fondare la regolamentazione di certi fenomeni, dei nostri fenomeni, quelli inerenti al bios, risponde normalmente che occorre una base etica che sia rigorosamente non ideologica; occorre infatti evitare che, in assenza di un consenso diffuso ed unitario sulla valutazione etica delle fattispecie, non essendovi consenso sui giudizi di valore da dare a comportamenti resi oggi possibili dai progressi scientifici quali la procreazione assistita, le regole a cui

⁷ Da ultimo, sul tema, si veda la discussione in atto sul caso Cappato e la decisione di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale. Procura della Repubblica di Milano, Memoria del PM e questione di legittimità costituzionale, atto nr. N. 9609/17 R.G.N.R. mod. 21. La vicenda è riassunta da G. SPAMPONI BASSI, *Il processo nei confronti di Marco Cappato per il suicidio assistito di Dj Fabo*, in www.giurisprudenzapenale.it.

⁸ G. BALDINI, *op. cit.*, 45.

sottoporre la vita ai suoi inizi, la sospensione di presidi vitali o delle macchine nella parte finale della vita e che provoca la fine della stessa in modo apparentemente non “naturale”, in presenza di un pluralismo delle etiche (etica liberale, etica cattolica, etica *conservative* ecc....), allora il diritto deve astenersi da sposare una di queste etiche e deve invece limitarsi ad enunciare principi generali che il giudice adatterà poi al caso o che, nel caso delle Corti Costituzionali, userà per valutare la ragionevolezza delle scelte legislative. In estrema sintesi si può dire che la tensione a individuare basi etiche da contrapporre al predominio della scienza e del mercato non può trovare una propria concretizzazione nell’etica stessa, ormai dispersa in una pluralità di voci e di concezioni che, tuttavia, altro non è se non il riscontro costituzionale di una società plurale e, in quanto tale, democratica.

4. La torsione costituzionale: dalla bioetica ai principi costituzionali

Ci si può domandare, quindi, se sia possibile uscire da questa intricata situazione. Per far questo, in effetti, soprattutto in questo momento di transizione, si riscontra molto spesso un tentativo, da parte dei giuristi, di fare riferimento alla ricerca bioetica e ai criteri che essa va elaborando per applicarli alle casistiche che vengono sottoposte ai vari Comitati Etici, nazionali e locali e ai Comitati di Etica della ricerca. Questo insieme di studi e di organismi hanno infatti creato un set di principi a partire dagli Anni Settanta, poi ampiamente esteso negli Anni Novanta, da cui il biodiritto risulta influenzato.

Il decennio che ci ha preceduto ha visto un ulteriore importante sforzo di riflessione su questi temi, sforzo finalizzato all’individuazione delle reciproche relazioni tra le diverse discipline e all’elaborazione di soluzioni non assolutizzanti ma elastiche e parziali, coerenti con il principio base della moderna società democratica, quello del pluralismo non solo nelle scelte politiche ma anche in quelle etiche e culturali⁹.

Tra i principi etici che vengono in rilievo nell’ambito di questa ricerca, trovano posti i criteri etici fondamentali¹⁰ che si rifanno ai rispettivi orientamenti filosofici di riferimento e che l’ordinamento utilizza a vario titolo quando deve regolamentare le nuove fattispecie. Le norme in materia possono quindi riflettere o logiche di tipo utilitaristico, finalizzate a massimizzare i benefici lasciando campo libero alla scienza e alla tecnica o set di valori che fanno capo al personalismo, quest’ultimo concretizzabile come autodeterminazione o come tutela assoluta del bene vita e della dignità umana. Come dunque

⁹ Come esempio che contraddice questa logica si suole ricordare la l.nr.40 del 2004 che, nel tutelare l’embrione e nel porre regole volte a concretizzare tale tutela – regole poi disattese dalla giurisprudenza e dichiarate incostituzionali dalla Corte – è stata elevata ad emblema di come non si dovessero regolamentare le questioni bioetiche: niente impianto valoriale predefinito, niente regole rigide quali quella del divieto di produrre un massimo di 3 embrioni per un unico e contemporaneo impianto, niente divieti soprattutto se individuati con lo scopo di limitare il diritto alla salute e alle cure. Tale modello, visto come espressione di una etica di stampo religioso, in realtà rispecchia non una determinata etica (nel caso di specie quella cattolica che, come si sa, non ammette pressochè nessuna forma di fecondazione artificiale) ma costituisce una forma particolare di regolamentazione che, vista a posteriori, dopo tutte le vicissitudini giudiziarie a cui è stata sottoposta, si è rivelata inefficace sul piano della tecnica giuridica adottata.

¹⁰ Il classico – quandanche risalente – testo base di T.L. BEAUCHAMP, L.F.CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, New York, 1994 ne individua quattro: *autonomia*, *beneficenza*, *non maleficenza*, *giustizia* come sintesi del pensiero bioetico di quegli anni ma ve ne possono essere molti altri che esprimono lo stesso anelito a centrare i comportamenti sul rispetto della persona e del suo benessere materiale e spirituale. E, in effetti, la letteratura in merito è amplissima.

realizzare una fruttuosa interazione tra la bioetica e il biodiritto? La domanda è centrale e richiederebbe una lunga riflessione che può tuttavia essere, per amore di brevità, sinteticamente riassunta andando al cuore della risposta: in un panorama ampiamente plurale, per conciliare la necessità di basi etiche da contrapporre al mercato e il necessario pluralismo che vige nell'ambito dell'etica, è naturale che il biodiritto si rivolga, per una soluzione condivisa, alla dimensione costituzionale. È infatti la dimensione costituzionale, con tutti i suoi principi, che garantisce il pluralismo delle concezioni etiche sottostanti alle scelte legislative e la parità di trattamento tra le stesse nella logica della ragionevolezza. In altre parole, si percepisce una interessante assonanza tra i principi generali di natura giuridica che sono propri delle Costituzioni del secondo dopoguerra con l'istanza etica che viene attribuita al biodiritto. Questa forma di confluenza tra le diverse istanze viene sempre più chiaramente affermata anche dai cultori del diritto privato i quali sono portatori di una terza, ulteriore istanza, quella di individuare i cd. "criteri ordinanti"¹¹ come presupposto per affrontare nel merito le varie questioni che la tecnologia pone al bios. Secondo tali studiosi, occorre identificare le idee guida che consentano un approccio sistematico alle varie questioni che il progresso continuamente fa emergere alla coscienza sociale e, quindi, alla cultura giuridica.

Per la dottrina costituzionalistica tali istanze sono di immediata individuazione: i principi costituzionali sono tutti applicabili alle questioni bioetiche da affrontarsi secondo il principio di laicità e il principio pluralista¹², principi che si comprendano nell'ambito delle norme preordinate alla tutela dei diritti fondamentali. Tale categoria è, come è noto, aperta, e comporta il rispetto di principi guida quali la libertà, la solidarietà, la responsabilità, l'eguaglianza e la dignità della persona che sono gli stessi che sottostanno alla discussione in campo della bioetica¹³. Questo dovrebbe essere il nucleo dei principi posta a tutela del primato della persona, senza della quale essa è destinata a soccombere sotto il tiro incrociato dello sviluppo tecnologico asservito alle logiche economiche e di mercato.

5. Il cerchio si chiude: non una questione "etica" ma una questione costituzionale

Tutto il dilemma etico, della *reduction ad unum* delle diverse concezioni, si tramuta dunque in un problema di puro diritto costituzionale? La risposta può essere tendenzialmente affermativa. Le categorie e i metodi di argomentazione del diritto costituzionale (diritti, valori contrastanti, bilanciamento, ragionevolezza, interpretazione conforme, discrezionalità legislativa ecc...) diventano le categorie portanti (o i cd. criteri ordinanti) – soprattutto sul piano metodologico – del biodiritto. Uno stato laico e plurale, multietnico e multiculturale deve definire regole che consentano la pacifica convivenza di più etiche e quindi le sue regole devono essere "neutre" a garanzia di pluralismo sul piano etico e culturale.

Come è stato detto, «poiché siamo di fronte al tentativo di manipolare la vita umana, vi sono dilemmi da sciogliere: occorre innanzitutto ridefinire i confini tra il principio di autonomia (con il primato

¹¹ Centrale sul tema N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013.

¹² Ancora, sul tema, C. CASONATO, *op. cit.*, par. 6.

¹³ J.R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomedicine*, Paris, 2002, ricordato già da G. BALDINI, *op. cit.*, 49, nota nr. 10.

del consenso come criterio procedurale di legittimazione dell'attività) e la tutela della dignità umana come portato bimillenario della tradizione giusfilosofica occidentale»¹⁴.

I principi generali di natura costituzionale, in campo bioetico, sempre secondo le nostre attuali “narrative”, dovrebbero essere interpretati in modo dinamico, come un problema aperto, anche se si può dire che essi sono “tendenzialmente” interpretati nel senso di favorire la libertà di scelta cosicché le diverse “etiche” possano tutte essere ricomprese nello spazio vuoto dall'esercizio del potere che si determina ad opera dei principi sopra enunciati. L'ordine quindi si crea perché il diritto diviene, in campo bioetico, un contenitore in cui ogni scelta, che sia compatibile con la Costituzione, possa trovare spazio, che non è lo stesso “ordine” che si produce a seguito della distinzione tra lecito e illecito prodotta, ad esempio, dal diritto penale tramite una serie di divieti ma che usa, ad ogni modo, tutti gli strumenti per poter garantire l'esercizio effettivo della libertà plurale quali l'obiezione di coscienza o, per i giudici, la facoltà di redigere opinioni concorrenti o dissidenti¹⁵.

6. Il biodiritto come una materia costituzionalmente orientata e dotata di una sua “specialità”

Ciò detto, si può aggiungere, sempre in forma di domanda, che – se esiste – la specialità del biodiritto può essere identificata non tanto per tramite di principi speciali, che non funzionerebbero in qualsiasi altra branca dell'ordinamento quali ad esempio il diritto tributario o il diritto penale (es. regole soft, “neutre”, che lasciano ampia potestà di scelta, diritto non impositivo, “debole”, non fatto di divieti e di sanzioni che sarebbe impensabile nel campo del diritto tributario o del diritto amministrativo) quanto per la sua stretta contiguità della dimensione giuridica con la dimensione esistenziale della materia, che tocca l'essenza dell'umano e le domande fondamentali che lo connotano, che sono le grandi domande filosofiche sulla natura umana, sul senso della generazione, sul senso della vita e della sofferenza e della morte.

È un campo interessante e anche nuovo, se vogliamo, per il diritto (nella forma del biodiritto), non solo materia tecnica ma area di sapere che tocca, insieme alla filosofia, le corde profonde della per-

¹⁴ G. BALDINI, *op. cit.*, 46. Si pensi solo, come esempio, al tema della maternità surrogata che potrebbe anche essere alle porte, almeno per le scelte fin qui compiute da alcuni tribunali e per la pressione del mercato. Essa pare rispondere al desiderio anche drammaticamente vissuta delle coppie sterili di uscire da una situazione di percepita minorità anche se ciò avviene tramite una cessione, pur compiuta a scopo benefico, del corpo altrui, il cui “prodotto” viene poi consegnato ad altri, quasi che nel rapporto tra madre e figlio non abbia spazio la dimensione corporale ma solo quella affettiva.

¹⁵ Può essere interessante, in questo nostro contesto e a proposito di una questione altamente dibattuta quanto affermava in una concurring opinion il giudice Pinto nel *caso Parrillo*: «The majority clearly overlook the fact that the embryo is a different biological identity from the person who has undergone IVF, although the embryo does contain that person's genetic material. The statement [of the Court] is unacceptable, both in ontological and biological terms. The majority forget that human dignity makes it imperative to respect “the uniqueness and diversity” of each human being, as the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights puts it. In other words, every human being is far more than a unique combination of genetic information that is transmitted by his or her progenitors». Si vedano anche le affermazioni contenute nella sentenza della Corte Costituzionale nr. 86 del 2016 che ha considerato costituzionalmente legittimo il divieto di sperimentazione sugli embrioni, sulla scorta anche della decisione della Corte di Strasburgo sul *caso Parrillo*. Corte europea dei diritti dell'uomo, *C. Parrillo c. Italia*, ricorso n. 46470/11.

sona. Tali domande hanno, a tratti, un importante riscontro anche nell'ambito della giurisprudenza che è chiamata a risolvere le questioni concrete ma che non può astrarsi da un contesto in cui esse risuonano; potrà decidere talora in modo ambiguo, compromissorio, talora sgradito ai più o alla minoranza, ma non può certo sottrarsi al fascino che tali questioni emanano.

Al giorno d'oggi, in cui il pensiero è debole e la società liquida, riporre da capo le grandi questioni antropologiche può essere il nuovo compito del diritto e del biodiritto in particolare, un modo costituzionale, quasi costituente – si potrebbe dire – che può rivolgersi a tutte le componenti della società civile¹⁶, al mondo religioso come a quello laico, alle diverse classi sociali, all'economia, alla scienza e alla sociologia. Partendo dal diritto ci si può aprire ad una riflessione alta sui problemi della modernità, del moderno e del post moderno che, mentre enfatizza la libertà, poi tende, sul piano psicoanalitico¹⁷ a fuggire da questa libertà che lo lascia “individuo”, privo delle sicurezze e dei miti dall'infanzia, senza identità, senza sponde, senza approdi, preda di chi si pone nell'arena politiche con formule rassicuranti che paiono intercettare il comune sentire e il comune desiderio di uscire da isolamenti alienanti.

In questo mare della libertà, tuttavia, si naviga liberi non se si vaga senza meta, in balia delle correnti, ma se si va da un porto, da un punto di partenza, ad un approdo. E se, dentro questa navigazione, c'è una istanza di autonomia, di *privacy* in senso forte, intesa come nucleo incoercibile, essa è potentermente orientata alla ricerca dell'identità, come molta giurisprudenza non manca di ricordarci. Una citazione per tutte: «Our law affords constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing and education. These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the XVth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of universe and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood, were they formed under compulsion of the State»¹⁸.

¹⁶ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 15: «se si ha evidenza che il dibattito pubblico resta aperto, che la coscienza sociale non esprime mutamenti in una chiara direzione, ma anzi è divisa, non dovrebbe essere questione per una Corte costituzionale di farsi avanguardia isolata».

¹⁷ Si veda per tutti E. FROMM, *Fuga dalla libertà*, 1941, che legge sul piano psicoanalitico l'adesione del popolo tedesco al nazismo in quanto tale ideologia è stata capace di intercettare il bisogno di sicurezza che aleggiava negli animi sconvolti dalla guerra, dalla crisi economica e dalla crisi di identità propria del momento storico. Tutti temi che hanno a che fare con l'identità della persona e che spesso vengono sottovalutati, come accade ad esempio al giorno d'oggi in cui la conoscibilità delle proprie origini genetiche viene considerata una istanza meno degno di tutela rispetto ad altre più forti e più radicate istanze. Si veda, a documentazione, la trattazione del tema nell'ambito della sentenza della Corte Cost. nr. 162 del 2015, che non ha inciso in nessun modo nella rimozione del divieto di fecondazione eterologa.

¹⁸ *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791, 2807 (1992).



Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione

Simone Penasa*

BIO LAW AND THE EUROPEAN UNION: FIRST FOOD FOR THOUGHT

ABSTRACT: The article aims to deepen the relationship between biolaw and European Union law, in order to understand what role the latter plays in the regulation of issues characterized by a high level of scientific and ethical complexity. Having identified a dual legal basis for the emergence of a European biolaw – the protection of the European common market (Article 114 TFEU) and the promotion of health (Article 168 TFEU) – the progressive emergence of an axiological, and not only procedural, dimension will be highlighted assuming the case-law of the Court of Justice as a common thread.

KEYWORDS: Biolaw; European Union; Court of Justice; scientific data; integration

SOMMARIO: 1. Quale biodiritto europeo? La natura del biodiritto e il diritto dell’Unione tra dimensione ordinamentale e assiologica – 2. La doppia base giuridica del biodiritto europeo: l’intreccio tra mercato unico europeo, tutela della salute e libertà di circolazione delle persone – 3. I diversi (complementari) canali di espressione del biodiritto europeo: il diritto derivato dell’Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia – 3.1. Il tentativo di ridurre questioni assiologicamente orientate alla dimensione tecnico-procedurale: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – 3.2. L’emersione del pluralismo nel biodiritto europeo: contenuto, strumenti, strategie – 4. L’influenza del dato scientifico nel biodiritto europeo: l’impatto sulla giurisprudenza della Corte di giustizia – 5. Dalla statica delle competenze alla dinamica delle fonti: i casi e le corti come motore del biodiritto europeo.

1. Quale biodiritto europeo? La natura del biodiritto e il diritto dell’Unione tra dimensione ordinamentale e assiologica

Le brevi riflessioni che seguono potranno inevitabilmente dar conto solo di alcune tendenze, piuttosto che offrire un’analisi sistematica dei medesimi, dei diversi ambiti di interrelazione tra diritto europeo e biodiritto, al fine di individuare il progressivo consolidamento di una funzione normativa del primo negli ambiti tipicamente interessati dal secondo. Tale operazione avverrà partendo da un dato che emerge dall’analisi delle modalità attraverso le quali le istituzioni europee affrontano questioni che possono essere latamente riconducibili alla dimensione biomedica: la coesistenza, ed i relativi rapporti di prevalenza e/o integrazione, di una dimensione assiologica, costituzionale in senso lato, e di una dimensione ordinamentale, incentrata sulla questione delle competenze e delle fonti.

* Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Università di Trento. Mail: simone.penasa@unitn.it. Lo scritto, anonimizzato, è stato sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

Peraltro, questa duplice dimensione emerge anche dalle diverse definizioni che di biodiritto sono state offerte dalla dottrina italiana. È stato definito come «materia che si occupa di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano»¹. Quindi, «più che nuovo ambito di studio da affiancare alle aree disciplinari esistenti, si caratterizza per l'esigenza di un approccio interdisciplinare verso un oggetto particolare»². O ancora, quale ambito che esprime «una trasformazione dell'oggetto stesso dell'attività giuridica», ponendosi quale strumento per «recuperare nella sua ampiezza l'umanità di ciascuno», e richiamando una «funzione antropologica del diritto, nel senso di una irriducibilità della persona a oggetto, di una sua indipendenza da poteri esterni»³.

Il biodiritto può quindi assumere una funzione non solo descrittivo-classificatoria ma anche normativo-assiologica: «si configura come rovesciamento dello schema della biopolitica, intesa come l'insieme dei dispositivi che consentono di esercitare il potere di disciplinamento dei corpi. Il biodiritto, invece, si struttura come insieme di strumenti volti a garantire la persona proprio contro tutti i poteri variamente invasivi del suo corpo»⁴.

In termini inevitabilmente apodittici, una prima ipotesi che può essere formulata è che quanto più ci si allontani da una prospettiva descrittivo-ordinamentale, tanto più la funzione svolta dal diritto dell'Unione europea tende a farsi meno visibile nella disciplina di questioni di natura biomedica, all'interno di uno schema che è inevitabilmente condizionato dalla attribuzione di competenze in quelle materie (salute, ricerca) che in prima battuta rappresentano la base giuridica che legittimano interventi normativi in materia. Questa tendenza è paradigmaticamente espressa dalla assenza di norme europee che siano direttamente riferibili a quelle materie che risultano tipicamente espressione delle questioni biogiuridiche più eticamente e scientificamente complesse, che esprimono cioè il massimo contenuto assiologico-costituzionale, come quelle relative all'inizio e alla fine della vita.

Ciò evidentemente non significa che il diritto europeo sia indifferente – o passivo – rispetto alle tematiche di biodiritto: in dottrina straniera è stata utilizzata un'immagine evocativa, in grado di esprimere efficacemente il processo di lenta ma costante manifestazione di tali tematiche anche a livello di diritto europeo: una espansione «silente» ma «graduale»⁵. Si tratta di un fenomeno che esprime caratteristiche peculiari e specifiche, che sembrano essere direttamente riconducibili alla natura «ibrida» dell'ordinamento europeo, il quale si trova perennemente (e spesso drammaticamente, esempio ne è in altro ambito la questione relativa alla gestione dei flussi migratori) alla ricerca di un equilibrio tra spinte funzionaliste ed efficientiste, da un lato, e tensioni garantiste e solidariste, dall'altro lato.

¹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2012, 7.

² Ivi, 14.

³ S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, XLIII.

⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015.

⁵ D.S. MARTINSEN, *Governing EU Health Law and Policy – On Governance and Legislative Politics*, in T.K. HERVEY, C.A. YOUNG, L.E. BISHOP (eds.), *Research Handbook in EU Health Law and Policy*, Cheltenam, 2017, 37.



2. La doppia base giuridica del biodiritto europeo: l'intreccio tra mercato unico europeo, tutela della salute e libertà di circolazione delle persone

Sul piano delle fonti, l'ambito di intervento normativo dell'Unione europea in materie che sono tradizionalmente considerate di rilievo diretto per la riflessione biogiuridica appare indubbiamente limitato – sul piano statico delle competenze attribuite dai Trattati – anche se risulta potenzialmente dotato di una rilevante capacità espansiva se colto nella prospettiva della dinamica delle fonti, in particolare nella interpretazione che di queste ultime fornisce la Corte di giustizia. Come noto, a livello di attribuzione di competenze, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) non attribuisce una competenza generalizzata in materia di salute⁶, potendo comunque «svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» anche in materia di tutela e miglioramento della salute umana (art. 6 TFUE). L'art. 9 TFUE prevede inoltre che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di (...) tutela della salute umana»⁷. Tale principio viene ribadito dal primo comma dell'art. 168 TFUE, che fornisce la base legale per l'applicazione all'ambito della tutela della salute pubblica del metodo 'mainstreaming'⁸ e dell'approccio 'health in all policies' nell'esercizio delle competenze dell'Unione⁹. In termini generali, l'art. 168 TFUE individua gli ambiti di intervento in materia sanitaria delle fonti europee, limitandone essenzialmente la natura a una funzione di completamento delle politiche nazionali, indirizzandosi al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale¹⁰. Misure finalizzate all'armonizzazione delle legislazioni nazionali rappresentano un'eccezione¹¹, circoscritta a obiettivi comuni di sicurezza, relativi in particolare alla qualità e alla sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati e dei medicinali e dispositivi medici (comma 4).

Un canale alternativo all'art. 168 è costituito dall'art 114 TFUE¹². Da un lato, atti normativi che risultano rilevanti in una prospettiva biogiuridica sono stati adottati anche in funzione del generale obiettivo perseguito dal richiamato articolo, il quale mira al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno: è il caso ad

⁶ Per una analitica ricostruzione, G. DI FEDERICO, *Art. 35*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 667-670.

⁷ Art. 9, TFUE.

⁸ T.K. HERVEY, *EU Health Law*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2017, 628, si riferisce a una «'mainstreaming' obligation» derivante dal combinato disposto degli articoli 9 e 168, primo comma, TFUE.

⁹ Per un inquadramento generale dell'approccio della "salute in tutte le politiche" (HiAP), A. FREILER ET AL., *Glossary for the implementation of Health in All Policies (HiAP)*, in *Journal of Epidemiology Community Health*, 2013, 67, 1068-1072; M. QUIGLEY, *Nudging for Health: On Public Policy and Designing Choice Architecture*, in *Medical Law Review*, 2013, 21, 588; A. ALEMANNO, A.L. SIBONY, *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, 2015; nella prospettiva della compatibilità tra l'approccio HiAP e contesto costituzionale italiano, sia consentito il riferimento a S. PENASA, *La "salute in tutte le politiche": presupposti teorici e fondamento costituzionale*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2015.

¹⁰ S.H. VAUCHEZ, *EU Law and Bioethics*, in M. CREMONA (ed.), *New Technologies and EU Law*, Oxford, 2017, 42.

¹¹ Ibidem.

¹² In merito alle potenzialità espansive di tale articolo, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, P. CRAIG, *The ECJ and ultra vires action: A conceptual analysis*, in *Common Market Law Review*, 2, 2011, 395-437.

esempio del Regolamento n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano¹³; e della Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche¹⁴.

Dall'altro lato, viene in rilievo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 114 TFUE, secondo cui, nei limiti delle rispettive competenze, le istituzioni europee nell'adottare misure finalizzate al ravvicinamento delle norme nazionali in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basano su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Proprio in tale seconda prospettiva, l'art. 114 TFUE ha dimostrato di poter esprimere una potenzialità espansiva, andando ad esempio a costituire la base giuridica delle normative finalizzate a promuovere stili di vita salutari adottate a livello europeo¹⁵: l'esempio paradigmatico, sul quale si tornerà *infra*, è rappresentato dalla direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati¹⁶, nella quale si richiama esplicitamente il principio, che diviene anche metodo che deve connotare il *decision-making process* a livello europeo, enunciato dal terzo comma dell'art. 114 TFUE, giungendo a caratterizzare la determinazione dell'oggetto di tale atto¹⁷.

In sintesi, non costituendo la descrizione analitica delle competenze dell'Unione in ambiti di rilievo biogiuridico l'obiettivo principale di questo scritto, è possibile pertanto individuare due vettori fondamentali di interazione tra diritto dell'Unione e questioni biogiuridiche, all'interno di un quadro di diritti e principi previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'art. 168 TFUE, che ha un rilievo diretto (in termini di ambito di intervento) ma un'efficacia debole, in quanto essenzialmente finalizzato al completamento delle politiche nazionali in materia di salute; l'art. 114 TFUE, che esprime una natura inversa: esprime un rilievo solo indiretto, in quanto l'obiettivo principale è il riav-

¹³ Per un commento, M. FASAN, *Il Regolamento UE n. 536/2014: la disciplina della sperimentazione clinica tra uniformità e differenziazione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 187-209.

¹⁴ Per un commento, A. PLOMER, *Human Dignity, Human Rights and Article 6(1) of the EU Directive on Biotechnological Inventions*, in A. PLOMER, P. TORREMANS (eds.), *Embryonic Stem Cell Patents: European Patent Law and Ethics*, Oxford, 2009, 203 ss.

¹⁵ M. GUY, W. SAUTER, *The History and Scope of EU Health Law and Policy*, TILEC Discussion Papers, 18 gennaio 2016, <http://ssrn.com/abstract=2718045>, 8.

¹⁶ A. ALEMANNO, *EU public health law and policy – tobacco*, in T. HERVEY, C.A. YOUNG, L.E. BISHOP (eds.), *Research Handbook in EU Health Law and Policy*, cit., 347-368.

¹⁷ Secondo l'art. 1 «La presente direttiva ha l'obiettivo di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti: (...) b) alcuni aspetti dell'etichettatura e del confezionamento dei prodotti del tabacco, comprese le avvertenze relative alla salute che devono figurare sulle confezioni unitarie dei prodotti del tabacco e sull'eventuale imballaggio esterno, come pure la tracciabilità e gli elementi di sicurezza che sono applicati ai prodotti del tabacco per garantire il rispetto della presente direttiva; (...) nell'intento di agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani, e adempiere agli obblighi dell'Unione previsti dalla convenzione quadro dell'OMS per la lotta al tabagismo («FCTC»)».





vicinamento delle legislazioni nazionali nel generale ambito del mercato comune, ma assume un'efficacia forte, in quanto tendente alla armonizzazione delle politiche di settore.

A fronte di una formalmente limitata attribuzione di competenze attribuite dai Trattati, dunque, ad una prima analisi – che potremmo definire statica – nel biodiritto il coinvolgimento del diritto europeo può essere considerato sostanzialmente ancillare rispetto al generale obiettivo di garantire il mercato europeo, tenuto conto della distinzione appena effettuata. In tal senso, Hervey ritiene che l'approccio europeo al rischio, ai diritti e all'etica è essenzialmente finalizzato all'esigenza di creare, rafforzare e proteggere il mercato dell'Unione. Anche in tale ambito, pertanto, si esprimerebbe quella che è stata definita da Scharpf «constitutional asymmetry»¹⁸ tra politiche che promuovono l'efficienza del mercato e interventi che mirano a garantire l'uguaglianza e la protezione sociale delle persone. Pertanto, secondo questa impostazione che parte della dottrina applica anche alla dimensione biogiuridica, la libertà di movimento e la concorrenza sarebbero la regola, mentre la tutela e la promozione della salute potrebbero essere considerate nella migliore delle ipotesi come eccezioni¹⁹. Tuttavia, appare condivisibile l'opinione di chi ha individuato una autonoma specificità di tale ambito, che non potrebbe essere più meramente inteso come insieme di eccezioni episodiche e non correlate (sistema) alle regole di mercato, quanto piuttosto un ambito giuridico autonomo, dotato di principi propri e di una propria coerenza strutturale²⁰. Secondo tale approccio, anche materie – consenso informato, inizio e fine vita – che risultano formalmente escluse dalla competenza dell'Unione, possono comunque esprimere un rilievo in termini di diritto europeo e risultano coinvolte nelle discipline di settore in ambiti centrali quali la sperimentazione clinica e la circolazione di organi e tessuti²¹. Su tali basi, pertanto, l'Autrice citata ritiene che la traiettoria compiuta dal diritto dell'Unione in termini di rilevanza per il biodiritto («health law») abbia raggiunto uno stadio sufficiente di coerenza strutturale da potere sostenere l'esistenza di un biodiritto europeo²².

Si tratterebbe, comunque, di una rilevanza indiretta e mediata da altri interessi, ma che non per questo risulta marginale. Al contrario, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia alla quale ci si riferirà nei prossimi paragrafi, l'interazione tra biodiritto e diritto europeo può interessare anche ambiti tradizionalmente esclusi da dinamiche di mercato, sfruttando la plasticità dei formali ambiti di competenza attribuiti all'Unione: un esempio paradigmatico è sicuramente rappresentato dall'impatto che la libertà di circolazione delle persone ha avuto – ad esempio in materia di cure transfrontaliere²³ – o potrà avere sull'accesso a trattamenti o servizi non disponibili, non effettivi o

¹⁸ F.W. SCHARPF, *The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a "social market economy"*, in *Socio-Economic Review*, 2, 2010, 211.

¹⁹ T.K. HERVEY, *The Rule of Law in EU's Innovation Society: Framing technology*, in M. WEIMER, K. CSERES, C. ECKES (eds.), *The Rule of Law in the Technological Age. Challenges and opportunities for the EU*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-35, 2017, <https://ssrn.com/abstract=3005914>, 57 ss, in cui l'Autrice distingue tra «The 'standard narrative' – the rule of EU market law» (Ivi, 57) e «A more nuanced narrative – the rule of other values in EU (market) law» (Ivi, 59).

²⁰ T.K. HERVEY, *Telling stories about European Union Health Law: The emergence of a new field of law*, in *Comparative European Politics*, 15, 3, 2017, 361-362.

²¹ Ivi, 360.

²² Ibidem.

²³ Su tale aspetto, L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *DPCE online*, 3,



vietati nell'ordinamento di appartenenza (donazione di gameti con finalità riproductive; tecniche di maternità surrogata; decisioni di fine-vita). Finendo pertanto con lo smarcarsi da una lettura debole delle potenzialità biogiuridiche dell'ordinamento europeo, secondo la quale il coinvolgimento di quest'ultimo potrebbe essere meramente tangenziale, episodico e comunque limitato a questioni di natura tecnico-procedurale (sicurezza), in quanto gli ambiti richiamati da ultimo esprimono un elevato potenziale assiologico-valoriale e di complessità etica e sociale, finendo con il coinvolgere la stessa natura costituzionale dell'ordinamento europeo.

In tale prospettiva, la garanzia della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea – e dei cittadini di Stati terzi che abbiano con questi ultimi un legame familiare – risulta funzionale all'esercizio effettivo di pretese giuridicamente rilevanti che l'ordinamento di appartenenza abbia legittimamente deciso di non offrire o vietare: è il caso ad esempio della possibilità di sottoscrivere accordi di maternità surrogata all'estero e della successiva possibilità di vedersi riconosciuto validamente il rapporto di filiazione una volta rientrati nel Paese di cui si è cittadini o si risiede, provocando una sorta di effetto “a cascata” che trova nella libertà di circolazione il proprio innesto; in dottrina, è stata proposta l'applicazione della libertà di circolazione anche all'ambito dell'assistenza al suicidio, fondandosi sulla natura non esclusivamente economica ma anche assiologica di tale libertà e sul tipico strumento del mutuo riconoscimento tra gli Stati membri utilizzato al fine di garantire la stabilità degli effetti prodotti da un atto compiuto in un Paese diverso²⁴.

Attraverso il prisma della libertà di circolazione, pertanto, è possibile – anche senza giungere a proposte estreme come quella appena riferita in materia di assistenza al suicidio – individuare una natura sostanzialmente normativa anche all'interno del biodiritto europeo, recuperando la funzione antropologica del (bio)diritto, inteso quale come insieme di strumenti volti a garantire la persona proprio contro tutti i poteri variamente invasivi sul suo corpo²⁵. In termini di sistema, l'interazione tra libertà di circolazione e questioni biogiuridiche è stata interpretata come strumento di espressione del pluralismo e opportunità di fisiologica convivenza tra posizioni maggioritarie e minoritarie, in particolare quando il livello di divisione sociale prodotto da tali questioni risulta elevato²⁶.

Recentemente, la Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare tale intreccio – libertà di circolazione e questioni “eticamente sensibili” – in riferimento al riconoscimento di un matrimonio tra persone dello stesso sesso validamente contratto in uno Stato membro da parte di un altro Stato membro, del quale uno dei due coniugi era cittadino²⁷. La Corte di giustizia, pur riconoscendo che la disciplina

2015, 1-34; M. CAPPELLETTI, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di Giustizia*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 175-189.

²⁴ B. VAN LEEUWEN, *Euthanasia and the ethics of free movement law: the principle of recognition in the internal market*, in *German Law Journal*, 2018, in corso di pubblicazione (<http://dro.dur.ac.uk/24517/>).

²⁵ Ci si riferisce a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit.

²⁶ G. PENNINGS, *Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 28, 2002, 337 ss., che considera il turismo riproductive come esercizio di pluralismo morale.

²⁷ Corte di giustizia (Grande sezione), 5 giugno 2018, Causa C-673/16, *Coman e altri c. Romania*. G. ROSSOLILLO, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog* (URL: <http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-giustizia-matrimonio-tra-persone-dello-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/>), 8 luglio 2018; F. BATTAGLIA, *La definizione di “coniuge” ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 307; P. FARAGUNA,



l'ambito di tutela della libertà di circolazione dei cittadini europei. Ancor più significativamente, la Corte ha escluso la possibilità per lo Stato membro di attivare efficacemente la clausola della identità nazionale, in quanto il riconoscimento dello *status* ciò «non pregiudica l'istituto del matrimonio» nei singoli Stati membri, che «è definito dal diritto nazionale e rientra nella competenza dei medesimi»²⁸: quanto meno in via indiretta, ciò equivale a limitare l'ambito di influenza del riferimento alla identità nazionale rispetto alla operatività del diritto dell'Unione e – in termini quanto meno potenziali – a una volontà di esprimere una dimensione assiologica europea, fondata sull'intreccio tra libertà di circolazione e diritto al rispetto della vita familiare e sulla valorizzazione del paradigma dei diritti rispetto a quello della identità nazionale, anche in ambiti eticamente complessi.

3. I diversi (complementari) canali di espressione del biodiritto europeo: il diritto derivato dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia

Dall'analisi succintamente svolta, è possibile rilevare un processo di graduale ma inesorabile contaminazione delle logiche tipiche del mercato con quelle tradizionalmente riconducibili alla tutela dei diritti fondamentali in ambito biogiuridico, quando non di vere e proprie valutazioni di carattere assiologico dall'elevato contenuto discrezionale. Il descritto processo di contaminazione tra logiche di tutela del mercato e logiche di tutela dei diritti trova due fondamentali canali di manifestazione, che devono essere intesi in senso complementare e non alternativo: da un lato, il diritto derivato, sia attraverso l'utilizzo di strumenti finalizzati alla armonizzazione delle discipline nazionali sia mediante atti non vincolanti o di indirizzo²⁹; dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte di giustizia, che viene chiamata in modo sempre più crescente dai giudici nazionali a fornire valutazioni di natura assiologica in ambito latamente bioetico, all'interno della tradizionale funzione di scrutinio e di interpretazione degli atti nazionali ed europei.

Un esempio paradigmatico di manifestazione del biodiritto europeo attraverso il canale delle fonti derivate dell'Unione è certamente rappresentato dalla disciplina della sperimentazione clinica dei farmaci, che ha conosciuto recentemente una riforma complessiva da parte del Regolamento n.

L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2018, 713 ss.

²⁸ Corte di giustizia, *Coman c. Romania*, § 45.

²⁹ Tale secondo fenomeno normativo risulta particolarmente rilevante nell'ambito della promozione della salute pubblica e individuale, in tema di attività fisica e alimentazione (Promoting healthy diet and physical activity across Europe; Nutrition, overweight and obesity – EU strategy; Promoting health-enhancing physical activity for all; Conclusioni del Consiglio sull'alimentazione e l'attività fisica (2014/C 213/01); White Paper on a strategy for Europe on nutrition, overweight and obesity-related health issues (COM(2007) 279 final of 30.5.2007)) e consumo di alcolici (Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: An EU strategy to support Member States in reducing alcohol-related harm (COM(2006) 625 final of 24.10.2006)).

536/2014, il quale – come anticipato – si riferisce all'art. 168.4c) del TFUE³⁰. Il riferimento alla base giuridica dell'atto non è irrilevante, in quanto funzionale a rivelare la inevitabile porosità dell'obiettivo di garantire parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dispositivi di impiego medico, che il richiamo ai concetti di «qualità» e «sicurezza» sembrerebbe ricondurre a una dimensione esclusivamente tecnico-procedimentale, ma che una volta entrato in contatto con la specificità dell'ambito biomedico finisce con l'interessare in modo rilevante ambiti ad elevato contenuto assiologico, quali la tutela dei diritti delle persone coinvolte e le finalità della sperimentazione clinica. Il regolamento prevede infatti la definizione di consenso informato³¹, che va a limitare la discrezionalità dei legislatori nazionali a proporre eventualmente una definizione alternativa, e inserisce all'interno del procedimento di autorizzazione della sperimentazione clinica, oltre a un controllo di natura scientifica, anche una valutazione etica, che dovrà essere svolta da un comitato etico istituito a tal fine in ciascun Stato membro³².

Un ulteriore livello di “contaminazione” è rappresentato dall'incrocio tra obiettivo di regolazione del mercato in specifici settori commerciali e finalità di promozione della salute individuale e pubblica, perseguitibili ad esempio attraverso la previsione a livello statale di misure di natura economica destinate ad alterare la libera determinazione del prezzo sul mercato di prodotti commerciali che possano rappresentare un rischio per la salute pubblica e individuale. In questi casi, l'eventuale misura statale che sia intervenuta predeterminando l'ammontare del prezzo dei prodotti risulta derogatorio rispetto al principio della libera circolazione delle merci³³, potendo però trovare una formale base giuridica nell'art. 36 TFUE, che prevede una deroga al generale divieto di restrizioni quantitative all'importazione tra Stati membri, se queste sono previste per ragioni di tutela della salute e della vita delle persone. La Corte di giustizia si è pronunciata sul punto³⁴, affermando la generale non incompatibilità di tale tipo di intervento statale alla luce del diritto europeo quando rispetti una serie di parametri, peraltro tipici anche del giudizio di costituzionalità delle leggi: quando cioè sia *giustificato* (rispetto all'obiettivo di tutela della salute dei consumatori di alcolici), *coerente* (in quanto inserita in una più generale politica pubblica finalizzata a promuovere un consumo responsabile di alcolici), *idoneo* a raggiungere l'obiettivo (in tal senso elementi di prova possono essere l'eventuale esistenza di dubbi scientifici relativi agli effetti concreti e reali prodotti dalla misura sul consumo di alcool) e *pro-*

³⁰ L'art. 168, quarto comma, lettera c), prevede la possibilità di adottare «misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico».

³¹ Su tale aspetto, C. CASONATO, *I percorsi evolutivi del diritto della sperimentazione umana: spunti per una analisi comparata*, in C. BUCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione, criticità, prospettive*, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2015, 39 ss.

³² Art. 4 del Regolamento 536/2014. Cfr. la Mozione del Comitato Nazionale per la Bioetica, 25 settembre 2015, 3, nel quale si rileva criticamente l'inscindibilità degli aspetti scientifici e dei principi etici in sede di valutazione dei protocolli di ricerca.

³³ Art. 34 TFUE, secondo cui «Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente».

³⁴ Corte di giustizia, causa C-333/14, 23 dicembre 2015. Cfr. A. ALEMANNO, *Balancing free movement and public health: The case of minimum unit pricing of alcohol in Scotch Whisky*, in *Common Market Law Review*, 4, 2016, 1037–1063; O. BARTLETT, *Minimum Unit Pricing for Alcohol May Not be a Proportionate Public Health Intervention*, in *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2016, 218-222.



porzionato (qualora la salute e la vita delle persone non possano essere tutelate, con pari efficacia, con provvedimenti di minore pregiudizio per gli scambi nell'Unione).

Di particolare rilievo – in prospettiva sistematica – risultano alcune delle argomentazioni della Corte di giustizia. Quest'ultima infatti riconosce che la normativa nazionale, la quale rappresenta peraltro solo una delle iniziative adottate dal governo scozzese all'interno di una più ampia politica finalizzata a contrastare gli effetti provocati dal consumo di alcolici sulla popolazione, persegue l'obiettivo di tutela della salute e della vita delle persone, «che occupa il primo posto tra i beni i gli interessi protetti dall'articolo 36 TFUE», e che «spetta agli Stati membri, entro i limiti imposti dal Trattato, stabilire il livello al quale essi intendono assicurarne la tutela»³⁵. Significativamente, inoltre, la Corte europea attribuisce al giudice nazionale l'onere di dimostrare che la normativa risulti conforme al principio di proporzionalità, motivando sulla base di «prove adeguate», tra le quali può rientrare anche la valutazione «dell'eventuale esistenza di dubbi scientifici quanto agli effetti concreti e reali sul consumo di alcool» derivanti dall'applicazione del prezzo minimo per unità di alcool, prendendo in considerazione «qualsiasi informazione, elemento di prova o altri documenti pertinenti di cui abbia a conoscenza»³⁶, in particolare quando sussistano dubbi scientifici relativi ai reali effetti delle misure adottate.

Il fenomeno di contaminazione tra logiche di mercato e di tutela dei diritti, come si è cercato di dimostrare, trova formali – seppur limitate – basi giuridiche nei Trattati, che possono essere amplificate attraverso atti normativi e politiche assunti dalle autorità nazionali. Tale tendenza può emergere non solo in riferimento a questioni direttamente riconducibili alla dimensione sanitaria o clinica (circolazione dei pazienti, sperimentazione, promozione della salute), ma anche in ambiti che coinvolgono direttamente scelte di natura valoriale che esprimono la natura sostanzialmente costituzionale di un ordinamento: in altre parole, la manifestazione in ambito biogiuridico della «formula politica istituzionalizzata»³⁷ di un sistema giuridico. Come anticipato, questa non è un approccio tipico dell'ordinamento europeo, che tende a non esprimere in modo esplicito e sistematico opzioni valoriali di questa natura. Per questo motivo, in dottrina si è sottolineato come una delle caratteristiche connotative del diritto biomedico europeo sarebbe quella di riguardare essenzialmente le procedure e i metodi più che la sostanza e il contenuto di tali scelte³⁸.

3.1 Il tentativo di ridurre questioni assiologicamente orientate alla dimensione tecnico-procedurale: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia

La tendenza a depotenziare la carica assiologica delle questioni affrontate trova senza dubbio tanto nella natura originaria quanto nelle competenze e negli obiettivi dell'Unione la propria causa giustificativa, ma occorre riconoscere che la loro declinazione in termini procedurali o tecnici esprime allo stesso tempo una precisa volontà politica delle istituzioni europee. Un esempio significativo è rappresentato dalla qualificazione delle tecniche di interruzione volontaria di gravidanza come «servi-

³⁵ Corte di giustizia, causa C-333/14, cit., § 35.

³⁶ Ivi, § 64.

³⁷ Si utilizza qui la nota formula di G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 75 ss.

³⁸ S. H. VAUCHEZ, *EU Law and Bioethics*, cit., 41 e 52. L'Autrice citata individua una funzione «tecnologica» opposta a una «ontologica» svolta dall'etica a livello europeo (Ivi, 59-60).

zio» ai sensi dell'allora art. 60 del Trattato, operato dalla Corte di giustizia nel caso Grogan³⁹, nel quale la Corte è giunta quindi ad applicare a questioni di natura biomedica i concetti tipici del mercato comune europeo⁴⁰. In casi di questo tipo, secondo un approccio simile a quello adottato successivamente nel caso Brüstle (sul quale subito *infra*), la Corte di giustizia distingue in modo (almeno formalmente) netto la dimensione assiologica – nel caso di specie, le questioni di carattere etico provocate dalla pratica dell'interruzione volontaria di gravidanza – la quale viene sistematicamente esclusa dall'ambito di valutazione della Corte, da quella giuridica, delimitata all'obiettivo di chiarire il significato concreto dei concetti utilizzati e quindi l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Tuttavia, e questo sembra essere un processo destinato a riprodursi in modo incrementale, gli sforzi operati dalla Corte di giustizia per distinguere il piano etico da quello giuridico non riescono a raggiungere in modo pieno l'obiettivo di neutralizzare la carica assiologica delle proprie decisioni in materia biomedica. A tal riguardo, non mancano, in aree tipicamente sussumibili alle logiche di mercato e di libertà economica, esempi di integrazione sostanziale tra dimensione ordinamentale-procedurale e dimensione assiologica, pur a fronte di una formale esclusione dallo scrutinio della Corte di elementi di carattere etico-valoriale⁴¹. I limiti alla possibilità di brevettare invenzioni biotecnologiche nel caso in cui violino l'integrità e la dignità del corpo umano (art. 5) o che siano contrarie, oltre che all'ordine pubblico, alla morale, in particolare quando prevedano l'utilizzo di embrioni umani con finalità commerciali o industriali, esprimono evidentemente tale ultima tendenza.

Come noto, in occasione delle decisioni Brüstle e International Stem Cell Corporation⁴², la Corte di giustizia ha identificato una nozione comune europea di embrione, basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione al momento della decisione e lasciando comunque ai giudici nazionali il compito di verificare l'integrazione del criterio individuato in termini generali – l'innata capacità di svilupparsi in un essere umano – nei singoli casi concreti⁴³.

Dietro lo schermo formale dell'esigenza di garantire la certezza e la prevedibilità dell'applicazione del diritto europeo, in questi casi – come peraltro avvenuto in riferimento alla definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 2004/38/CE nel citato caso Coman c. Romania (C-673/16, 5 giugno 2018) – le decisioni della Corte di giustizia possono esprimere pertanto contenuti ad elevato contenuto assiologico-valoriale, secondo un andamento che può essere inteso nel senso di un rafforzamento della identità costituzionale europea e del processo di progressiva federalizzazione dei diritti⁴⁴.

³⁹ Caso C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and Others*, 4 ottobre 1991.

⁴⁰ S.H. VAUCHEZ, *EU Law and Bioethics*, cit., 44. Interessanti spunti anche in L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 208-211.

⁴¹ Nel caso Brüstle (C-34/10, 18 ottobre 2011), la Corte ha affermato che «it should be pointed out that, although, the definition of human embryo is a very sensitive social issue in many Member States, marked by their multiple traditions and value systems, the Court is not called upon (...) to broach questions of a medical or ethical nature, but must restrict itself to a legal interpretation of the relevant provisions of the Directive», § 30.

⁴² Causa C-364/13, 18 dicembre 2014.

⁴³ Sul punto, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di "embrione umano"*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2015, 213-216.

⁴⁴ Utilizza questa immagine A. RUGGERI, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2018, 1-18.



Questo esempio dimostra come non sia possibile ipotizzare (e realizzare) una assoluta impermeabilità tra paradigmi – economico ed assiologico – tenendo conto anche del compromesso finalizzato alla tutela della persona e dei diritti fondamentali che trova espressione sistematica nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Inoltre, esso esprime la intrinseca capacità espansiva degli elementi assiologici che emergono dal tessuto normativo europeo, anche quando inseriti in ambiti apparentemente neutri come quello della brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche: sulla spinta dell’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia alla nozione di embrione contenuta nell’articolo 6 della direttiva 98/44/CE si è infatti sviluppato un ampio dibattito che ha coinvolto non solo la dottrina ma anche il decisore politico e la giurisprudenza nazionale.

3.2. L’emersione del pluralismo nel biodiritto europeo: contenuto, strumenti, strategie

Nel momento in cui si riconosca la natura non refrattaria a tali istanze della dimensione giuridica europea, occorre sottolineare la centralità a tale livello del principio del pluralismo, che trova riconoscimento nella Carta dei diritti e nei Trattati e che – in ambito biomedico – si esprime in una pluralità di tendenze e meccanismi giuridici, che possono essere sistematizzati secondo tendenze concomitanti.

Queste ultime possono assumere diverse configurazioni: rispetto agli ambiti di esercizio delle competenze individuate dai Trattati, la prevalenza di soluzioni di natura tecnica o comunque procedurale degli interventi europei in tali ambiti; a livello ordinamentale, la previsione di eccezioni assiologicamente connotate rispetto all’applicazione del diritto europeo in ambiti eticamente sensibili⁴⁵ e il riferimento all’identità costituzionale, strumento di resistenza degli Stati che ancora non è stato formalmente utilizzato in ambito biogiuridico, ma che nella sentenza Coman c. Romania è stato ricondotto ad un ambito di influenza circoscritto, comunque rimesso alla valutazione della Corte di giustizia; a livello giurisprudenziale, la volontà di depotenziare i contenuti assiologici delle scelte operate nei singoli casi concreti attraverso la loro riconduzione a questioni di carattere prettamente giuridico o procedurale (Brüstle, Coman).

In tale prospettiva, appare opportuno richiamare una recente sentenza della Corte di giustizia⁴⁶, che ha rigettato il ricorso presentato contro la comunicazione COM(2014) 355 della Commissione, del 28 maggio 2014, con cui quest’ultima ha determinato di non intraprendere azioni in riferimento all’iniziativa dei cittadini europei «Uno di noi»⁴⁷. La sentenza, pur avendo principalmente ad oggetto

⁴⁵ Ad esempio, il Protocollo n. 35 sull’articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese, secondo cui «Nessuna disposizione dei trattati, del trattato che istituisce la Comunità europea dell’energia atomica e dei trattati o degli atti che li modificano o li integrano pregiudica l’applicazione in Irlanda dell’articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese», secondo cui «The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right».

⁴⁶ Causa T-561/14, 23 aprile 2018.

⁴⁷ La citata Iniziativa ha raccolto quasi 2 milioni di firme e si poneva l’obiettivo la «[p]rotezione giuridica della dignità, del diritto alla vita e dell’integrità di ogni essere umano fin dal concepimento nelle aree di competenza [dell’Unione europea] nelle quali tale protezione risulti rilevante», in particolare il finanziamento di ricerche che distruggano embrioni umani per ricavarne cellule staminali. Per una descrizione, D. MILANI, «*Uno di noi*: l’iniziativa cittadina europea per il diritto alla vita, all’integrità e alla dignità dell’embrione, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2012, 393-406.

la legittimità procedurale del contenuto della comunicazione e il relativo onere di motivazione, offre spunti interessanti anche ai nostri fini, dal momento che in tale caso – come affermato dalla Corte di giustizia – si fronteggiano due “approcci etici” contrapposti: quello della Commissione (e in generale delle istituzioni rappresentative europee) e quello dei promotori dell’Iniziativa. A giudizio della Corte di giustizia, l’attuale disciplina del finanziamento della ricerca con cellule staminali embrionali, che l’Iniziativa proponeva di vietare in modo assoluto, assicura un «quadro etico rigoroso», fondato sul bilanciamento tra esigenze di tutela della vita e della dignità dell’embrione (principi enunciati peraltro già a livello di diritto primario) e interessi della ricerca, tenuto conto delle potenzialità in termini di tutela della salute umana. Pertanto, le valutazioni di natura politico-discrezionale compiute dalla Commissione non sono il risultato di un errore manifesto di valutazione, come proposto dai ricorrenti, ma di una legittima diversità di approccio rispetto a questioni eticamente complesse, che trovano – a giudizio della Commissione e della Corte – adeguato riconoscimento e tutela (bilanciamento) a livello di normativa europea.

4. L’influenza del dato scientifico nel biodiritto europeo: l’impatto sulla giurisprudenza della Corte di giustizia

Un ulteriore elemento che può essere individuato come potenzialmente decisivo nell’individuare una relazione effettiva tra diritto europeo e biodiritto, nel senso di identificare una funzione – crescente e non ancora completamente espressa – del primo di rafforzamento della dimensione normativo-prescrittiva del secondo⁴⁸, può essere individuato nel ruolo svolto dai dati scientifici all’interno del *decision-making process*, tanto a livello normativo quanto giurisprudenziale. Limitandosi all’analisi dell’utilizzo svolto dalla Corte di giustizia della natura scientifica delle questioni ad essa sottoposte, possono essere identificati alcuni recenti casi che, proprio per il fatto di interessare ambiti normativi (in termini di fonti) e fattuali (in termini di oggetto dell’intervento normativo), identificano una tendenza in via di consolidamento all’interno della giurisprudenza europea. Tale processo di integrazione dei fatti scientifici nella giurisprudenza europea avviene sia a livello di parametri sia rispetto alle argomentazioni utilizzati dalla Corte di giustizia.

La prima dimensione, connessa agli strumenti utilizzati dalla Corte all’interno dello scrutinio, entra in rilievo in particolare in caso di esercizio di potere discrezionale da parte delle istituzioni europee al fine di assicurare la sicurezza di prodotti, alimenti o dispostivi che possano causare un pericolo per la salute pubblica e individuale⁴⁹. A tale livello, la Corte di giustizia richiede che le decisioni di natura politica che siano assunte negli ambiti richiamati trovino anche un fondamento di carattere tecnico-scientifico: la funzione del richiamo a dati ed evidenze scientifiche non è quella di sostituire o surrogare le valutazioni discrezionali compiute dagli organismi competenti a livello europeo, ma piuttosto di fornire un ulteriore – necessaria – fonte di legittimità alla decisione di natura politica, che deve emergere in modo esplicito e formale dalle caratteristiche del processo decisionale utilizzato. Questa tendenza, che si tramuta in un vero e proprio parametro autonomo all’interno dello scrutinio opera-

⁴⁸ Il riferimento corre a quanto proposto nel primo paragrafo.

⁴⁹ Recentemente, F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell’ambiente*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1, 2017, 129 ss.



to dalla Corte, sembra sussurrabile al più ampio fenomeno che identifica l'emersione ormai consolidata di un «rationality turn» dei processi decisionali di natura politica, al quale consegue un «instrumental use of evidence of decision-making process to verify its adequacy and quality»⁵⁰. Lo scrutinio di natura procedurale, che esprime una dimensione ulteriore (ma non alternativa) del principio di proporzionalità, nella giurisprudenza della Corte di giustizia sembra essere declinato tendenzialmente in senso procedurale, richiedendosi che il soggetto regolatore dimostri di avere preso in considerazione elementi di carattere tecnico-scientifico, arrestandosi però sulle soglie della valutazione della adeguatezza, attendibilità e plausibilità dei medesimi, riconoscendo una sorta di monopolio valutativo quando la decisione sia assunta da soggetti democraticamente legittimati.

Sullo sfondo, evidentemente, si erge la funzione svolta dal principio di precauzione quale fattore di legittimazione e legittimità di atti e azioni finalizzate a limitare l'applicazione in ambito medico (sperimentazione clinica), scientifico (ricerca di base e applicata) o produttivo (agricoltura)⁵¹.

La Corte di giustizia si è trovata anche di recente ad affrontare la questione relativa al contenuto e alla portata del principio di precauzione nello specifico ambito degli alimenti geneticamente modificati, proponendone una interpretazione innovatrice rispetto alla propria giurisprudenza precedente che pare destinata a produrre effetti anche in settori diversi da quello oggetto della pronuncia⁵². La Corte, infatti, è stata chiamata a chiarire da parte di un giudice italiano la portata dei requisiti e delle condizioni previste dal regolamento in materia (n. 1829/2003) che consentono agli Stati membri di prevedere misure interdittive d'urgenza (come avvenuto nel caso di specie in Italia rispetto all'utilizzo di una specifica varietà di mais OGM autorizzata a livello europeo (MON 810)), sulla base di una valutazione fondata sul principio di precauzione a fronte della possibilità di rischi gravi per la salute umana, animale e dell'ambiente, a fronte di una situazione di incertezza scientifica sui suoi effetti. Per quanto di specifico rilievo in termini di sistema – oltre cioè al caso di specie – la Corte di giustizia sembra proporre – secondo parte della dottrina che ha commentato la sentenza⁵³ – una interpretazione del principio di precauzione che, innovando in senso recessivo nella prospettiva della tutela del diritto alla salute delle persone e alla tutela dell'ambiente, andrebbe nel verso di una prevalenza della tutela delle libertà di iniziativa economica.

A giudizio della Corte, infatti, una misura nazionale derogatoria del regime di autorizzazione europea non potrebbe fondarsi sul mero richiamo al principio di precauzione in astratto (secondo un approccio puramente ipotetico del rischio fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente), risultando necessario che il rischio grave e manifesto per la salute sia constatato sulla base di nuovi elementi fondati su dati scientifici attendibili, in base ad una «valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze specifiche del caso», in grado di dimostrare la necessità di tale misure interdittive (penalmente sanzionate). Tuttavia, spostando la prospettiva

⁵⁰ A. ALEMANNO, *The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 1, 2013, 2.

⁵¹ Una interessante prospettiva è proposta da E. FISCHER, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Oxford, 2007.

⁵² Causa C-111/16, 13 settembre 2017.

⁵³ S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, in particolare 17 ss.



dall'ambito specifico oggetto della questione (OGM) e ponendosi in una prospettiva sistematica, tale lettura "qualificata" del principio di precauzione sembra coinvolgere non tanto la dimensione assiologica delle scelte politiche effettuate in ambiti caratterizzati da un elevato livello di complessità e incertezza scientifica, quanto la dimensione procedurale, che in altra sede è stata definita come ragionevolezza scientifica, delle decisioni discrezionali assunte in tali ambiti.

In tale prospettiva, l'approccio della Corte di giustizia, innovando, come detto, rispetto ai propri precedenti, sembra esprimere una linea di continuità argomentativa con quanto espresso – nel medesimo ambito della coltivazione di OGM – della Corte costituzionale italiana e, in tempi più recenti, del Consiglio di Stato italiano in materia di vaccinazioni obbligatorie⁵⁴ né opera in un'unica direzione (segnatamente, in quella dell'interdizione delle decisioni pubbliche "rischiose"). Al contrario, «il principio di precauzione vige in una dimensione essenzialmente metodologica ed è bidirezionale. (...) permette di individuare il percorso di proceduralizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza, consentendo una gestione collettiva del rischio»⁵⁵.

La dimensione ulteriore di rilevanza dei dati scientifici coinvolge le tecniche e gli strumenti argomentativi utilizzati dalla Corte di giustizia. Il riferimento allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche può orientare in modo decisivo la Corte nel determinare il contenuto normativo delle proprie decisioni, ad un duplice livello: per la natura intrinsecamente scientifica della questione che rappresenta l'oggetto della questione sollevata, da un lato; per la natura anch'essa intrinsecamente plurale dei criteri di natura scientifica che possono essere selezionati dalla Corte al fine di giungere alla definizione del contenuto precettivo della decisione assunta. Paradigmatica ad esprimere questa duplice funzione è la già richiamata "saga" Brüstle⁵⁶.

La Corte di giustizia, da un lato, ha riconosciuto come la questione avesse un ineludibile contenuto tecnico-scientifico, pur premurandosi – come rilevato – di disattivarne la valenza etica e politica; dall'altro lato, prendendo atto della esistenza di una assenza di consenso all'interno della comunità scientifica di riferimento rispetto alla individuazione del criterio più adeguato a definire l'embrione umano, la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza a chiarirne il significato, attraverso una operazione ermeneutica dall'elevato contenuto discrezionale e dalla portata assiologica di carattere potenzialmente sistematico⁵⁷.

Significativamente, la Corte di giustizia esclude qualsiasi margine di discrezionalità a livello nazionale, facendo prevalere l'esigenza di introdurre una definizione comune a livello europeo, discostandosi pertanto dal generale atteggiamento di *self-restraint* che caratterizza gli organi giurisdizionali quando siano richiesti di pronunciarsi su concetti scientifici eticamente connotati. In questo caso, quindi, emerge in modo chiaro il rilievo – apparentemente più decisivo a livello europeo che a livello naziona-

⁵⁴ Parere adunanza della Commissione speciale del 20 settembre 2017, secondo cui «Il principio di precauzione non vive, infatti, in una dimensione prevalentemente assiologica (esso cioè non presuppone una precisa scelta di valori-fine)».

⁵⁵ Ivi, 32.

⁵⁶ Si è utilizzata questa espressione in S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della "saga" Brüstle (C-364/13)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, cit.

⁵⁷ Anche se la Corte specifica che le valutazioni compiute hanno natura esclusivamente giuridica, escludendone qualsiasi contenuto di carattere etico o scientifico e che l'interpretazione deve intendersi ai soli fini della applicazione della direttiva medesima.



le – dei dati di natura tecnico-scientifica all'interno del processo decisionale svolto dalla Corte di giustizia, che tende a riferirsi in modo costante ed esplicito alle fonti di cognizione utilizzate, sottolineando l'esigenza di tenere conto – tanto in sede di presa delle decisioni politiche quanto in sede di valutazione della legittimità di queste ultime – della evoluzione avvenuta a livello fattuale, anche eventualmente modificando o riperimetendo le decisioni assunte in precedenza (come avvenuto nel caso di specie con la successiva sentenza *International Stem Cell Corporation*).

In un caso relativo alla responsabilità per danni da prodotti difettosi (direttiva 85/374/CEE), la Corte di giustizia ha affrontato la questione della correlazione tra somministrazione di vaccini (contro epatite B) e l'insorgenza di malattie gravi (nel caso di specie, sclerosi multipla)⁵⁸.

Anche in questa occasione, la Corte non ha preso posizione sulla fondatezza scientifica di tale correlazione, ma ha comunque interpretato la nozione utilizzata dalla direttiva di «spiegazione più plausibile» dell'insorgenza del danno ai fini della risarcibilità nel senso che l'assenza di una prova scientifica certa di tale correlazione non impedisce in assoluto la possibilità per il giudice nazionale – nel suo libero apprezzamento – di considerare ragionevolmente dimostrati il difetto e il nesso di causalità con l'insorgenza della malattia. Pertanto, secondo la Corte, «nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso (...), taluni elementi in fatto possono costituire indizi gravi, precisi e concordanti i quali consentono di ravvisare la sussistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra difetto e malattia»⁵⁹. Di conseguenza, un regime probatorio che richiedesse al danneggiato di fornire una «prova certa, tratta dalla ricerca medica» dell'esistenza di un nesso di causalità tra il difetto attribuito al vaccino e l'insorgenza della malattia si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione⁶⁰. Un siffatto standard probatorio si porrebbe in contrasto con l'effetto utile e con gli stessi obiettivi – in particolare la tutela della sicurezza e della salute dei consumatori – della direttiva in questione, pur specificando che sarebbe egualmente incompatibile un regime probatorio che prevedesse l'automatismo dell'accertamento del nesso in presenza di indizi fattuali predeterminati a livello legislativo o giurisprudenziale⁶¹.

Anche in questo caso, attraverso o dietro lo schermo della applicazione di una disciplina eticamente neutra (danno da prodotto difettoso), la Corte di giustizia viene “coinvolta” in questioni tipicamente biogiuridiche. Tuttavia, la sentenza richiamata consente di sottolineare i rischi derivanti dalla scelta di non svolgere una istruttoria autonoma, seppur sommaria, riferendosi meramente ai dati dedotti dalle parti processuali. Nel caso della correlazione tra somministrazione del vaccino contro l'epatite B e l'insorgenza della sclerosi multipla, infatti, la Corte di giustizia sembra ritenere che a livello scientifico le due tesi – tendenti ad escludere o sostenere un rapporto di causa ed effetto – trovino un fondamento sostanzialmente equivalente; in realtà, come sottolineato fin dai primi commenti alla sentenza, un'ampia maggioranza degli studi recenti supportano la teoria dominante secondo cui non sussista alcun legame scientificamente valido tra i due eventi⁶². Occorre richiamare il fatto che, nella “saga” Brüstle, proprio un mutamento nelle evidenze scientifiche introdotte dalle parti nel processo ha

⁵⁸ Caso C-621/15 *W and Others v Sanofi Pasteur*, 2017.

⁵⁹ *Ivi*, § 43.

⁶⁰ *Ivi*, § 30.

⁶¹ *Ivi*, § 55.

⁶² L.R. SMILLIE, M.R. ECCLESTON-TURNER, S.L. COOPER, *C-621/15 - W and Others v Sanofi Pasteur: An Example of Judicial Distortion and Indifference to Science*, in *Medical Law Review*, 26, 1, 2018, 134–145.

condotto la Corte di giustizia a rideterminare – limitandolo e riducendo di conseguenza l’ambito di applicazione del limite posto dalla direttiva alla possibilità di brevettare invenzioni biotecnologiche – il contenuto della definizione di embrione umano.

La valutazione di dati scientifici, nel caso specifico di natura medico-epidemiologica, è risultata decisiva nell’orientare l’argomentazione della Corte anche in un caso relativo alla compatibilità con il divieto di discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) e la legge francese che prevede l’esclusione permanente dalla donazione di sangue degli uomini che abbiano avuto rapporti con una persona dello stesso sesso, sulla base della sussistenza di un rischio più elevato di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili mediante trasfusione⁶³. La Corte di giustizia, a differenza di quanto avvenuto nel caso Pasteur, opera una valutazione di adeguatezza della misura nazionale, fondandosi su dati epidemiologici relativi ai contagi da HIV che evidenziano un’incidenza nella popolazione omosessuale nettamente maggiore rispetto alla media generale⁶⁴: riconoscendo il continuo sviluppo delle acquisizioni scientifico-statistiche in tale ambito, la Corte afferma la compatibilità della misura con il diritto europeo, attribuendo però al giudice nazionale la responsabilità di verificare se, alla luce delle attuali conoscenze mediche, scientifiche ed epidemiologiche, i dati utilizzati possano ritenersi attendibili e rilevanti⁶⁵.

In relazione alla proporzionalità della misura alla luce dell’art. 21 della Carta, la Corte di giustizia ritiene che tale principio possa dirsi rispettato «solo se un elevato livello di protezione della salute dei riceventi non possa essere garantito mediante tecniche efficaci di ricerca dell’HIV e meno restrittive rispetto al divieto permanente della donazione di sangue»⁶⁶, attribuendo al giudice nazionale il compito di «verificare se i progressi della scienza o della tecnica sanitaria (...) consentano di garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi, senza che l’onere che ne consegue sia esorbitante rispetto agli obiettivi di protezione della salute perseguiti»⁶⁷.

Pertanto, secondo una linea di continuità con il ruolo svolto dal riferimento ai dati scientifici in sede di selezione dei parametri di scrutinio, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sembra possibile ricavare una dimensione ulteriore della intersezione tra diritto europeo e biodiritto, secondo cui la decisione politica assunta in tale ambito deve fondarsi sull’acquisizione e la verifica delle conoscenze e dei dati scientifici a disposizione, i quali potranno essere successivamente assunti quali parametri per verificarne l’adeguatezza e proporzionalità anche da un punto di vista tecnico-scientifico.

5. Dalla statica delle competenze alla dinamica delle fonti: i casi e le corti come motore del biodiritto europeo

In conclusione di queste riflessioni, è possibile affermare che all’interno del biodiritto europeo possono essere distinti diversi nuclei e livelli di intervento, che riguardano ambiti molto diversi tra loro e che possono essere differenziati in termini di obiettivi (armonizzazione, coordinamento, completa-

⁶³ Causa C-528/13, 29 aprile 2015.

⁶⁴ Ivi, § 42.

⁶⁵ Ivi, § 44.

⁶⁶ Ivi, § 59.

⁶⁷ Ivi, § 64. Sugli aspetti relativi alla proporzionalità della misura, A. SCHILLACI, *La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali*, in *SIDIBlog*, 6 giugno 2015.



mento delle politiche nazionali) e di natura degli atti. Tenuto conto del nucleo assiologicamente qualificato in termini di pluralismo e complessità delle questioni tipiche delle questioni affrontate dal biodiritto, se si concorda nel riconoscere la coesistenza di una dimensione ordinamentale-descrittiva (la "statica" delle competenze e delle funzioni) e di una dimensione assiologico-prescrittiva (la "dinamica" delle fonti e della relativa attuazione), è possibile affermare che a livello europeo la dimensione ordinamentale tende a prevalere, quale costante delle modalità di esercizio delle competenze attribuite dai Trattati. Tuttavia, si è comunque in presenza di elementi che, attraverso la naturale tendenza alla capacità espansiva e alla fluidità delle questioni inerenti alla salute e alla biomedicina e alla emersione di un modello di «federalizzazione» dei diritti, che «proprio al crocevia di etica, scienza e diritto riceve la sua più nitida rappresentazione e giustificazione»⁶⁸, introducono elementi assiologicamente caratterizzati, anche su impulso della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Si tratta, in ogni caso, di una rappresentazione inevitabilmente dinamica, in quanto sottoposta alla costante pressione propulsiva esercitata da due variabili che contribuiscono a determinare la concreta portata e l'orientamento del fenomeno biogiuridico a tutti i livelli ordinamentali, e quindi anche a quello europeo: i *casi*, a loro volta orientati dall'incessante progresso tecnologico e dalla evoluzione sociale, e le *corti*, nomodotto privilegiato di riconduzione alla giuridicità delle dinamiche sociali e tecnologiche, che possono rappresentare anche in ambito europeo il vero "motore" e fattore di dinamismo che consenta anche a tale livello ordinamentale la progressiva realizzazione di quel mutamento di paradigma che caratterizza il biodiritto, inteso come insieme di strumenti volti a garantire la persona proprio contro tutti i poteri variamente invasivi del suo corpo⁶⁹.

⁶⁸ A. RUGGERI, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, cit., 13.

⁶⁹ Ci si riferisce ancora a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit.

La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche

Marilisa D'Amico*

LAW N. 194/1978 BETWEEN SCIENTIFIC ADJUSTMENTS, CONSCIENTIOUS OBJECTION AND IDEOLOGICAL BATTLES

ABSTRACT: The essay focuses on the most recent issues of the debate that still surrounds the l. n. 194 of 1978, forty years after its approval. The analysis involves declarations of gynecologists, public bodies (e.g. Lombardy Region) or prominent personalities in the world of culture, against abortion, as well as the phenomenon of the increasing number of conscientious objectors. The A. proposes a method where the conflicts between rights of mothers and the ones of fetuses are solved with the technique of constitutional balance and not for ideological purposes.

KEYWORDS: Abortion; scientific innovation; conscientious objection; constitutional balance; ideological choice

SOMMARIO: 1. I fatti – 2. I problemi: una proposta di metodo – 3. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 nel quadro dei principi delineati dalla Corte costituzionale – 4. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi – 5. Il diritto di sollevare obiezione di coscienza (art. 9, legge n. 194 del 1978) – 5.1. Diritto alla salute della donna e obiezione di coscienza del medico al cospetto del Comitato europeo dei diritti sociali – 5.2. L'obiezione di coscienza del giudice tutelare nell'ambito della procedura interruttiva della gravidanza da parte di donna minorenne – 5.3. Gli ulteriori tentativi di estensione dell'ambito applicativo dell'obiezione di coscienza – 6. L'ideologia non difende i diritti – 7. Conclusioni.

1. I fatti

Nulli anni, e a ormai 40 anni dalla sua entrata in vigore, la legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza continua ad essere al centro di vivaci e accesi contrasti¹.

Il dibattito intorno alla legge n. 194 si è però acceso sin dalla sua approvazione, mettendo in luce posizioni ideologiche contrastanti sul significato stesso della vita o sulla possibilità di conciliare posizioni, come quelle della madre e del concepito, ritenute da molti in perenne conflitto.

* Professore ordinario in diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano. Mail: marilisa.damico@unimi.it. Contributo su invito.

¹ In generale, sulla legge n. 194 del 1978, si vedano G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978; C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194)*, Padova, 1978.





Il clima culturale sorto in seguito all'approvazione della legge è messo ben in luce da un'interessante intervista rilasciata al Corriere della Sera l'8 maggio 1981 da Norberto Bobbio.

Secondo Bobbio in tema di aborto il conflitto tra diritti è insanabile poiché «solo il diritto del concepito è fondamentale; gli altri, quello della donna e quello della società, sono derivati». Per di più, Bobbio, da sempre ritenuto uno dei massimi esponenti del mondo laico, ribadiva «il diritto fondamentale del concepito, quel diritto di nascita sul quale, secondo me, non si può transigere. È lo stesso diritto in nome del quale sono contrario alla pena di morte. Si può parlare di depenalizzazione dell'aborto, ma non si può essere moralmente indifferenti di fronte all'aborto».

Più recentemente, invece, il dibattito si è spostato nelle piazze, come dimostrano le diverse manifestazioni organizzate contro la legge.

Più dei movimenti, sporadici e meno organizzati negli ultimi anni, risulta significativa la discussione sviluppatasi intorno all'interruzione volontaria di gravidanza, guidata da Giuliano Ferrara in occasione della c.d. "moratoria contro l'aborto", che nel lontano 2008 aveva posto la legge n. 194 del 1978 e l'ideologia "pro life" al centro della campagna elettorale.

Quella vicenda, sebbene non più attuale almeno in termini di cronaca, nonostante le periodiche manifestazioni su questi temi, continua però a conservare e ad attirare intorno a sé l'attenzione dello studioso nel suo essere stata indubbiamente emblematica della grande confusione fra il piano scientifico e culturale e quello dello scontro politico-ideologico che, purtroppo, ha caratterizzato e caratterizza tuttora non solo la legge n. 194 del 1978, ma anche la legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

D'altra parte alcune delle coeve vicende andavano tutte in quella direzione. Si pensi, per esempio, al documento presentato al termine di un convegno scientifico da parte dei direttori delle cliniche di ostetricia e ginecologia delle quattro facoltà di medicina delle università romane che sono intervenuti direttamente nel dibattito politico sulla possibilità di mantenere in vita neonati estremamente prematuri, anche nel caso di un aborto terapeutico². I medici si erano pronunciati, naturalmente in termini scientifici, sulla superiorità del diritto alla vita del feto, che avrebbe dovuto essere rianimato anche se la madre fosse stata contraria.

Il documento, però, era stato immediatamente ripreso anche dall'allora Pontefice, il quale aveva elogiato una presa di posizione medica di "sostegno alla vita"; era stato commentato adesivamente da altri medici, che sottolineavano come i ginecologi romani si fossero espressi nei solco di una pratica medica condivisa; è stato oggetto di critiche da parte dell'allora Ministro della Salute, Livia Turco, che aveva sottolineato come fosse «immorale e inutilmente crudele tenere fuori dalla decisione i genitori», ritenendo strumentale il documento: infatti la commissione di esperti, nominata dal ministero, aveva già anticipato, in relazione alle cure da prestare ai feti prematuri, il limite delle 22 settimane, in linea con la legge n. 194, che pure non pone alcun limite temporale numerico al trattamento interruttivo, per cui le cure adeguate sono necessarie, sempre che siano idonee a salvaguardare la vita del feto e non sfocino, dunque, nell'accanimento terapeutico.

² Si tratta, più precisamente, di un documento congiunto, firmato dai direttori delle cliniche di Ostetricia e Ginecologia di tutte e quattro le facoltà di Medicina delle università romane: La Sapienza, Tor Vergata, la Cattolica e il Campus Biomedico, il 2 febbraio 2008.



Ci sembra utile ripercorrere le tappe del movimento di opinione in discorso, per comprendere meglio i piani e, soprattutto i soggetti coinvolti.

Esso affonda le sue radici in uno “scontro ideologico”, tuttora in corso, che aveva avuto inizio a ridosso della “vittoria” della campagna di astensione al referendum sulla procreazione medicalmente assistita, propagandata come vittoria dei sostenitori della legge n. 40 del 2004³.

Fra il 2005 e il 2006, facendo traballare il principio di laicità nella sua accezione della separazione degli ordini, la Chiesa cattolica, per bocca dell'allora Cardinale Camillo Ruini, si lancia in anatemi nei confronti delle leggi che violano la “vita”.

Intanto un Ministro della Repubblica, Francesco Storace, inaugura una campagna “per la vita”, “inviano” i volontari del movimento per la vita nei consultori e negli ospedali⁴. Effettivamente, la stessa legge n. 194 del 1978 prevede questa possibilità (v. l'art. 2, lett. d): ma una cosa è che, nel rispetto della legge, nelle strutture pubbliche trovi spazio anche un volontariato di consulenza e orientato ad aiutare la donna a superare le difficoltà, in vista della prosecuzione della gravidanza; cosa ben diversa, invece, è che un Ministro di una Repubblica si schieri da una parte soltanto, promuovendo un valore a senso unico e interpretando in modo non imparziale una legge molto chiara, nei presupposti e nei contenuti.

L'episodio da ultimo citato può considerarsi l'apice (non certo definitivo) di un attacco generale alla legge n. 194 del 1978 (che pure al suo primo articolo impegna lo Stato non solo a garantire il valore sociale della maternità, ma anche a tutelare la vita umana dal suo inizio), ammantato del nobile richiamo della “difesa della vita”.

Un altro attacco alla legge n. 194 del 1978 viene, poi, mosso dalla Regione Lombardia, quando il 6 febbraio 2007 era intervenuto un regolamento regionale a parziale modifica di quello del 2004 in materia di attività funebri e cimiteriali: qualificando i feti sotto le 20 settimane non come “rifiuti ospedalieri speciali”, ma come “prodotti del concepimento”, il legislatore regionale intende garantirne la dignità di essere umano a partire dal concepimento (aspetti, tutti, che comportano una pesante introduzione nella sfera personale della donna che decide di interrompere la gravidanza)⁵.

Successivamente, l'attacco ideologico diventa chiaro e frontale: Giuliano Ferrara inaugura la allora tristemente nota come “moratoria contro l'aborto”, equiparando quest'ultimo alla “pena di morte”,

³ Per considerazioni critiche su questo tipo di campagne, v. A. MORRONE, *E' legittimo astenersi e invitare a disertare le urne?*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴ Nel novembre del 2005.

⁵ Si possono segnalare ulteriori iniziative relative alle procedure di sepoltura dei feti, in particolare adottate dalla Regione Marche (regolamento n. 3 del 2009 modificato nel 2015, relativo alle attività funebri e cimiteriali, che prevede che nelle strutture ospedaliere siano predisposti opuscoli informativi sulla possibilità di richiedere la sepoltura del feto o del prodotto abortivo) e dal Comune di Firenze (deliberazione n. 53 del 2013 modificata nel 2015, relativo al regolamento di polizia mortuaria), oltre che il Regolamento di polizia mortuaria (Decreto del Presidente della Repubblica n. 285 del 1990, recante “Approvazione del regolamento di polizia mortuaria”). Per ulteriori considerazioni sul “destino” dei feti dopo l'intervento interruttivo, con specifico riferimento alla possibilità di sepoltura dei feti o dei prodotti abortivi, si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 526 ss.



moratoria che riceve il plauso non soltanto di politici credenti o atei devoti, ma addirittura del Pontefice⁶.

Nel frattempo erano venuti alla luce alcuni aspetti di adeguamento scientifico della legge n. 194 del 1978, come quello dovuto alla possibilità che il feto fosse vitale e potesse vivere alla 24° settimana. A fronte della legge n. 194, che opportunamente non ha inteso cristallizzare il termine ultimo oltre il quale non è più possibile effettuare l'intervento interruttivo oltre i primi tre mesi di gravidanza (art. 6), mentre ha indicato la generale clausola della “possibilità di vita autonoma del feto” (art. 7), il Ministero della Salute aveva all'uopo istituito una commissione, mentre la Regione Lombardia riteneva di sua spettanza recepire le linee guida di alcuni ospedali in un atto di indirizzo regionale, fissando nelle 22 settimane più 3 giorni il termine ultimo oltre il quale non sarebbe più stato possibile ricorrere all'intervento interruttivo oltre i primi tre mesi⁷.

Si pensi, ancora, alle ben note problematiche relative alla effettiva applicazione della disciplina con specifico riguardo al riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza che pure la legge n. 194 del 1978 limita alle sole attività specificamente e necessariamente connesse all'intervento interruttivo (art. 9)⁸.

L'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e, soprattutto, la disorganizzazione delle strutture ospedaliere e delle Regioni che invece dovrebbero garantire sempre questa prestazione (come espressamente richiesto dallo stesso art. 9) pongono, come si vedrà oltre, notevoli criticità rispetto alla garanzia del diritto alla salute delle donne e del principio di non discriminazione, che sono state accertate in due occasioni dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (cui si dedicherà il par. 5.1).

Vi è un ultimo, recente episodio che merita di essere menzionato, perché, seppure meno dirompente quanto ai suoi effetti giuridici, da un punto di vista simbolico e culturale ben esprime la tendenza qui in esame ad esautorare il contenuto della l. n. 194 del 1978 e ne mette in luce i rischi: si tratta della mozione del Consiglio comuna di Verona, approvata il 27 settembre 2018, in cui viene approvato il finanziamento a progetti ed attività di sostegno alla donna che decida, al termine della gravidanza, di non essere nominata come madre del bambino, affidandolo ai servizi sociali in vista di un'adozione. Nel perseguire questa meritoria variazione di bilancio, la mozione però addita, facendo leva su dati non conformi alle relazioni ministeriali⁹, un'applicazione asseritamente troppo disinvolta della l. n. 194 del 1978 come la causa dello scivolamento dell'interruzione volontaria di gravidanza da strumento di attuazione di una genitorialità responsabile a mezzo contraccettivo in spregio al diritto alla vita, affermando incidentalmente che il ricorso alle pillole abortive invera una vera e propria “uccisione nascosta”. In questa sede non si intende certo mettere in discussione l'importanza di un sostegno alla gestante che decida di partorire rimanendo anonima. Ci si limita tuttavia a mettere in evidenza

⁶ La moratoria è stata presentata a Milano, il 15 gennaio 2008.

⁷ Cfr. il Decreto della direzione generale della sanità del 22 gennaio 2008, n. 327, intitolato Atto di indirizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”, di cui si dirà meglio oltre, par.

⁸ Tra le più recenti opere monografiche sul punto, cfr. D. PARIS, *Obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014. In tema, si rinvia poi alla bibliografia citata ai parr. 5, 5.1, 5.2, 5.3.

⁹ Così v. E. TARQUINI, *La legge e il corpo delle donne: la mozione del consiglio comunale di Verona del 27 settembre 2018*, in *Questione Giustizia*, 10 ottobre 2018.



che, attraverso l'ideologica prospettazione degli esiti applicativi della l. n. 194 del 1978, o la velata criminalizzazione della scelta abortiva, il Consiglio comunale di Verona non ha certo aiutato la donna a ritrovare nella scelta del legislatore del 1978 un punto di riferimento autorevole cui guardare nel difficile percorso che la attende.

2. I problemi: una proposta di metodo

Alla luce di alcuni degli episodi di cronaca che hanno caratterizzato gli ultimi 20 anni di applicazione della legge risulta allora evidente che si oscilla fra tre piani differenti, che si intendono esaminare in modo distinto: la valutazione di aspetti-tecnico scientifici della disciplina sull'interruzione della gravidanza (nella quale rientra il tema, comune a tutte le leggi soggette al decorso del tempo, dell'adeguamento all'eventuale progresso della scienza); la valutazione del bilanciamento compiuto dal legislatore nell'adozione della disciplina fra la posizione della donna e quella del concepito, valutazione che è stata oggetto anche di pronunce costituzionali; la rivendicazione soltanto ideologica della difesa della vita, compiuta in nome dei diritti del nascituro, ma in realtà diretta contro la donna e controproducente per gli stessi diritti del nascituro, solo apparentemente difesi¹⁰.

È evidente che, stando al dibattito politico contingente, si potrebbe immaginare di rispondere soltanto su un piano "ideologico": il tentativo di queste riflessioni è quello di mantenere aperto uno spazio di discussione razionale, il solo che possa contribuire davvero alla difesa dei diritti.

3. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 nel quadro dei principi delineati dalla Corte costituzionale

In materia di aborto assistiamo a scelte legislative profondamente diverse, corrispondenti alle possibili scelte di principio che gli ordinamenti possono adottare.

Si può osservare come esistano almeno tre modelli: quello che vieta penalmente l'aborto, ritenendolo un "omicidio"; quello che, all'opposto, colloca la scelta nella totale libertà e disponibilità della donna, come se si trattasse di un fatto riguardante solo il "corpo" della donna; quello che, pur ritenendo che il nascituro goda di un "diritto" alla vita, sviluppa una disciplina orientata alla consulenza e all'aiuto alla donna, ritenendo che lo stato abbia il dovere di aiutare la donna a superare le difficoltà, essendo questa l'unica strada per tutelare in modo bilanciato i diritti della donna e quelli del nascituro (in questo caso si parla di modello "discorsivo", adottato in Germania nel 1994¹¹).

La disciplina italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza si affida ad un modello fondato sulla libertà di scelta della donna, all'interno di un procedimento che tiene in massima considerazione il compito informativo e di sostegno della consulenza statale¹².

¹⁰ In tema, v. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 432 ss.

¹¹ Sia consentito il rinvio alle più ampie e approfondite considerazioni svolte in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994. Per ulteriori profili comparati, si veda G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Milano, 2015, 1 ss.

¹² In tema sia permesso rinviare a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, 2016, 48 ss.



I dati relativi all'applicazione della legge dimostrano che tale disciplina ha annullato il numero degli aborti clandestini e che, nel complesso, il ricorso all'aborto è diminuito, soprattutto fra le donne italiane¹³: dato da cui si deduce che la prima parte della legge, quella che nega il carattere dell'aborto alla stregua di uno strumento contraccettivo, è stata valorizzata nella prassi.

Occorre osservare anche che il nostro modello legislativo si presterebbe ad una interpretazione "alla tedesca", attraverso una valorizzazione e un potenziamento del ruolo dei consultori, in un'ottica che dia la massima importanza alla possibilità che la donna decida, dopo adeguata riflessione, di non interrompere la gravidanza.

Rispetto ai diritti del nascituro, occorre distinguere fra i primi tre mesi della gravidanza, dove il problema più che medico è psicologico, e dove veramente il ruolo orientativo del consulente è essenziale proprio per garantire al massimo la libertà di scelta della donna (la cui salute fisica e psichica potrebbe essere compromessa da una decisione non meditata), e il secondo semestre, dove l'interruzione della gravidanza è legata a processi patologici della donna o del feto e dove la responsabilità nella diagnosi da parte del medico è massima.

La Corte costituzionale non si sottrae in tema di aborto a decisioni che affrontano in modo approfondito il bilanciamento fra le posizioni della donna e del concepito ed è la stessa Corte costituzionale, nel 1975, che detta l'impostazione di principio che sarà alla base delle scelte del legislatore nella legge n. 194 del 1978, offrendo spazio, nella decisione n. 35 del 1997, da molti letta ingiustamente come contraddittoria rispetto alla giurisprudenza precedente, a modi più equilibrati di interpretazione della disciplina.

Nella sentenza n. 27 del 1975, la Corte, giudicando sulla norma che puniva penalmente l'aborto e dichiarandone la parziale incostituzionalità, giustifica l'interruzione della gravidanza nei casi di problemi fisici e psichici della donna. Nella pronuncia la Corte sancisce il principio in base al quale non vi è equivalenza fra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona (la donna) e il diritto di chi persona deve ancora diventare (l'embrione). Tale indicazione di principio è stata recepita dal legislatore nel 1978, ponendola alla base del bilanciamento che caratterizza la prima disciplina in materia di interruzione di gravidanza.

Successivamente, in una pronuncia meno nota, il giudice costituzionale si è occupato di una diversa questione, il cui eventuale accoglimento avrebbe determinato l'estensione dell'art. 6 anche alle ipotesi di trattamento interruttivo entro i primi tre mesi, introducendo una nuova fattispecie incriminatrice.

Di fatto, si trattava della richiesta di estensione di una norma penale, che la Corte ritiene inammissibile «perché ne preclude l'esame il principio di legalità, sancito nel codice e consacrato nella Carta repubblicana, come fondamentale valore dello Stato di diritto» (sentenza n. 108 del 1981). Si approfondisce, in questa decisione, il significato della punizione penale per un diritto penale "laico", una visione per la quale lo strumento penale non può essere utilizzato per la promozione di determinati valori. Non esiste, secondo questa impostazione, un obbligo costituzionale di tutela penale, anche nel caso in cui il valore sia fondamentale e si trovi al vertice della scala di valori (Wertordnung) costit-

¹³ Cfr. la "Relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza dagli anni del 22 dicembre 2017", riguardante l'anno 2016, ma che riporta anche alcuni dati degli anni precedenti.



zionale. Tale obbligo non sussiste, allorché lo stesso valore possa essere tutelato efficacemente con uno strumento diverso rispetto al diritto penale.

La decisione n. 35 del 1997 è molto importante per una lettura “nuova” da parte del giudice costituzionale del bilanciamento dei valori in gioco¹⁴: la sentenza viene resa in un giudizio sull’ammissibilità del referendum dallo stesso contenuto di quello portato dinanzi alla Corte nel 1981 (la sentenza è la n. 26), relativo cioè all’abrogazione di alcuni articoli della 1. n. 194 riguardanti i consultori e la procedura di certificazione. Questa richiesta aveva l’obiettivo di alleggerire, “liberalizzando” completamente, l’aborto.

Nella decisione la Corte ribadisce con chiarezza, richiamandosi alla sua giurisprudenza precedente, che ha fondamento costituzionale la tutela del concepito; che del pari ha fondamento costituzionale la protezione della maternità (art. 31, comma 2, Cost.); che sono diritti fondamentali anche quelli relativi alla vita e alla salute della donna gestante; che il bilanciamento fra questi diritti fondamentali, quando entrambi siano esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto; che al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento «è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre nel proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

Diversamente da quanto avvenuto nel 1981, il giudice costituzionale ritiene inammissibile questa richiesta referendaria, perché la disciplina avente ad oggetto l’interruzione volontaria della gravidanza rientra fra quelle aventi un contenuto costituzionalmente vincolato.

Il principio espresso dalla Corte è in sostanza molto vicino all’impostazione tedesca, nella quale è valorizzato il momento della consulenza da parte dello Stato: la decisione di una donna di interrompere la gravidanza non è un fatto soltanto privato, perché lo Stato nella procedura con cui si arriva in ipotesi a tale decisione deve tutelare sia il diritto alla vita del concepito, sia la salute fisica e psichica della gestante.

4. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi

Chi continua a invocare la “revisione” della legge n. 194 del 1978 strumentalizza un problema che è proprio di tutte le leggi rispetto al decorrere del tempo: quello del loro adeguamento al tempo trascorso e anche all’eventuale cammino della scienza.

Il problema principale in gioco è costituito dal termine che viene individuato quale momento ultimo dalla prassi medica per l’aborto terapeutico, che potrebbe diventare un termine troppo avanzato rispetto ai progressi della scienza quanto alle possibilità di vita dei neonati molto prematuri. Questi ul-

¹⁴ Sulla pronuncia, v. C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giur. cost.* 1997, 293 ss.; M. OLIVETTI, *La Corte e l’aborto, fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, 312 ss.; M. RUOTOLI, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull’ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giur. It.*, 1997, I, 348 ss. Sia permesso inoltre rinviare a M. D’AMICO, *Una lettura della disciplina sull’interruzione della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur. Cost.*, 1997, 1139 ss.

timi, infatti, oramai anche alla 22ma settimana presentano segni di vitalità che consentirebbero loro di sopravvivere. Rispetto a tale problema, però, la legge stessa prevede un adeguamento interpretativo, facendo opportunamente riferimento, nell'art. 7, u.c., al concetto di "possibilità di vita autonoma" del feto, definita altrimenti "vitalità" del feto, come limite all'aborto terapeutico. Interpretando la legge, allora, molti ospedali hanno già adottato linee guida che anticipano il limite temporale per l'applicazione del trattamento.

Tale limite è stato oggetto di un opportuno provvedimento ministeriale, che detta «raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse»¹⁵ e, anche, di uno specifico, a mio avviso meno opportuno, provvedimento della Regione Lombardia. In un "atto di indirizzo regionale"¹⁶, infatti, si erano recepite le linee-guida di alcuni ospedali lombardi, stabilendo non soltanto il limite delle 22 settimane più tre giorni¹⁷, ma anche specifiche norme sulla necessità del parere di due medici e sul divieto di aborto selettivo nel caso di gravidanza gemellare. Meno opportuno perché la disciplina di diritti fondamentali, nei loro contenuti essenziali, non è di competenza regionale, non tollerando essa soluzioni diverse da regione a regione. Questo atto di indirizzo è stato annullato dalla decisione del TAR Lombardia¹⁸, che ha accolto le tesi dei ricorrenti, riconoscendone il carattere lesivo delle competenze statali e la sua contrarietà alla legge, quale atto secondario.

Un altro profilo che si invoca per un aggiornamento della legge è in realtà un problema di interpretazione e di applicazione: si vorrebbe, cioè, che la parte dedicata alla prevenzione e all'aiuto alla donna nella decisione di interrompere la gravidanza fosse effettivamente attuata e garantita concretamente. Il ruolo dei consultori è centrale nell'impianto della legge, ma sembra che la prassi sia insufficiente: questo profilo, però, attiene alla pratica applicazione della legge.

5. Il diritto di sollevare obiezione di coscienza (art. 9, legge n. 194 del 1978)

Come si è accennato, nel corso degli ultimi anni è emerso un ulteriore ambito in cui la legge n. 194 del 1978 viene strumentalizzata per ragioni ideologiche, con cui viene oscurato l'obiettivo vero della legge, ovvero la ricerca di un corretto bilanciamento tra diritti: ci si riferisce all'obiezione di coscienza, invocata oramai in molte zone del paese dalla maggioranza dei medici, la quale, proprio per la sua applicazione massiccia, ha il rischio di paralizzare l'efficacia delle norme che permettono l'aborto¹⁹.

¹⁵ Il documento si può leggere in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_765_allegato.pdf.

¹⁶ Si tratta del Decreto della direzione generale della sanità del 22 gennaio 2008, n. 327, intitolato Atto di indirizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

¹⁷ Per un'analisi critica del provvedimento regionale, si v. S. CATALANO, *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di 'attuazione' della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in www.federalismi.it (1 aprile 2008).

¹⁸ L'ordinanza del Tar Lombardia è datata 9 maggio 2008, pubblicata in www.federalismi.it. Dopo quest'ultima pronuncia, l'ordinanza cautelare del TAR ha trovato confermato nella sentenza di merito del 29 dicembre 2010, sui cui, si veda F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it (4 febbraio 2011).

¹⁹ In generale, in tema di obiezione di coscienza, v. A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 251 ss., il quale sottolinea l'esigenza che l'obiezione di coscienza sia prevista dal legislatore, facendo dunque leva sulla necessità di una *interpositio legislatoris*, nonché che siano previste obbligazioni alternative; nella stessa direzione, v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2013, 142 ss.; similmente, ma nella prospettiva della filosofia del diritto, v. M. SAPORITI, *La coscienza disobbediente*.



Infatti, la legge n. 194 del 1978 all'art. 9 prevede che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non sia tenuto a prendere parte alle procedure e agli interventi per l'interruzione della gravidanza, nel caso in cui sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione.

L'obiezione di coscienza exonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento di procedure e attività che siano specificamente e necessariamente dirette a provocare l'interruzione di gravidanza, mentre non riguarda le attività di assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate devono in ogni caso garantire l'accesso al trattamento richiesto e le Regioni devono controllare e garantire l'idonea organizzazione degli stessi ospedali, anche attraverso la mobilità del personale.

In un unico caso la legge n. 194 prevede che il diritto di obiezione di coscienza receda rispetto alla posizione giuridica della donna. L'obiezione di coscienza, infatti, non può essere esercitata quando, a fronte delle circostanze concrete, il personale intervento del medico anche obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

A fronte di queste disposizioni contenute nell'art. 9 si è assistito a molteplici tentativi di estenderne la portata applicativa. In particolare, viene in rilievo la circostanza che, nella prassi, si sia registrato un elevato e sempre crescente numero di medici obiettori di coscienza che, anche a fronte della mancata organizzazione degli ospedali e delle Regioni, hanno di fatto ostacolato il corretto esercizio del diritto – alle condizioni previste pur sempre dalla legge n. 194 – delle donne di accedere al trattamento richiesto²⁰.

Il ricorso massiccio e “disinvolto” da parte dei medici all'obiezione di coscienza è suscettibile di compromettere non solo la posizione della donna (e quindi il diritto di accesso alla prestazione richiesta,

Ragioni tutele e limiti, Milano, 2014, passim e spec. 213 ss.; più di recente, si confronta con le problematiche dell'obiezione di coscienza con uno sguardo aperto anche ai contributi provenienti a livello sovranazionale A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, www.federalismi.it, n. 20/2017.

Per un autorevole commento sull'art. 9 della l. n. 194 del 1978, ancorchè risalente, v. A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, a cura di C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 1650 ss.; sulle problematiche sottese all'esercizio dell'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza, in generale, e sulle problematiche dovute al suo incipiente ricorso da parte di un numero ginecologi quantitativamente sempre più elevato, si veda tra i primi G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 815 ss.

²⁰ Cfr. ancora la “Relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza dagli anni del 22 dicembre 2017”, riguardante l'anno 2016, ma che riporta anche alcuni dati degli anni precedenti.

Sulle modalità per far fronte al fenomeno dell'elevata quantità di ginecologi obiettori, v. le recenti proposte di A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per “non obiettori”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 28 marzo 2017; B. LIBERALI, “*Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*”, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 89 ss.; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista Aic*, 2/2017.





secondo quanto prescrive la legge n. 194), ma anche quella dei medici non obiettori di coscienza, che sono costretti a fare fronte al complessivo carico di lavoro, derivante, ancora una volta, dall'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e dalla correlativa disorganizzazione degli ospedali e delle Regioni.

Le problematiche legate alla difficoltà di accesso da parte delle gestanti all'interruzione di gravidanza non sono mai giunte al cospetto della Corte costituzionale, forse anche in considerazione delle difficoltà pratiche che le donne incontrano in quelle situazioni.

Si pensi innanzitutto alla circostanza per cui occorre rispettare le limitazioni anche temporali poste dalla legge n. 194 per l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza. Le difficoltà nell'accesso al servizio determinano la necessità per le donne di recarsi in un'altra struttura, della stessa città, della stessa Regione, di un'altra Regione o addirittura di un altro paese. Si pensi anche alle concrete difficoltà che incontrano i medici non obiettori di coscienza, che subiscono conseguenze negative anche sul piano lavorativo derivanti dal tipo di prestazione che offrono senza soluzione di continuità.

5.1. Diritto alla salute della donna e obiezione di coscienza del medico al cospetto del Comitato europeo dei diritti sociali

Assumono allora una peculiare rilevanza le procedure che sono state instaurate davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa, che nel caso di un primo Reclamo ha accertato rispetto al trattato internazionale della Carta Sociale Europea la violazione dei diritti delle donne cui è impedito o ostacolato l'accesso all'aborto e che in relazione al secondo Reclamo collettivo ha ribadito lo stato di violazione del diritto alla salute e del principio di non discriminazione, accogliendo l'ulteriore profilo di violazione della posizione dei medici non obiettori di coscienza²¹.

Il Comitato Europeo, in relazione al Reclamo collettivo n. 87 del 2012 promosso dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network*, ha riconosciuto che l'Italia non assicura, come prescrive l'art. 9 della legge n. 194, l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza.

Questa mancata garanzia si traduce in una diretta violazione del diritto alla salute delle donne (art. 11 della Carta Sociale Europea), cui l'accesso all'aborto è funzionale, e del principio di non discriminazione (art. E della Carta Sociale Europea), poiché si determinano irragionevoli discriminazioni fra categorie di donne di tipo territoriale ed economico.

A seguito della decisione di merito adottata in relazione a questo primo Reclamo collettivo – e della relativa procedura nel corso della quale hanno depositato ulteriore documentazione sia

²¹ Sulle decisioni rese nei confronti dell'Italia dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali rispetto ai due reclami presentati da IPPF EN e dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro si vedano M. D'AMICO, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 219 ss.; L. LANZONI, B. LIBERALI, *The Protection of the Right to Health and the Procedures for Voluntary Termination of Pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights*, ivi, 231 ss.; B. LIBERALI, *Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali e la salute quale fattore di discriminazione multipla*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 128 ss.; L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine*, 2016, II, 311 ss.



l'organizzazione reclamante sia il Governo italiano, ma anche soggetti terzi interessati a diverso titolo a sostenere le posizioni delle parti – il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha inviato all'Italia una Raccomandazione (30 aprile 2014), con cui ha preso atto dello stesso accertamento, richiedendo l'adozione di specifiche misure – quelle che il nostro ordinamento riterrà opportune – per dare soluzione alle criticità riscontrate.

Il Ministro della Salute, già nell'ottobre del 2014 e, in senso analogo, nell'ottobre del 2015, ha presentato in occasione della annuale Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione della legge n. 194, i primi risultati del Tavolo di monitoraggio istituito per mappare la situazione e la concreta prassi applicativa relativa all'obiezione di coscienza in materia e ha ribadito che non vi sono problemi nella garanzia del servizio.

Rispetto al secondo Reclamo collettivo, promosso dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (n. 91 del 2013), il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha accolto la richiesta del Governo italiano di tenere una pubblica udienza il 7 settembre 2015 alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e successivamente ha accertato che lo stato di violazione della Carta Sociale Europea non è stato superato, dichiarando altresì la violazione dei diritti dei medici non obiettori di coscienza.

Sarà dunque necessario per l'Italia, nell'ambito del c.d. follow up delle decisioni di merito, rendere conto delle misure positive adottate per dare soluzione alla condizione di violazione della Carta Sociale Europea derivante dalla insoddisfacente applicazione della legge n. 194.

Peraltrò questa situazione, accertata a livello sovranazionale, si traduce anche in una violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., proprio in relazione al parametro interposto costituito dalla Carta Sociale Europea, laddove prescrive al legislatore nazionale e regionale di rispettare gli obblighi internazionali, in questo caso derivanti dalla stessa Carta Sociale Europea²².

5.2. L'obiezione di coscienza del giudice tutelare nell'ambito della procedura interruttiva della gravidanza da parte di donna minorenne

Un ulteriore profilo di problematicità che riguarda la concreta applicazione della legge n. 194 si è presentato in ordine al tentativo di estendere l'ambito applicativo dell'art. 9, laddove consente il diritto di sollevare obiezione, anche alle attività, che pure si inseriscono nella procedura abortiva, svolte dal giudice tutelare.

²² Rispetto alla Carta Sociale Europea e ai meccanismi di controllo sul rispetto delle relative disposizioni si vedano G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it, M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in www.gruppodipisa.it; C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016.

Con specifico riguardo ai rapporti fra la Carta Sociale Europea e il nostro ordinamento, in particolare rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in www.federalismi.it, 13 settembre 2017; G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in www.forumcostituzionale.it, 20 settembre 2018, a proposito della sent. n. 120 del 2018, che considera la Carta Sociale europea parametro interposto nel giudizio di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.



Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 12, è chiamato, durante i primi novanta giorni di gestazione, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsigliano la consultazione delle persone che esercitano la potestà o la tutela nei confronti della donna minorenne oppure quando le stesse persone non prestino il loro consenso o esprimano pareri difformi, a sentire la donna e, «tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli» dal consultorio, dalla struttura socio-sanitaria o dal medico di fiducia, può provvedere ad autorizzare la stessa, «con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza».

L'art. 12, inoltre, prescrive che in caso di urgenza (determinata da un grave pericolo per la salute della minorenne) il medico possa emettere il certificato che legittima l'interruzione di gravidanza, a prescindere dal consenso prestato da parte di chi esercita la potestà o la tutela della minorenne e senza coinvolgere il giudice tutelare.

Nei casi in cui l'interruzione di gravidanza debba intervenire oltre i primi tre mesi, invece, vengono applicate le procedure prescritte all'art. 7, indipendentemente quindi dalla minore età e dal consenso di chi esercita la potestà o la tutela.

È interessante mettere in rilievo che la Corte costituzionale è più volte intervenuta per chiarire la peculiare portata dell'intervento del giudice tutelare nella procedura di interruzione di gravidanza della minorenne.

In particolare, il Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 196 del 1987 ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata sugli artt. 9 e 12 della legge n. 194, rispetto agli artt. 3 Cost., in quanto avrebbero determinato un trattamento irragionevolmente differenziato per i giudici tutelari e per il personale sanitario, e 2, 19 e 21 Cost.

Quanto al primo profilo, in particolare, la Corte ha ritenuto che il provvedimento del giudice tutelare «rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica. Ed una volta che i disposti accertamenti siansi identificati quale antefatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie [...]. Né potrebbe, peraltro, indurre a diversa considerazione la dizione della norma secondo cui il giudice 'può' autorizzare la donna, poiché il termine è piuttosto da riferire, in particolare, alla attività sostitutiva, anche in presenza di rifiuto da parte della patria potestà. Tali essendo i ben circoscritti e non cospicui margini di intervento del giudice tutelare (ed integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa sola a decidere) non sussiste disparità col personale sanitario, al quale soltanto - come riconosce la stessa ordinanza di remissione - competono gli accertamenti intesi alla previsione d'aborto: nessuna lesione, perciò, per difetto di omogeneità nei differenti stadi della procedura, ricorre nei confronti dell'art. 3 Cost.».

Rispetto al secondo, in modo altrettanto significativo e chiaro, il Giudice delle Leggi esclude ogni profilo di violazione della Costituzione, poiché il «magistrato è tenuto ad adempire con coscienza appunto [...] ai doveri inerenti al suo ministero: si ricompongono in tal modo, nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. È propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo 'prudente' apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere – secondo una significazione già semantica della prudenza – intra



virtutes et vitia. Ciò beninteso in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole fattispecie gli restano obiettivamente consentiti realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare».

Questa decisione è stata peraltro richiamata dalla ordinanza n. 293 del 1993, con la quale si è ribadito che l'intervento del giudice tutelare nella procedura interruttiva di gravidanza risulta «esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione della gravidanza».

A fronte di questa impostazione, dunque, si esclude la possibilità per il giudice tutelare di sollevare obiezione di coscienza, poiché la sua attività non rientra fra quelle specificamente e necessariamente dirette all'aborto, come peraltro si evince dalla stessa lettura dell'art. 9 e dalle previsioni che stabiliscono i diversi accertamenti necessari per l'accesso al trattamento.

La Corte costituzionale ha rafforzato questo orientamento anche escludendo che il giudice tutelare svolga una attività di codecisione rispetto all'aborto ed affermando che, al contrario, si tratta di una verifica del corretto formarsi della volontà della donna minorenne.

Solo in parte connessa a questa questione, ma pur sempre meritevole di attenzione, è una vicenda che ha visto nel 2012 il Tribunale di Spoleto sollevare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 4 della legge n. 194.

Più precisamente, il Tribunale di Spoleto aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 4, nella parte in cui prevede la stessa possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza, in riferimento agli artt. 2, 11, 32, primo comma, e 117, primo comma, Cost.

Premessa di un intervento nel merito della Corte, tuttavia, era il riconoscimento di un ruolo decisionale del giudice tutelare in merito all'aborto. In assenza di un simile riconoscimento, infatti, l'art. 4 della legge n. 194 non avrebbe trovato reale applicazione nel caso di specie e, dunque, non avrebbe potuto essere messo al centro dell'ordinanza di rinvio al Giudice delle leggi della questione di costituzionalità.

Ebbene, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 196 del 2012, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione per irrilevanza, proprio perché, non essendo il giudice *a quo* chiamato «a decidere, o a codecidere, sull'an della interruzione della gravidanza», nel giudizio principale non deve essere fatta applicazione della norma censurata²³.

Ancora una volta, dunque, la Corte costituzionale impedisce al giudice tutelare di strumentalizzare la procedura per l'autorizzazione della minorenne ad abortire (anche considerando quanto rilievo assume, nella specifica procedura, il fattore temporale) al fine di mettere in discussione la conformità a Costituzione dell'art. 4 della legge 194 del 1978.

In conclusione, a fronte del quadro giurisprudenziale complessivo, per cui la Corte costituzionale nega in modo monolitico che il giudice tutelare possa decidere sull'an dell'aborto e rinviare alla Corte stessa una questione sull'art. 4, di cui non è affatto chiamato a fare applicazione, pare possibile individuare nelle questioni descritte una sorta di tentativo ideologico di mettere in discussione l'impianto

²³ Per ulteriori osservazioni a commento della decisione, si rinvia alle considerazioni critiche di G. FINOCCHIARO, *Un grave sospetto: il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale può essere abusivo e mascherare l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minore?*, in *Giustizia civile*, 2013, VII-VIII, 1349 ss. Per un punto di vista maggiormente adesivo, v. S. ATTOLLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, chiese e pluralismi confessionali*, 2013, 13 ss.

di fondo della legge, senza guardare con attenzione al caso concreto e ricercare la miglior soluzione per la tutela dei diritti in gioco.

Si pensi solo, infatti, alle conseguenze pratiche che si determinano e si sono determinate nei casi al cospetto dei vari giudici tutelari indicati: nel caso del Tribunale di Spoleto, per esempio, nell'attesa del giudizio costituzionale la minorenne, per non incorrere in una ipotesi di aborto illegale (ossia posto in essere oltre i termini di cui all'art. 4) e clandestino (con tutti i correlati rischi per il diritto alla salute, che la stessa disciplina mira invece a scongiurare) ha dovuto rivolgersi ai genitori, con i quali avrebbe preferito – coinvolgendo appunto il giudice tutelare – non confrontarsi per autodeterminarsi nella scelta, a lei comunque spettante, di interrompere la gravidanza.

5.3. Gli ulteriori tentativi di estensione dell'ambito applicativo dell'obiezione di coscienza

Da ultimo, occorre soffermarsi sui tentativi posti in essere per estendere la facoltà dell'obiezione di coscienza in particolare alle attività prestate all'interno dei consultori.

Poste le considerazioni svolte precedentemente in relazione alle attività che possono rientrare nell'ambito del diritto di sollevare obiezione di coscienza – ovvero quelle necessariamente e specificamente dirette all'aborto, con conseguente esclusione delle attività di assistenza precedente e successiva e con contestuale imposizione di intervenire anche per il medico obiettore laddove sia in pericolo la vita della donna – occorre considerare quanto prevede l'art. 5 della legge n. 194.

Quest'ultima disposizione prescrive che «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta d'interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto».

E, ancora, in modo significativo l'art. 5 prevede che «Quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza. Con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza. Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate».

Posta questa disciplina, e considerato che la prima parte del primo comma dell'art. 9 prescrive che «Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di





coscienza, con preventiva dichiarazione», si è posto il problema di interpretare congiuntamente le diverse disposizioni e verificare se e in quale misura il diritto di obiezione di coscienza possa essere riconosciuto anche al personale che svolga le proprie prestazioni – comunque connesse con l'intervento abortivo – nei consultori.

A questo proposito risultano significative da un lato la decisione del TAR della Puglia del 2010, con cui si è riconosciuta l'illegittimità di un bando di concorso riservato a medici non obiettori di coscienza per svolgere attività consultoriali, e dall'altro lato l'iniziativa della Regione Lazio, che con proprio decreto ha tenuto a specificare che nei consultori l'obiezione non può essere correttamente esercitata e che negli stessi presidi occorre prescrivere e applicare gli anticoncezionali.

Con riguardo alla decisione del TAR della Puglia²⁴, come si è anticipato, se da un lato è stato effettivamente riconosciuto il carattere discriminatorio della clausola di riserva che intendeva selezionare soggetti non obiettori di coscienza, dall'altro lato in modo significativo lo stesso giudice amministrativo ha svolto importanti considerazioni rispetto alla presenza dei medici obiettori o meno nei consultori.

Il TAR della Puglia, infatti, afferma che la qualifica di obiettore o non obiettore nei consultori è “assolutamente irrilevante”, dal momento in cui al loro interno non si svolgono trattamenti interruttivi della gravidanza.

Nei consultori, prosegue il TAR, si svolge solo attività di assistenza psicologica e di informazione e consulenza per le donne, oppure funzioni di ginecologo, che per definizione non rientrano nella procedura abortiva.

Da questa premessa discende dunque che «la presenza teorica di soli obiettori all'interno del Consultorio [...] appare irrilevante ai fini di una corretta doverosa applicazione della l. n. 194». Cionondimeno il TAR della Puglia arriva a consigliare la strutturazione di un bando che, pur consapevole delle difficoltà pratiche e dell'elevato numero di medici obiettori di coscienza anche nei consultori, sia esente da vizi in ordine alla discriminazione nei confronti della categoria dei medici obiettori: la soluzione, afferma il TAR, potrebbe essere un bando che riservi la metà dei posti disponibili a entrambe le categorie di medici.

Il secondo esempio significativo attiene al Decreto della Regione Lazio (relativo alle Linee di indirizzo per le attività dei consultori familiari del 12.5.2014), con cui da un lato si è affermato che l'art. 9 riguarda le attività degli operatori che sono impegnati esclusivamente nel trattamento interruttivo della gravidanza, mentre coloro che lavorano nel consultorio non vi sono direttamente coinvolti, e dall'altro ha chiarito che nei consultori occorre prescrivere i contraccettivi ormonali e applicare quelli meccanici.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto «assistito da profili di fondatezza» l'appello cautelare (che era stato proposto da Federazione Nazionale dei Centri e Movimenti per la Vita D'Italia, Associazione Italiana dei Medici Cattolici e Associazione Italiana Ginecologi Ostetrici Cattolici contro l'ordinanza cautelare n. 4843 del 2014 del TAR Lazio), nella parte in cui «contesta il dovere del medico operante presso il

²⁴ TAR Puglia, sez. II, sentenza n. 3477 del 14 settembre 2010, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 1995 ss., con commento critico di D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in www.statoechiese.it, 2011.



Consulterio familiare di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4,» della legge n. 194.

Il TAR del Lazio ha successivamente respinto il ricorso contro il provvedimento della Regione, escludendo che l'accertamento dello stato di gravidanza possa turbare la coscienza del medico obiettore, essendo una attività meramente preliminare²⁵.

Risultano altrettanto significative, sempre nella prospettiva di verificare in che modo la disposizione relativa all'obiezione di coscienza che impone in ogni caso la garanzia della prestazione del servizio interruttivo sia effettivamente attuata, le iniziative intraprese da alcuni ospedali, con bandi tesi ad assicurare la presenza di medici non obiettori di coscienza. Si pensi, per esempio, ai bandi dell'ospedale S. Camillo Forlanini nella Regione Lazio, tesi a individuare due medici dirigenti specializzati in ostetricia e ginecologia che garantiscano l'applicazione della legge n. 194. Si pensi, ancora, al Policlinico Umberto I, che ha bandito un concorso pubblico per conferire a due laureati in medicina e chirurgia, specialisti in ostetricia e ginecologia, un incarico di collaborazione coordinata e continuativa di un anno, rinnovabile, sempre per l'esclusiva applicazione della legge n. 194. L'Azienda ospedaliera Pugliese Ciaccio di Catanzaro ha bandito un posto per dirigente medico in ginecologia e ostetricia a tempo determinato di sei mesi, riservato espressamente ai non obiettori di coscienza²⁶.

6. L'ideologia non difende i diritti

Tornando ai fatti presentati in apertura, anche se ormai risalente, la vicenda che aveva fatto seguito al documento predisposto dai medici romani si rivela ancora attuale a motivo del suo essere emblematica della natura ideologica di alcune posizioni, ammamate di scientificità, ma al tempo stesso dei rischi dell'ideologia per la tutela effettiva dei diritti.

Si è poco sopra osservato come vi siano alcuni profili interpretativi e di adeguamento scientifico della legge n. 194 del 1978 di cui la scienza medica e la stessa politica si sono fatti carico.

Con il documento ripreso in apertura, invece, alcuni medici avevano scelto di affrontare direttamente il tema da un punto di vista ideologico: è in nome della superiorità della "vita" che si apriva il documento, proponendo poi le soluzioni concrete; ed è alla luce della stessa impostazione che l'allora Pontefice Benedetto XVI, il giorno successivo, rivolgeva il suo appello ai fedeli.

²⁵ TAR Lazio, sez. III-quater, sentenza n. 8990 del 2 agosto 2016, in www.biodiritto.org. Sulla precedente decisione del Consiglio di Stato emessa in sede cautelare si vedano le osservazioni di B. LIBERALI, *L'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, II, 416 ss.

²⁶ Rispetto a queste iniziative di bandi tesi ad assicurare una idonea presenza di medici non obiettori di coscienza nelle strutture si vedano i riferimenti contenuti in M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, II, 350 ss.; D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, ivi, 353 ss.; A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, ivi, 357 ss.; B. LIBERALI, *'Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194': una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)*, in *Osservatorio AIC*, 2017, I.



Se così è, occorre sviluppare alcune riflessioni; la prima riguarda la posizione del “medico” nel dibattito politico-culturale su questi temi; la seconda, riguarda la tecnica di tutela effettiva dei diritti e il rischio di una loro difesa soltanto ideologica; la terza, infine, attiene alla visione che vorrebbe contrapporre la singola donna, la singola vita e la vita umana, in generale.

Una grossa novità, su cui ragionare, sembra essere costituita dalla circostanza che il medico, che in effetti sta diventando il soggetto principale nelle tematiche che riguardano l'inizio e la fine della vita, decida di intervenire proponendo una sua visione “ideologica”.

Si è assistito nel passato ad atti medici dal “significato ideologico”: basti pensare alla decisione del dott. Riccio di seguire le indicazioni di Piergiorgio Welby, all'interno di un'interpretazione corretta della disciplina e della deontologia medica. In quell'occasione, però, il singolo medico agiva secondo l'interpretazione della legge, occupandosi da medico di un problema concreto; nel caso dei ginecologi, invece, un gruppo (minoritario) di medici interviene nel dibattito pubblico e a prescindere dal riferimento a casi concreti, per esprimere il proprio orientamento, partendo da una univoca interpretazione della scala di valori coinvolti. È come se i medici romani avessero voluto imporre, nell'interpretazione della legge n. 194, una visione nella quale il rapporto del medico sia esclusivamente in funzione della vita del nascituro, da garantire in ogni modo e a prescindere dalla volontà dei genitori. Si tratta non di una interpretazione, ma di una proposta “politica”, che risente, però, del fatto di essere espressione di un gruppo ristretto di soggetti chiamati ad applicare la legge e le norme di deontologia alla luce di regole generali, che necessitano di applicazione nel caso concreto.

La seconda osservazione riguarda il modo di difendere i diritti e il rischio che essi diventino oggetto di battaglie soltanto ideologiche, secondo una tendenza affermatasi ormai da qualche tempo proprio sull'aborto e, in generale, sulla vita prenatale, come dimostra anche la lunga e travagliata vicenda della legge n. 40 del 2004, ma anche sul fine vita. Si è dovuto attendere la fine del 2017, a dieci anni di distanza dalla nota decisione della Corte di Cassazione sul c.d. “caso Englano”, perché l'Italia si dotasse di strumenti giuridici propri di gestione della fase terminale della vita e di regolamentazione del principio cardine di qualsiasi relazione medico-paziente, ossia il consenso informato²⁷.

Pensare di imporre una visione astratta e generale quando si parla di diritti, in relazione a questioni scientificamente ed eticamente controverse, è doppiamente fuorviante.

Da un lato, perché si limita la possibilità di trovare una soluzione condivisa e di tutela effettiva, per far prevalere una ideologia e un valore che alla fine rischia però di essere sacrificato nei fatti. Così è stato per la materia della fecondazione medicalmente assistita, dove le regole rigide per la tutela dell'embrione, astrattamente inteso, poi censurate dalla Corte costituzionale con le decisioni n. 151 del 2009 n. 162 del 2014 e 96 del 2015, oltre che n. 229 del 2015, hanno finito per limitare il numero di interventi e favorire il “turismo procreativo” delle coppie all'estero, con irragionevole sacrificio del-

²⁷ Per i profili sottesi alla disciplina, si vedano F. G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *BioLaw Journal*, 2018, I, 54 ss.; U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in www.lacostituzione.info; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017; B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018.



lo stesso diritto alla salute. Dall'altro, perché il bilanciamento e la ricerca di regole attiene al caso e consente al diritto di apprestare una tutela reale e non serve a imporre una morale²⁸.

La terza riflessione riguarda la contrapposizione che si crea in tutta la discussione che si sta sviluppando sulle tematiche dell'aborto, fra posizioni giuridiche, quella della donna e quella del nascituro, che l'ordinamento deve disciplinare in modo bilanciato, e il valore della vita umana, in generale.

Si tratta di temi che rimandano in modo evidente alle domande ultime che ogni società, collettivamente, può porsi, e che ogni persona, prima o poi, affronta o decide di non affrontare. È positivo, quindi, che queste domande siano oggetto di discussione: nella società, nello spazio democratico, i valori non sono più estranei, ma entrano a far parte delle costruzioni e delle valutazioni importanti. E, tuttavia, è necessario chiedersi come, alla fine, si possa trovare un terreno omogeneo all'interno di una tale contrapposizione: l'appello alla vita, astrattamente inteso, prevale in ogni caso. Ma esso non risolve il dramma, individuale, di una donna che ha deciso di interrompere una gravidanza, di un feto che presenta segni di vitalità, di un medico che, alla fine, secondo il proprio codice deontologico, deve prestare l'assistenza adeguata, ma evitare ogni forma di accanimento terapeutico.

Contrapporre la vita alla morte, rendere ancora più forte e senza soluzioni bilanciabili il dramma di un parto molto prematuro o di un'interruzione di una gravidanza non riuscita alimenta una discussione che non intende risolvere meglio problemi importanti, ma che vuole far prevalere con la forza un punto di vista ideologico, e generale, su tanti drammi individuali.

Più in generale, e per concludere, quando le tematiche dei diritti fondamentali, nei casi critici, non sono analizzate in modo bilanciato, ma sono giocate una contro l'altra, come in Italia sta drammaticamente succedendo proprio sul tema dell'aborto di nuovo a quarant'anni dall'entrata in vigore della legge, diventa impossibile ragionare in termini reali e i diritti fondamentali vengono strumentalizzati ideologicamente.

Ma vi è di più, con la minaccia della pena, con una ideologica, ma falsa, contrapposizione fra soggetti diversi, con la rinuncia ad un bilanciamento di posizioni e di principi, quello che viene da ultimo sacrificato è proprio il diritto alla vita del nascituro, dal momento che la minaccia della pena spinge ancora di più la donna a vivere da sola e in modo irrisolvibile la sua situazione, aumentando quindi il numero di aborti.

Non a caso l'ormai unico Stato europeo, l'Irlanda, che ancora manteneva un'impostazione proibizionista, costringendo le donne a dolorosi viaggi oltre mare per interrompere una gravidanza, ha dovuto cedere di fronte alle spinte di una volontà popolare forte che, con coraggio, ha rivendicato il diritto delle sue cittadine di autodeterminarsi, riespandendo la propria sfera di vita privata²⁹.

In definitiva, la campagna contro l'aborto avrebbe come esito finale il ritorno alla punizione penale della donna: ma la minaccia della pena, come è ampiamente dimostrato, non è di alcuna utilità, diventando semmai controproducente per la effettiva tutela del valore che si dice difendere.

Il bilanciamento compiuto dal legislatore del 1978, letto in una visione che tenga conto dei diritti della donna e del nascituro, come ha già fatto la Corte costituzionale, e attraverso la valorizzazione della

²⁸ Sul metodo di soluzione di profili di incostituzionalità basato sulla ricerca di un effettivo bilanciamento tra diritti, sia permesso rinviare a M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.

²⁹ In tema v. A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda: la regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2018.



consulenza statale che non deve convincere, ma soltanto garantire una scelta consapevole, è lo strumento giuridico migliore per garantire una effettiva tutela dei diritti coinvolti.

Chi ancora oggi si schiera contro l'aborto non cerca una tutela reale e più forte del diritto alla vita del nascituro – che con la minaccia della pena verrebbe invece indebolito, perché costringerebbe le donne a rifugiarsi nell'illegalità, come succedeva in passato –; chi agita questa battaglia cerca in realtà soltanto una vittoria, ideologica, di una parte della società su un'altra, irrilevante o controproducente per una effettiva e seria tutela di tutti i diritti.

Come affermava Hassemer, con riguardo alla religione, in uno stato laico, la religione, se c'è si difende da sola³⁰; così, parafrasando Hassemer si può dire che la famiglia, se è un valore, quando lo è davvero, si difende da sola; così, infine, la “possibile vita” del concepito non si difende contro la donna, ma solo offrendole aiuto e sostegno e, alla fine, rispettando la sua scelta.

7. Conclusioni

Sono dunque numerosi gli aspetti problematici che ancora circondano l'applicazione della legge n. 194. Alcuni di questi sono problemi antichi, che si credevano superati proprio per effetto della legge; altri si sono accentuati negli ultimi anni; altri ancora si sono riproposti ma con protagoniste diverse.

Ai primi può ricondursi la diffusione di un sentimento di scarsa consapevolezza, da parte delle più giovani generazioni di donne, delle garanzie e dei diritti salvaguardati dalla legge n. 194 del 1978.

Vi è la tendenza o, almeno, la percezione di una ridotta sensibilità al tema della autodeterminazione della donna in un ambito delicatissimo, quale è quello legato alla maternità. Il rischio è allora che l'interruzione volontaria della gravidanza si trasformi in un atto “dato per scontato”, quasi meccanico, di cui, però, non si parla, quasi a voler mettere a tacere la sofferenza che un aborto, sia esso terapeutico oppure scelto nei limiti consentiti dalla legge, porta con sé.

Gli ultimi anni non hanno, poi, testimoniato il superamento di una visione della donna come madre e, quindi, colpevole della scelta di porre fine alla propria gravidanza.

La pregnanza di stereotipi antichi sul ruolo e sul posto della donna nella famiglia e nella società sembrano non cedere il passo ai cambiamenti che pure vive la donna, sul proprio corpo, nel vissuto della propria sessualità e maternità.

Sul versante dei problemi applicativi della legge che negli ultimi anni hanno assunto dimensioni più consistenti, si è già detto diffusamente. L'obiezione di coscienza o meglio i numeri dei medici obiettori bloccano in molti, moltissimi, casi l'attuazione della legge. Una discussione lucida sull'art. 9 della legge nella sede parlamentare e senza invocare o sperare nell'intervento sanante di qualche giudice sarebbe certamente auspicabile.

Infine, non possono negarsi i problemi che vedono protagoniste le donne straniere che soggiornano irregolarmente sul territorio dello Stato e che ricorrono alla pratica degli aborti clandestini. I dati parlano di un problema attuale e consistente che dimostra, ancora una volta, come i divieti, quando si

³⁰ W. HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in I. STAFF, G. DILCHER (a cura di), *Christentum und modernes Recht: Beiträge zum Problem der Säkularisation*, Frankfurt a.M. 1984, 232-251.



parla di diritti fondamentali e in qualunque fonte si trovino affermati, non guidano ma anzi, spesso, si risolvono nella esposizione del singolo alla negazione di diritti costituzionali³¹.

Quali saranno le sorti della legge, come il legislatore e i giudici affronteranno i problemi antichi e quelli nuovi rimane oggetto di osservazione e di analisi per lo studioso.

Come costituzionalista e come donna, ci si limita a esprimere l'auspicio che il diritto fondamentale della donna di autodeterminarsi in relazione a scelte così intime e personali rimanga nella sfera del diritto alla vita privata, che uno Stato laico è chiamato dalla nostra Costituzione a salvaguardare.

³¹ Cfr. la "Relazione sullo stato di attuazione della legge presentata al Parlamento dal Ministero per la Giustizia del 2017", che si sofferma sull'aumento di questo dato, ricavato dall'aumento di procedimenti penali per il reato di cui all'art. 19 della l. n. 194 del 1978, come ricorda L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità*, cit., 22 ss.



Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978

Irene Pellizzone*

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN THE ITALIAN LAW ON VOLUNTARY PREGNANCY INTERRUPTION:

CONSTITUTIONAL REFLECTIONS AFTER 40 YEARS OF LEGISLATIVE APPROVAL

ABSTRACT: The article focuses on recent tendencies of the phenomenon of conscientious objection and tries to figure a balance after forty years since the enactment of law n. 194/1978. It points out that rights of women are directly protected by Constitution, while rights of conscientious objectors require the intervention of the Parliament. Starting from the apparently reassuring Report of the Ministry of Health to the Parliament, the A. underlines the problems and new challenges in this field, reaching the conclusion that the weak position of women and that the risk of illegal abortions imposes to enhance organisational standards of hospitals.

KEYWORDS: Abortion; conscientious objectors; *interpositio legislatoris*; women's rights; organisation of hospitals

SOMMARIO: 1. Il rendimento dell'art. 9 della l. n. 194 del 1978: considerazioni introduttive – 2. Le rassicurazioni della Relazione del Ministro al Parlamento del 2017: tutto risolto? - 3. Obiezione di coscienza, *interpositio legislatoris* e diritti costituzionali fondamentali da garantire – 4. Considerazioni sulla giurisprudenza nazionale e sulle modalità organizzative adottate nell'ultimo periodo dalle strutture sanitarie: spunti – 5. Obiezione di coscienza nella l. n. 194 del 1978: un bilancio a quarant'anni dalla sua approvazione.

1. Il rendimento dell'art. 9 della l. n. 194 del 1978: considerazioni introduttive

Con queste brevi riflessioni, s'intende proporre qualche valutazione sul "rendimento" dell'istituto dell'obiezione di coscienza, così come disciplinato nell'art. 9 della l. n. 194 del 1978, secondo una prospettiva di diritto costituzionale.

Come noto, questa norma prevede con che limiti, modalità e termini sia possibile per il personale sanitario coinvolto nell'interruzione volontaria di gravidanza esprimere obiezione di coscienza e vedersi quindi esonerato da questo compito.

Allo stesso tempo, al comma 4 si stabilisce, accordando precedenza al diritto alla salute della gestante sul diritto coscienza del medico, che le strutture sanitarie autorizzate a compiere le IVG «sono te-

* Ricercatrice in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano; Mail: irene.pellizzone@unimi.it. Lo scritto, anonimizzato, è stato sottoposto al referaggio del Comitato scientifico.



nute in ogni caso ad assicurare» l'espletamento delle procedure a ciò necessarie e che le regioni possono provvedervi anche mediante la mobilità del personale.

Il bilanciamento operato dalla norma in esame, pur con i limiti che si vedranno, pare dunque orientato a tutelare la coscienza individuale senza sacrificare il diritto della gestante di accedere, alle condizioni previste dalla legge, alla interruzione volontaria di gravidanza, che deve essere garantito mediante l'adempimento, da parte delle strutture sanitarie, dell'obbligo di organizzarsi correttamente¹.

L'obiettivo del presente scritto mira a saggiare la tenuta della *ratio* del suddetto art. 9 al cospetto del serio problema del massiccio numero dei ginecologi obiettori, oltrepassante la soglia del 70% a livello nazionale, ma in alcune regioni italiane concentrati in maniera persino più acuta: in Molise ad esempio, su 32 medici, uno solo non è obiettore².

È quasi inutile ricordare che la netta prevalenza dei ginecologi obiettori su quelli non obiettori costituisce un fattore in grado di menomare l'attuazione della legge, minacciando seriamente, quanto meno nelle regioni più compromesse, l'effettiva garanzia del diritto di accesso alla prestazione sanitaria dell'IVG e di riflesso la tutela del diritto costituzionale alla salute della gestante³.

Simile rischio è stato già riconosciuto e stigmatizzato a livello sovranazionale, nel 2012 e 2014, dal Comitato europeo dei diritti sociali⁴, che ha messo in evidenza, nella prima decisione, come l'elevata percentuale degli obiettori conduca alla violazione del diritto alla salute di quante, soddisfacendo i

¹ Per una interpretazione esattamente in questi termini, v. A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per "non obiettori"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 28 marzo 2017.

² Per i dati, v. la Relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza dagli anni del 22 dicembre 2017 e riguardante l'anno 2016, ma che riporta anche alcuni dati degli anni precedenti, spec. a p. 51 ss.

In dottrina, hanno esaminato il problema facendo riferimento ai dati più recenti, M. D'AMICO, *I diritti contestati. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, 48 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 601 ss.; D. PARIS, *Obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2013, 142 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 815 ss.

³ Si confrontano con i medesimi problemi e ipotizzano alcune soluzioni, nel senso di limitare il diritto all'obiezione di coscienza, B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017; F. GRANDI, Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 89 ss.; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista Aic*, 2/2017.

⁴ Decisione di merito sul Reclamo collettivo n. 87/2012, *IPPF EN c. Italia*; decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91/2014, *CGIL c. Italia*. Sulle pronunce cfr. M. D'AMICO, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 219 ss.; B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194", cit.



requisiti di legge, fanno richiesta di sottoporsi all'IVG ma faticano ad ottenerla nei tempi dovuti, individuando inoltre una discriminazione nei confronti delle donne che per le condizioni in cui di fatto si trovano maggiormente scontano il prezzo di difficoltà economiche o logistiche nell'accesso alla prestazione.

Nella seconda pronuncia, inoltre, il Comitato europeo dei diritti sociali ha rinvenuto una violazione del diritto al lavoro del personale medico non obiettore, il quale, dovendosi fare carico di supplire l'astensione dei numerosi colleghi obiettori, si trovano indirettamente discriminati. Occorre infatti tenere conto che, se svolte in modo preponderante sul complesso delle funzioni assegnate, le attività preposte all'aborto si presentano come ripetitive e poco qualificanti, nonché tendenzialmente frustranti su un piano psicologico: si pensi al paradigmatico esempio del Molise nel 2016, dove una sola struttura pratica IVG ed il carico di lavoro dell'unico ginecologo non obiettore è in media di nove aborti alla settimana.

2. Le rassicurazioni della Relazione del Ministro al Parlamento del 2017: tutto risolto?

Il primo tentativo di affrontare il problema, posto a livello sovranazionale, da parte del Governo italiano può rinvenirsi nel monitoraggio più attento degli indicatori attraverso cui verificare se l'incidenza dell'elevato numero di obiettori sull'accesso alla IVG e sul diritto al lavoro dei ginecologi non obiettori sia effettiva⁵. A tale obiettivo si è fatto fronte mediante un utilizzo mirato della Relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza, di cui all'art. 16 della l. n. 194 del 1978. Il rapporto ministeriale, infatti, ha visto estendere e dettagliare la parte relativa all'obiezione di coscienza in modo da dare conto dell'esistenza di una effettiva incidenza del numero di obiettori sull'accesso agli interventi di aborto.

Può essere in questa sede significativo soffermarsi allora, a costo di dilungarsi con alcuni dettagli, sulla Relazione ministeriale del 22 dicembre 2017, riguardante i dati dell'anno 2016, in quanto più recente e approfondita. Ebbene, la Relazione giunge a dimostrare, facendo leva sulla discreta distribuzione nel territorio nazionale delle strutture che effettuano l'IVG, che l'elevata percentuale di obiettori non conduce ad una menomazione, neanche nelle regioni in cui la loro concentrazione è maggiore, della copertura delle richieste di intervento. Anche l'incidenza dell'elevato numero di obiettori sul diritto al lavoro dei non obiettori viene ridimensionato, sottolineandosi come in nove regioni vi siano ginecologi non obiettori non assegnati al servizio delle IVG (il 6,6% a livello nazionale). È inoltre rilevato, grazie ad una accurata ricostruzione dei dati del numero di IVG settimanalmente svolte nelle singole strutture sanitarie, che in sole quattro regioni il personale non obiettore effettua un numero di interventi interruttivi che supera in modo significativo la media regionale (ciò avviene in Sicilia, Puglia, Campania e Lazio)⁶. Tuttavia, a partire dalla constatazione che due di esse fanno parte del grup-

⁵ In tema v. L. BUSATTA, *op. cit.*, 7 ss., cui si rinvia anche per la ricostruzione degli adempimenti, passati e futuri, a carico del Governo italiano e le prossime tappe del controllo sovranazionale sul seguito delle decisioni del Comitato europeo.

⁶ V. sempre la Relazione citata alla nota precedente, 55.



po di regioni in cui ginecologi non obiettori non sono assegnati a svolgere IVG, lo scarto viene imputato a problemi organizzativi delle singole strutture e non all'elevato numero di obiettori.

Pur apprezzandosene l'approccio serio, basato sull'approfondita ricerca di dati e sull'introduzione di nuovi e più mirati parametri di analisi, la tranquillizzante lettura offerta dal Ministro della Salute non pare del tutto appagante.

In primo luogo, il *trend* che in assoluto vede diminuire il numero di strutture che praticano l'IVG non viene messo in relazione con l'elevato numero di ginecologi obiettori, ma presentato come dato di fatto non significativo, sulla base del rilievo che il numero di strutture che effettuano l'IVG risulta tendenzialmente proporzionato al numero totale di strutture sanitarie e che la popolazione di donne in età potenzialmente fertile è coperta da un numero di strutture che effettuano l'IVG proporzionato rispetto al numero di punti nascita. Di più, viene aperto uno squarcio sull'utilità di un'ulteriore riduzione delle strutture che praticano l'IVG, mediante la soppressione di quelle che effettuano "poche", valutata come funzionale al perseguimento di un obiettivo di politica sanitaria analogo a quello fissato per eliminare i punti nascita, in base al quale si dovranno abolire le sedi che effettuano meno di 500 parti l'anno in quanto automaticamente ritenute non adeguate. Tale politica è considerata necessaria specialmente per gli aborti effettuati dopo il primo trimestre, che richiedono di essere praticati in strutture dotate di terapia intensiva prenatale, per consentire di assistere i nati vivi. Tuttavia, oltre alla non assimilabilità delle operazioni mediche richieste per un parto e per un aborto, la peculiare situazione di fragilità in cui si trova la gestante, non di rado priva di una rete familiare o sociale che la sostenga nella ricerca di accesso alla IVG, e lo specifico valore che assume il fattore tempo per l'ammissione al servizio nei termini di legge, meriterebbero di avere un peso specifico nelle valutazioni ministeriali. La disattenzione per questi due elementi, a fronte dell'accento posto sulla strategia elaborata per mettere in sicurezza i punti nascita e la sua meccanica applicazione in ambito di aborti, potrebbe apparire come un mezzo per distogliere l'attenzione dall'incidenza, potenzialmente problematica, dell'elevato numero di obiettori sulla diminuzione di strutture che praticano l'IVG.

La fragilità della gestante e la specifica importanza del fattore tempo, del resto, sono stati tenuti evidenziati in due pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, sebbene non riguardino l'Italia, ma la Polonia, dove il contesto che circonda l'applicazione della legge in tema di aborto e di obiezione di coscienza è molto più confuso, avvalorano le specifiche esigenze qui avvertite⁷.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, IV Sezione, *P. and S. contro Polonia*, ric. n. 57375/08, 30 gennaio 2013; Corte europea dei diritti dell'uomo, IV Sezione, *R.R. contro Polonia*, ric. n. 27617/04, 28 novembre 2011.

I casi riguardano, il primo, la vicenda di una ragazza 14enne vittima di stupro e della madre, che, avendo avuto la documentazione necessaria per abortire dal pubblico ministero, che attestava come la gravidanza fosse conseguito alla violenza, si erano viste opporre rifiuto all'aborto da parte di diverse strutture sanitarie, per poi vedersi coinvolte in un "cyclone mediatico" a seguito dell'individuazione di un ospedale disponibile ad eseguirla tanto che, a causa della pressione creatasi intorno al caso, l'operazione non era stata poi materialmente svolta. Anzi, la ragazza e la madre erano state allontanate dall'ospedale dalla polizia, che aveva poi ordinato la cautelare custodia della figlia in uno *shelter*, per proteggerla dall'influsso negativo della madre. Solo a seguito di un intervento del ministro della salute, le due donne sono state riservatamente portate in un centro che ha operato l'aborto.

Il secondo caso, invece, riguarda una donna che aveva fatto richiesta di aborto dopo avere scoperto, mediante indagini sulla salute del feto, che questo era afflitto da una grave patologia, ma non era riuscita a vedersi erogare l'accesso all'IVG in tempo utile.



Rispetto alla Polonia, ci si limita qui a sottolineare che, nel momento in cui tali decisioni sono state adottate, nell'ordinamento polacco sul medico obiettore gravava l'obbligo di garantire alla donna la reale possibilità di ottenere il servizio da un altro medico o ente sanitario, comunicandole dove potrebbe ottenere l'interruzione volontaria di gravidanza. Tuttavia, per eludere tale precetto, i medici dei due casi non avevano formalmente mostrato di avvalersi dell'obiezione di coscienza, procrastinando con giustificazioni diverse l'intervento o gli approfondimenti sanitari ad esso prodromici⁸.

Ciò posto a livello di brevissimo inquadramento, per i giudici di Strasburgo, gli stati che riconoscono l'obiezione di coscienza devono organizzare i servizi sanitari *«in modo da garantire la libertà di coscienza dei medici in un contesto professionale che non impedisca ai pazienti di accedere ai servizi ai quali hanno legalmente diritto»*⁹. In questi casi, per il comportamento umiliante tenuto dai medici obiettori, la Corte europea ha ravvisato, oltre alla violazione dell'art. 8 (Diritto alla vita privata e familiare), anche la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti uomo (Divieto di trattamenti inumani e degradanti), mostrando una notevole sensibilità ed attenzione al tema. L'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli stati in tema di tutela del diritto alla vita del nascituro non ha dunque arrestato un serio esame del caso da parte dei giudici di Strasburgo, che hanno sottolineato come, una volta riconosciuta, sia pure a certe condizioni e limiti, la libertà di interrompere volontariamente la gravidanza da parte di uno Stato, debba essere comunque assicurata la reale fruizione del diritto di accesso al trattamento medico. Certo è che il contesto polacco, per le modalità opache con cui i medici obiettori evitavano di invocare esplicitamente l'obiezione di coscienza, per evitare di incorrere nell'obbligo di informare la donna sulle strutture in cui abortire, non può incondizionatamente fungere da termine di paragone con quello italiano e certo è che nei due casi concreti sottoposti all'esame della Corte europea il problema legato all'esercizio dell'obiezione di coscienza è emerso anche per le modalità non trasparenti in cui ciò è avvenuto, tipiche, appunto, della realtà presente in Polonia. Tuttavia, la condizione di fragilità della donna e l'importanza di un accesso tempestivo alle prestazioni ricorrono senz'altro anche in ambito italiano e meritano dunque la massima attenzione da parte delle istituzionali nazionali.

Tornando alla relazione ministeriale, pare in secondo luogo valorizzato in chiave eccessivamente rassicurante il dato per cui in nove regioni è possibile riscontrare l'esistenza di ginecologi non obiettori non assegnati al servizio dell'IVG. Potrebbero spiegare questo elemento, infatti, ragioni organizzative specifiche del tutto fondate, estranee all'esistenza di un *surplus* di medici non obiettori, mentre il ragionamento della relazione ministeriale pare implicare che i medici non obiettori possano essere sempre gravati, a prescindere dalle condizioni (retributive, carichi di lavoro o indennità) in cui lavora-

In entrambi i casi, dalla motivazione delle pronunce emerge come il problema dell'obiezione di coscienza, utilizzata in modo non trasparente dal personale sanitario, abbia costituito una delle ragioni della violazione delle norme convenzionali.

⁸ Cfr., per la decisione del 2013, i §§ 107 e 108; per la decisione del 2011, il § 206 e le ricostruzioni degli argomenti delle parti, da cui si evince l'opaco sfruttamento dell'obiezione di coscienza in modo estensivo, anche se implicitamente.

⁹ Cfr., rispettivamente, i §§ 106 e 206 delle pronunce del 2013 e 2011.



no, del servizio non svolto dagli obiettori, secondo una logica che finisce illegittimamente con gravarli di un obbligo positivo di svolgere aborti¹⁰.

Vi è un altro elemento che merita di essere posto in rilievo, nel tentare di saggiare la tenuta della l. n. 194 del 1978 dinanzi al problema posto dall'elevato numero di obiettori: ci si riferisce al fenomeno degli aborti clandestini, particolarmente frequente tra gli stranieri, come mette in evidenza la relazione presentata dal Ministro della Giustizia al Parlamento nel febbraio 2018, ai sensi dell'art. 16 della l. n. 194 del 1978, secondo cui vi è un leggero aumento nell'iscrizione dei procedimenti penali presso le procure ex art. 19 della medesima legge¹¹.

A questo proposito, benché sia assente un collegamento diretto tra clandestinità dell'aborto e elevato numero di obiettori di coscienza, pare necessario porsi il problema in specifico riferimento alle donne straniere: questa categorie di donne infatti, per ostacoli linguistici e sociali potrebbero dover affrontare una condizione di isolamento ancora più marcata di quella che comunemente può affliggere le donne che incorrono in una gravidanza indesiderata, e per tale motivo tardare a rivolgersi alle strutture o al personale medico competente.

Sebbene non ci siano dati che possano dimostrare una diretta relazione tra tasso di obiettori e fenomeno degli aborti clandestini¹², di per sé difficile da monitorare, non si può negare che l'attesa o la necessità di spostarsi in strutture lontane possano, nei casi non infrequenti in cui la condizione di migrante coincide con uno stato di isolamento sociale e dunque con una minore tempestività nel rivolgersi ai centri competenti, disincentivare ulteriormente la richiesta di aborto alle strutture autorizzate, favorendo invece la ricerca di strade alternative contrarie alla legge, più comode da un punto di vista logistico e temporale.

Al contrario, una percezione dell'accesso all'IVG alleggerita da questo problema, ancorché condizionata al rispetto dei requisiti di legge, potrebbe favorire una diminuzione degli aborti clandestini che, tenuto conto del supporto che la stessa l. n. 194 del 1978 prevede sia offerto alla gestante, ovviamente assente nel caso di aborto clandestino, potrebbe favorire a sua volta una più incisiva diminuzione degli aborti da parte di donne straniere, secondo il *trend* già affermatosi in modo deciso per le donne italiane.

¹⁰ Per ulteriori considerazioni critiche nella medesima direzione del testo, anche se relative alla Relazione per il 2015, v. L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del ssn. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 9 ss.

¹¹ Cfr. la Relazione, a pagina 5.

Sul tema degli aborti clandestini v. anche L. BUSATTA, *op. cit.*, 22, nota 57. L'elemento della clandestinità è stato messo in rilievo anche e specificamente dalle parti ricorrenti nei due casi decisi dal Comitato europeo dei diritti sociali.

¹² Come riportato nella decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012), al § 192, «some pregnant women are obliged to travel to other regions of Italy and even abroad to seek abortion treatment as a result of the high level of objecting health personnel in the hospitals situated close to their usual place of residence, while there seems to be a re-emergence of clandestine abortions, in particular among immigrant women».



3. Obiezione di coscienza, *interpositio legislatoris* e diritti costituzionali fondamentali da garantire

Posto che le minacce dell'elevato numero di medici obiettori per l'attuazione della l. n. 194 del 1978 non possono certo dirsi "rientrate", è bene spendere qualche parola sulla collocazione del diritto all'obiezione di coscienza nell'ordinamento.

Non potendosi in questa sede ripercorrere i numerosi approfondimenti già autorevolmente offerti dalla dottrina costituzionalista, ci si limita ad avvertire che si aderisce alla tesi di quanti ritengono che l'obiezione di coscienza sia un istituto unitario che legittima, per espressa previsione legislativa, il comportamento omissivo dell'individuo che si sottrae da un obbligo di legge, perché il suo profondo convincimento interiore ciò gli impone¹³.

L'obiezione di coscienza, per come qui intesa, si atteggia dunque come ipotesi profondamente distante dal diritto alla contestazione politica e dal diritto di resistenza, che esistono quando è riconosciuta la libertà di agire per, appunto, contestare norme ingiuste o resistere dinanzi ad esse, giungendo ad eliminarle.

Ciò posto, come affermato dalla Corte costituzionale, in modo particolarmente significativo, nella sent. n. 467 del 1991, i diritti della coscienza assumono rilievo costituzionale grazie al principio personalista, di cui all'art. 2 Cost., letto congiuntamente al nucleo essenziale degli artt. 3, 19 e 21, «dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia [della dignità umana e] di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico».

Oggi, peraltro, i diritti della coscienza assumono rilievo anche a livello di normazione dell'Unione europea: sembra simbolicamente degno di nota che l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione menzioni esplicitamente il diritto all'obiezione di coscienza, anche se poi rinvia alle leggi nazionali il compito di disciplinarne l'esercizio. A livello convenzionale manca invece un richiamo esplicito a tale diritto, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rinvenuto un nesso tra obiezione di coscienza e libertà di pensiero, coscienza e religione, protetta dall'art. 9 della Convenzione¹⁴.

Non si tratta però di un diritto il cui riconoscimento, come comunemente accade per i diritti individuali, deriva direttamente dalla Costituzione o dalle norme sovranazionali: esso scaturisce piuttosto dall'intimo convincimento del singolo e solo di riflesso, a seguito dell'indispensabile intervento legislativo che riconosca come meritevole di tutela tale convincimento interiore, trova nutrimento nei menzionati diritti costituzionali¹⁵.

Per essere legittima, infatti, l'obiezione di coscienza deve essere autorizzata dalla legge, pena la violazione dell'art. 54 Cost., secondo cui, come noto, «tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla

¹³ Cfr. A. PUGLIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 251 ss., la cui impostazione è largamente accolta in questo scritto.

¹⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, *Bayatyan c. Armenia*, ric. n. 37334/08, sent. 7 luglio 2011, II sezione, *Savda c. Turchia*, ric. n. 42730/05, sent. 12 giugno 2012.

¹⁵ Così v. sempre A: PUGLIOTTO, *op. cit.*, 251 ss. Non pare si possa accogliere, di conseguenza, il contrario punto di vista di R. BERTOLINI, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, che la definisce diritto costituzionale di quarta generazione.

Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi», tanto che in dottrina si è sottolineato come essa esista (ed in quanto tale assuma il rango di diritto) solo e soltanto in presenza di una *interpositio legislatoris*¹⁶.

Tale natura dell'obiezione di coscienza emerge in modo molto chiaro nella sent. n. 43 del 1997, in tema di leva militare obbligatoria, in cui si afferma che «spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi».

Questo percorso argomentativo porta ad affrontare un problema decisivo per l'oggetto delle presenti riflessioni.

Se è vero che, seguendo il monito della Corte costituzionale, il legislatore deve introdurre, accanto all'obiezione di coscienza, strumenti che preservino i doveri di solidarietà, ciò non toglie che lo stesso istituto dell'obiezione di coscienza sia connotato da una contraddizione insanabile. Il legislatore non si assume infatti, ammettendo che ci si possa rifiutare di adempiere certi obblighi previsti a livello legislativo, il rischio, in caso di mutamenti sociali che rendono l'obiezione la regola e la non-obiezione l'eccezione, di autorizzare preventivamente una sistematica astensione dai suddetti obblighi?¹⁷

L'interrogativo posto si fa naturalmente più serio, quando l'adempimento di tali obblighi ha un rilievo costituzionale, nel senso che costituisce lo strumento per l'attuazione di principi o diritti costituzionali.

Il problema non è certo frutto di riflessioni astratte, come dimostra la vicenda della l. n. 194 del 1978. Probabilmente, in questo caso, la criticità della situazione emerge in modo particolarmente acuto anche per via della lacuna circa le prestazioni alternative all'IVG per gli obiettori, che li spinge verosimilmente una parte a fare un ricorso disinvolto se non abusivo all'esonero, in quanto estraneo all'insopprimibile esigenza di salvaguardare la dignità del singolo, su cui si radica il diritto all'obiezione.

Si consideri al riguardo che, con la sent. n. 409 del 1989, la Corte costituzionale ha rinvenuto nella richiesta di essere ammesso a un servizio militare non armato o a un servizio civile, da parte di quanti fossero imprescindibilmente contrari all'uso delle armi, un elemento capace di corroborare la sincerità dell'obiezione di coscienza.

E ancora, nella sent. n. 467 del 1991, ha qualificato come necessaria, in relazione all'obiezione di coscienza alla leva militare, «una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar

¹⁶ Ancora A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 251 ss. In tema, v. inoltre, anche per riferimenti di diritto comparato, D. PARIS, *op. cit.*, 263 ss.

¹⁷ Cfr. le riflessioni di D. PARIS, *Obiezione di coscienza*, cit., 70 ss; il discorso è molto complesso, ma, nel caso dell'IVG, non pare che l'obiezione di coscienza possa dare adito a un mutamento legislativo, essendo l'accesso a tale prestazione, quando la gravidanza implica un rischio per la salute della donna, componente essenziale per la effettiva tutela del diritto alla salute della donna medesima (v. su tutte la nota sent. n. 27 del 1975 della Corte cost.).

M. SATORI, *La coscienza disobbediente. Ragioni tutele e limiti*, Milano, 2014, passim e spec. 213 ss., da una prospettiva della filosofia del diritto, sottolinea il problema giuridico posto dall'obiezione di coscienza partendo dall'ipotesi limite in cui tutti i ginecologi esercitino tale scelta.



pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale». Con questo non si intende affermare che l'esonero debba essere complementare all'attribuzione di carichi di lavoro che possano rendere gravosa la scelta dell'obiettore, discriminandolo, ma semplicemente che debbano essere guardate con favore ipotesi di riforma che, ad esempio, prevedano per gli obiettori l'obbligo di svolgere attività informative in tema di genitorialità responsabile nei consultori.

4. Considerazioni sulla giurisprudenza nazionale e sulle modalità organizzative adottate nell'ultimo periodo dalle strutture sanitarie: spunti

Ciò posto a livello di inquadramento generale, l'aporia dell'art. 9 difronte alla portata dilagante del fenomeno delle obiezioni di coscienza può essere spiegata in due modi.

In primo luogo, con il carattere contraddittorio insito nell'obiezione di coscienza, derivante come si è visto dal fatto che essa incarna un diritto sostenibile ed assicurabile finché rimane praticata in via eccezionale. Se non che, quanto avvenuto nel caso della leva militare obbligatoria, cioè la sua abolizione, non sembra trasponibile all'IVG, perché in questo caso non è in gioco un dovere di solidarietà o un interesse collettivo, come la difesa della patria, altrimenti tutelabile, ma verrebbe sacrificato il diritto fondamentale della salute della gestante che per essere assicurato necessita dell'esecuzione materiale delle condotte obiettabili.

In secondo luogo, come già accennato genericamente sopra, può probabilmente rinvenirsi un elemento di ulteriore complicazione nell'assenza di prestazioni alternative a carico degli obiettori nella l. n. 194 del 1978, fornendo essa di fatto un incentivo non da poco per obiezioni non genuine, cioè per un abuso del diritto alla propria coscienza¹⁸.

Se è vero che un intervento riformatore pare alquanto inverosimile nel breve periodo, può essere interessante volgere lo sguardo al modo con cui la giurisprudenza si è confrontata con il fenomeno (sia nei casi di richiesta di estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 9 in via interpretativa da parte di aspiranti obiettori, sia nei casi di pubbliche amministrazioni che hanno cercato di far fronte al basso numero di non obiettori).

Ebbene, si può registrare un atteggiamento piuttosto restrittivo, sin dai primi anni di applicazione della legge, che ha contribuito a frenare i tentativi di un'applicazione dell'istituto tracimante ad attività qualitativamente non connesse con l'intervento interruttivo della gravidanza.

In primo luogo, è bene ricordare sul punto la sent. n. 196 del 1987 della Corte costituzionale, che ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità volta a trasmettere l'obiezione anche al giudice tutelare chiamato ad intervenire in caso di richiesta di aborto da parte di minorenne i cui genitori non è consigliabile che siano informati, siano contrari o abbiano pareri difformi, facendo perno sulla distinzione con l'intervento del sanitario: mentre il giudice deve unicamente integrare la volontà della minorenne, il sanitario deve accettare se esistono i requisiti per l'aborto¹⁹.

¹⁸ F. GRANDI, *Le difficoltà*, cit., 120.

¹⁹ Unica pronuncia del giudice costituzionale sui contorni dell'istituto dell'obiezione di coscienza in questo campo.



Venendo alla giurisprudenza ordinaria, è necessario citare, tra le più risalenti e note pronunce, una decisione del 9 ottobre 1979 della Pretura di Ancona²⁰, che ha respinto l'ipotesi di applicazione dell'art. 9 ad un elettrocardiogramma da svolgere in vista dell'anestesia necessaria per l'IVG, in quanto tra intervento oggetto di obiezione e aborto permaneva uno spazio per una desistenza da parte della paziente ed il legame con l'aborto è quindi stato catalogato come solo indiretto.

Va ricordata poi la decisione della Pretura di Penne del 6 dicembre 1983²¹, che definisce preparatoria, fungibile e non intrinsecamente diretta a provocare l'IVG, e dunque non esonerabile, l'attività di due ostetriche consistente nella preparazione del campo sterile per l'intervento da tenersi il giorno successivo.

Più di recente, con la sent. n. 14979 del 2013, riguardante i nuovi orizzonti dell'intervento interruttivo tracciati dall'introduzione della pillola abortiva, la VI sezione penale della Cassazione ha confermato la reclusione di un anno, con sospensione condizionale, per il reato di cui all'art. 328 c.p. (rifiuto di atti di ufficio) a un medico di guardia, obiettore di coscienza in servizio nel reparto di ostetricia e ginecologia, condannata sia in primo grado dal Tribunale di Pordenone, sia in secondo grado dalla Corte d'appello di Trieste, per essersi rifiutata, per motivi di coscienza, di assistere una paziente già sottoposta ad un intervento di IVG attuato mediante somministrazione farmacologica.

Vi sono poi due pronunce, meritevoli di attenzione, riguardanti differenti tentativi di pubbliche amministrazioni di assicurarsi la presenza, in consultori, di personale destinabile a svolgere mansioni correlate all'IVG senza incorrere nel rischio dell'obiezione di coscienza.

Più ambigua è la decisione del Tar Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477: essa si pone, nella *ratio decidendi*, nello stesso senso restrittivo dei precedenti citati, annullando una deliberazione della Giunta regionale nella parte in cui prevedeva l'assegnazione ai consultori di risorse finalizzate all'integrazione della loro dotazione organica di personale con medici ginecologi e ostetriche che non avessero sollevato obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza che bandiva una procedura concorsuale riservata al personale specializzato non obiettore, proprio perché nei consultori «non si pratica materialmente l'interruzione volontaria della gravidanza per la quale unicamente opera l'obiezione». Tuttavia in un *obiter dictum* la pronuncia si contraddice, giacché ipotizza che «in alternativa potrebbe l'amministrazione legittimamente predisporre per il futuro bandi finalizzati alla pubblicazione dei turni vacanti per i singoli Consultori che prevedano una riserva di posti del 50% per medici specialisti che non abbiano prestato obiezione di coscienza ed al tempo stesso una riserva di posti del restante 50% per medici specialisti obiettori. Sarebbe quest'ultima una opzione ragionevole che non si porrebbe in contrasto con il principio di egualianza di cui all'art. 3 Cost.».

Va poi ricordata una pronuncia del Tar Lazio, sez. III *quater*, 2 agosto 2016, n. 8990²², ritenuta peraltro da taluno in contrasto con lo stesso art. 9 della legge, che ha respinto il ricorso contro il provvedimento del Commissario ad acta della Regione qualificante come non obiettabile il rilascio del certificato che attesta la richiesta della donna di abortire e la presenza delle condizioni che legittimano l'aborto, cui, scaduto il termine legislativo di 7 giorni per eventuali ripensamenti, segue l'intervento

²⁰ In *Giur. it.* 1980, 184 ss., con nota di V. ZAGREBELSKY.

²¹ In *Giur. pen.*, 1984, II, 314 ss. con nota di A. NAPPI.

²² D. PARIS, *In margine a due In margine a due provvedimenti limitativi del diritto all'obiezione di coscienza nella Regione Lazio*, in *Forum costituzionale. Rassegna*, 28 marzo 2017.



interruttivo, sottolineando come l'erogazione di tale certificato non sia direttamente legata all'aborto da un punto di vista spaziale, cronologico e tecnico.

Se da un punto di vista qualitativo (il tipo di attività esonerabili) l'argine posto dall'art. 9, come supportato dalla interpretazione restrittiva operata dalla giurisprudenza, per così dire "tiene", non così può dirsi da un punto di vista quantitativo.

Particolarmente promettenti paiono però dei recenti tentativi di aziende ospedaliere escogitati in tal senso. Ci si riferisce ai bandi emessi nel 2015 dall'azienda san Camillo Forlanini e del Policlinico Umberto I di Roma, destinati a provvedere alla copertura non di posti riservati – e qui sta la novità – a medici non obiettori, ma di posti deputati allo svolgimento di attività esclusivamente diretta ad applicare la l. n. 194 del 1978²³.

Si tratta di una scelta interessante, in *primis* in quanto scevra dal rischio di annullamento per ragioni discriminatorie, essendo basata sulla dimostrabile esigenza di personale in grado di svolgere IVG.

Tuttavia, la soluzione potrebbe essere indebolita dalle sue controverse conseguenze giuridiche, poiché non è chiaro quali effetti possano scaturire dalla scelta, successiva alla fine del periodo di prova, di porre obiezione di coscienza da parte del personale assunto.

La dottrina maggioritaria propende per un "nulla di fatto", nel senso che l'ente ospedaliero potrebbe procedere al licenziamento solo dopo aver dimostrato che l'organizzazione complessiva del personale non consente che i soggetti, sia pure assunti per far fronte all'attività richiesta dalla l. n. 194 del 1978, non possono essere destinati utilmente ad altre attività e sono in esubero²⁴.

Si torni allora alla relazione ministeriale citata in apertura, che in un passaggio pare particolarmente condivisibile: dove richiama l'importanza di uno sfruttamento il più possibile pregnante dei margini sussistenti per una migliore organizzazione del personale²⁵ e, solo se è dimostrabile che tali margini non esistono, proseguire nel solco aperto dai due enti ospedalieri sopra citati.

²³ In tema v. per tutti B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia), in *Osservatorio AIC*, 1/2017.

²⁴ In particolare, v. in particolare L. BUSATTA, *op. cit.*; si esprimono in questo senso B. LIBERALI, *op. cit.*; A. BURATTI, *op. cit.*

²⁵ Cfr. i passaggi a p. 51 e 56, per cui, rispettivamente: «in generale, non sembra essere il numero di obiettori di per sé a determinare eventuali criticità nell'accesso all'IVG, ma probabilmente il modo in cui le strutture sanitarie si organizzano nell'applicazione della Legge 194/78»; e «relativamente ai tempi di attesa sulla base dei dati disponibili si vede come in alcune regioni all'aumentare degli obiettori di coscienza diminuiscano i tempi di attesa delle donne, e, viceversa, in altre regioni al diminuire del numero di obiettori aumentino i tempi di attesa, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare, quindi non c'è correlazione fra numero di obiettori e tempi di attesa: le modalità di applicazione della legge dipendono sostanzialmente dall'organizzazione regionale, risultato complessivo di tanti contributi che, naturalmente, variano da regione e regione (e probabilmente anche all'interno della stessa regione). Ricordiamo che, già ad oggi, è possibile per l'organizzazione sanitaria regionale attuare sia forme di mobilità del personale sia forme di reclutamento differenziato».



5. Obiezione di coscienza nella l. n. 194 del 1978: un bilancio a quarant'anni dalla sua approvazione

In conclusione, il bilancio della l. n. 194 del 1978, a quarant'anni dalla sua approvazione, è problematico non tanto su un piano qualitativo, quanto su un piano quantitativo.

L'obiezione di coscienza infatti, per come è esercitata, risulta, a differenza di quanto accaduto nei due casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la Polonia, frutto di una dichiarazione formalmente inequivocabile che, proprio in quanto esplicita, non previene la donna dal cercare contatto con medici non obiettori.

Ciò non toglie che lo scarso numero di medici obiettori possa rappresentare un serio problema per l'effettività della legge, minando sia la portata precettiva delle norme volte a tutelare la salute della gestante, sia il principio costituzionale di egualanza, declinato nel divieto di discriminazione tra medici non obiettori ed obiettori.

Le argomentazioni delle relazioni ministeriali annuali, succedutesi a partire dalla prima condanna del Comitato europeo dei diritti sociali all'Italia, pur essendosi via via raffinate ed avendo cercato di dissingolarsi con approfondimenti specifici l'ordigno ideologico che vede sempre e comunque l'obiezione di coscienza legata doppio filo alla difficoltà ad accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, non sembrano così soddisfacenti e convincenti.

Anzi, l'impressione è che talvolta aspirino a distogliere lo sguardo dal problema, sottovalutando i rischi della relazione, effettivamente non ancora dimostrata ma non per questo da accantonare, tra aumento delle obiezioni e aumento degli aborti clandestini, e facendo ricadere sulle singole strutture sanitarie l'onere di far fronte all'incipiente fenomeno a livello organizzativo interno, mentre linee di indirizzo ministeriali potrebbero svolgere un importante ruolo di orientamento.

La recente soluzione, messa a punto proprio a partire dall'iniziativa elaborata dal basso da parte di alcuni ospedali (l'azienda san Camillo Forlanini e del Policlinico Umberto I di Roma), che vede le strutture sanitarie bandire posizioni per medici che dovranno svolgere mansioni consistenti nell'applicazione esclusiva della l. n. 194 del 1978 è anch'essa, come si è visto, inappagante, potendo solo fungere da atto di persuasione volto a prevenire candidature di personale obiettore, mentre non permette di risolvere automaticamente il contratto di chi, risultato vincitore per una posizione incompatibile con l'obiezione, decida di avvalersene in un secondo tempo.

Fermo restando che l'approccio opportunistico di alcuni dei medici obiettori e le tensioni tra medici obiettori e non obiettori risultano problematiche anche perché a livello culturale rischiano di delegittimare, impregnandola di ideologia, l'applicazione della l. n. 194 del 1978, pare che alla base del problema giaccia l'impossibilità di porre un argine alle obiezioni non genuine, non essendo possibile un controllo pubblico sul foro interiore dell'obiettore. Nel lungo periodo di potrebbe ragionare, però, di obblighi alternativi per i medici obiettori, che, pur lontani da intenti discriminatori, possano fungere da filtro rispetto a comportamenti di comodo.



La legge n. 180/1978 quale fattore di revisione dei paradigmi.

Dall'*immunitas* alla *communitas*

Stefano Rossi*

LAW 180/1978 AS A FACTOR FOR REVISING PARADIGMS. FROM *IMMUNITAS* TO *COMMUNITAS*

ABSTRACT: The law that in 1978 reformed the psychiatric assistance in Italy represented an historical passage not only respect to the policy of the assistance to mentally ill people but also for the cultural and social approach to psychiatric illness. The abolition of mental hospital, the return of the citizenship rights and the beginning of the process of destigmatization of mental illness are a sign of scientific, anthropological and legal paradigms shift. Forty years after the law, despite contradictions, gaps and the chronic underfunding of psychiatric services, the “Basaglia” law has led to a great phenomenon of liberation, an extraordinary journey that is still unfinished.

KEYWORDS: Psychiatry; rights; psychiatric reform; paradigm

«Perché trovarsi davanti ad un pazzo sapete che significa? Trovarsi davanti a uno che vi scolla dalle fondamenta tutto quanto avete costruito in voi, attorno a voi, la logica, la logica di tutte le vostre costruzioni!»

(Pirandello, Enrico IV)

SOMMARIO: 1. Diritto incarnato e principi costituzionali – 2. Il paradigma scientifico: dalla biologia alla multidimensionalità – 3. Il paradigma antropologico: dalla follia alla vulnerabilità – 3. Il paradigma giuridico: dall’oggetto alla persona – 4. Sintesi: dall’*immunitas* alla *communitas*.

1. Diritto incarnato e principi costituzionali

Scriveva Elias Canetti che «le parole di solito camminano», scelgono percorsi impervi, a volte si perdonano, in altre si ritrovano. Le parole scritte nella Costituzione hanno fatto in oltre settant’anni una lunga strada e, tra resistenze ed esitazioni, sono giunte ad affermarsi nella vita del diritto e nelle nostre relazioni quotidiane, facendosi diritto di prossimità.

Persona, egualanza, pari dignità, libertà sono alcune delle parole chiave della Costituzione, espressioni di quella semantica influente che viene a garantire ed arricchire il senso del diritto e dei diritti. Non si tratta solo di concetti, espressione di principi, il linguaggio usato è invero quello della vita con

* Avvocato e Dottore di ricerca in diritto pubblico e tributario nella dimensione europea – Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bergamo. Mail: Stefano.rossi@unibg.it. Lo scritto, anonimizzato, è stato sottoposto al referaggio del Comitato di Direzione.

cui il diritto descrive se stesso: è infatti nel gioco dell'esistenza che l'intreccio tra fatto e norma diventa visibile, quando si deve decidere o dar ordine alla complessità e alle contraddizioni del vivente. La rivincita della vita è cominciata quando si è capovolta – in virtù della centralità assunta dai profili esistenziali nel dettato costituzionale – l'impostazione che vedeva nella persona quasi esclusivamente il soggetto economico, razionale ed astratto¹, assorbendo la funzione del diritto nella sua struttura² con l'effetto di identificare la capacità con l'assunzione di decisioni in ambito patrimoniale³. L'aspetto mistificatorio di questa sovrastruttura si esprimeva nella riduzione del mondo all'essenziale, dominando la proliferazione del reale attraverso la configurazione di aride unità di significato: così le dolorose dissonanze della vita – anche quelle più aliene alla socializzazione – venivano ricondotte con sottile violenza entro la compatta armonia della forma.

Il modello della Costituzione per principi⁴ ha spezzato quel *limes* che delimitava, dialetticamente, le opposte ma contigue esigenze di elasticità e rigidità dell'ordinamento giuridico, attraverso le quali, in un succedersi di espansione e contrazione, l'esperienza del diritto si evolve progressivamente. «La disciplina giuridica», infatti, «non costituisce la variabile "forma" di una costante "sostanza"» ma, al contrario, «rappresenta essa stessa elemento della struttura economica i cui effetti e procedimenti sono in funzione delle regole seguite nell'azione e viceversa»⁵.

È nello iato tra funzione e struttura del diritto che si insinuano i principi costituzionali forzando lo schema patrimonialistico per consentire l'espansione integrale della personalità e l'emergere della concretezza del reale, tessendo in tal modo una rinnovata intelaiatura di ragioni sociali, economiche e profili giuridici tale da alterare e modificare strutturalmente alcuni istituti-chiave e i loro corrispondenti capisaldi concettuali, nonostante il persistere di una legislazione non del tutto affrancata dai retaggi socio-culturali propri della tradizione codicistica.

È soprattutto attraverso il ruolo dei giuristi che tale evoluzione si consolida, laddove questi sono capaci di «guardare alla nuova Costituzione repubblicana non con i vecchi occhiali del paradigma moderno, sotto i quali essa appariva come espressione di un' *auctoritas* (qui nelle vesti dell'onnipotente potere costituente), esposta alle incursioni del legislatore costituzionale, ma osservarla con occhiali nuovi, riconoscendola come la novella incarnazione degli *agraphoi nomoi* di Antigone, della seconda dimensione del diritto, quella che viene non dall'alto del potere politico (la Costituzione come *lex superior*), ma dal basso, dagli strati profondi della società e a cui non si obbedisce per timore della san-

¹ G. TARELLO, *A proposito del «Code Napoléon»*, II, «Code civil» e regola del gioco borghese, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 136 ss.

² T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 70.

³ G. RESTA, *I diritti della personalità*, in G. ALPA, G. RESTA (a cura di), *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2006, 387 ss.

⁴ Le norme costituzionali non sono solo limite alla legislazione, ma piuttosto il "fondamento" di tutto l'ordinamento giuridico: la Costituzione è vista come un insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche proprie dei vari settori del diritto infra-costituzionale. Si veda F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991, 2 s.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 148 ss.; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, 305-310 in riferimento al modello della "Costituzione totale"; G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Dir. soc.*, 2017, 1, 91 ss., sp 101 ss.

⁵ T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in Id., *Problemi giuridici*, cit., 47.



zione, ma si aderisce spontaneamente perché persuasi della sua *ratio*, perché convinti della bontà del suo progetto di società libera e giusta»⁶.

In quanto espressione non più di *auctoritas* ma del patrimonio valoriale di una società aperta allo sviluppo storico, i diritti non si comprendano in un catalogo chiuso e fossilizzato, ma sono il prodotto, sempre in evoluzione, della maturazione della cultura giuridica e delle trasformazioni dell'*ethos* della società. All'espansione dei diritti, veicolata dall'infiltrazione nell'ordinamento dei principi costituzionali, si accompagna l'affermazione di nuovi protagonisti della narrazione giuridica che, dietro la maschera del soggetto unico di diritto, si mostrano come attori situati, colti nei loro vari contesti vitali, definiti dalle molteplici qualità possedute e radicati nella rete dei rapporti sociali ed economici che concretamente li avvolgono e li costituiscono.

Tale direttiva assiologica trova riflesso nell'accoglimento del principio personalista e del pluralismo sociale di cui all'art. 2 Cost., che, nel riconoscere la supremazia della persona rispetto allo Stato, garantisce il libero sviluppo della personalità dell'uomo singolo e «associato secondo una libera vocazione sociale»⁷, il che consente di coglierne la distanza da ogni astrazione, per la rilevanza attribuita ai legami comunitari e alla realtà delle formazioni sociali. È espressione della medesima antropologia costituzionale anche l'art. 3 Cost.⁸, precetto che incrina il tradizionale schema dell'eguaglianza formale, facendosi veicolo di partecipazione attraverso l'affermazione di quel principio di giustizia distributiva che sta alla base di ogni costituzione sociale⁹. La sintesi concettuale di tali aspirazioni si ritrova nel riferimento alla «*pari dignità sociale*» che assume la funzione di fattore determinante della logica emancipativa¹⁰ che si struttura e si compie solo entro il contesto complessivo di svolgimento dell'esistenza. Dignità sociale e pieno sviluppo della personalità delineano un «ambiente relazionale» entro il quale i significati dell'eguaglianza, formale e sostanziale, perdono la loro tradizionale connotazione oppositiva, per acquisire una forma «sequenziale» e un indirizzo unitario progressivo: un'eguaglianza, che inverata anche dai diritti sociali, diviene «effettivamente disponibile»¹¹, assumendo un valore comprensivo al cui interno convivono – reciprocamente alimentandosi e bilanciandosi – istanze personaliste e pluraliste, contenuti individuali e collettivi, profili formali (non discriminazione) e sostanziali (rimozione degli ostacoli all'eguaglianza).

La dinamica dei principi costituzionali «per un verso irrompe (...) in tutti i settori del diritto e dell'organizzazione politica, economica e sociale; per l'altro verso pone [norme aperte] all'incessante fluire delle istanze sociali, e capaci di legittimare misure o politiche di cui non è possibile stabilire una volta per tutte l'estensione operativa o i limiti»¹². Paradigmatico¹³ del carattere evolutivo

⁶ M. VOGLIOTTI, *La fine del «grande stile» e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. BARSOTTI (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, 95 ss., sp. 104.; P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 27 ss.

⁷ Assemblea costituente, seduta pom. 24 marzo 1947, intervento on. Aldo Moro, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1976, 594.

⁸ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, 71 ss.

⁹ A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 36 ss.

¹⁰ C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1964, 376.

¹¹ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1098.

¹² A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 713.

dell'affermazione di principi fondativi della Repubblica – personalismo¹⁴ e lavorismo¹⁵ – è anche l'art. 36 Cost., laddove il diritto alla retribuzione riflette la concretezza dei vissuti e dei bisogni quotidiani dei lavoratori¹⁶, imponendo di considerare il lavoratore non alla stregua di un fattore produttivo, ma quale valore sociale non mercificabile. In questa prospettiva il modello antropologico di lavoratore accolto dalla Carta costituzionale presuppone la «distinzione tra persona e corpo del lavoratore [il che] consente di rimettere al centro del contratto di lavoro il lavoratore-oggetto per portare il lavoratore-soggetto fuori dalla subordinazione, recuperandone la libertà e l'autonomia»¹⁷. L'art. 36 Cost. condivide, con le altre disposizioni, quei tratti di eccedenza assiologica che vengono a integrare l'immagine costituzionale della persona, come peraltro dimostra l'evoluzione del contenuto etico intrinseco al rispetto della dignità in un valore socialmente condiviso e poi tradotto in una norma giuridica che, attribuendo al lavoratore il diritto ad una retribuzione tale da garantirgli un'esistenza libera e dignitosa, si propone di realizzare l'affrancamento dello stesso dal bisogno economico¹⁸. Il complesso bagaglio di diritti fondamentali del lavoratore sublima quindi la contraddizione insita nella relazione contrattuale di scambio lavoro/retribuzione che connota il lavoro subordinato, entro cui si impone l'eguaglianza nello scambio e, al contempo, l'anelito alla giustizia sociale, intesa come dignità della retribuzione stessa, a garanzia delle attribuzioni della persona.

Sanando la sclerotizzazione del diritto, nel tessuto del testo costituzionale ha cominciato a circolare la linfa della storia, dei fatti, della società, con i suoi uomini in carne ed ossa, spinti da concreti interessi e animati da valori non omogenei, designando un nuovo perimetro dell'agire pratico.

Si tratta di un'impresa in permanente costruzione e ricostruzione, ove, ciò che in passato era rimasto inarticolato, si esprime attraverso quella duttilità del diritto – come disciplinamento del pensiero possibilista e conduttore del pluralismo sociale – che, nel riconoscimento delle personalissime e singolari situazioni esistenziali delle persone, consente agli esclusi di oltrepassare la soglia, uscire dall'ombra, ricevendo risposta dall'ordinamento alle loro invocazioni.

Tale percorso si è espresso anche attraverso la legge n. 180/1978, un testo “provvisorio” che ha dato concretezza a valori e principi definitivi, ridisegnando – con chiaroscuri e omissioni – la cornice concettuale dei paradigmi che sono alla base della disciplina del delicato settore dei servizi psichiatrici.

Tale normativa è stata letta e analizzata, facendone emergere virtualità e limiti, ciò che è mancata è una lettura di contesto, di tipo dinamico e non statico. Ora, se si muove dal presupposto che il significato dei termini scientifici dipende dal contesto (il “paradigma”) storico e teorico, se ne desume che un mutamento di paradigma (“rivoluzione”) determina un mutamento dell’arredo del mondo e, quindi, una trasformazione dell’orizzonte dei problemi della comunità scientifica, chiamata a imma-

¹³ T. TREU, *Art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna-Roma, 1979, 75 ss.

¹⁴ N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1995, 33 ss.

¹⁵ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Iav.*, 1954, 148 ss.; G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 21 ss.; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Torino, 2010, 2023 ss.

¹⁶ M.V. BALLESTRERO, *Le “energie da lavoro” tra soggetto ed oggetto*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2010, 99, 13 ss.

¹⁷ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, 1994, 14 ss.

¹⁸ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, in *Lav. e dir.*, 2009, 35 ss.



ginare nuove soluzioni¹⁹. Così «dopo un mutamento di paradigma, gli scienziati non possono non vedere in maniera diversa il mondo in cui sono impegnate le loro ricerche. Nei limiti in cui i loro rapporti con quel mondo hanno luogo attraverso ciò che essi vedono e fanno, possiamo dire che, dopo una rivoluzione, gli scienziati reagiscono a un mondo differente»²⁰. Tentare di tratteggiare i cambi di paradigma avvenuti nel contesto del diritto alla salute mentale è dunque l'intento che ci proponiamo con questo saggio.

2. Il paradigma scientifico: dalla biologia alla multidimensionalità

Qualsiasi considerazione intorno alla follia e alla sua cura presuppone la necessità di interrogarsi sulle epistemologie e genealogie della disciplina psichiatrica, sui paradigmi impliciti ed esplicativi che vi sono sottesi, procedendo in un percorso che non può offrire certezze, ma sottolineare la complessità del problema²¹.

Se la “lezione morale” e la liberazione praticata da Pinel a partire dal 1793 ha rappresentato il primo tentativo, peraltro riuscito, di conferire legittimità alla nascente scienza psichiatrica²², è la tradizione tedesca della nosografia di Kraepelin²³ ad offrire il fondamento scientifico su cui definire il nuovo campo d’indagine. Secondo questo modello medico, le infermità mentali sono vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi perciò un substrato organico o biologico tale da consentire di dedurre l’infermità di mente da specifiche manifestazioni patologiche sostanziali.

La psicopatologia kraepeliniana pone alla base della propria diagnostica clinica il modello dell’entità nosografica, che comporta una netta distinzione tra la fenomenologia psicopatologica sul piano dell’osservazione clinica, quale sintomo di una malattia cerebrale, e il suo substrato neurobiologico, ossia la vera malattia, costituita da una specifica patologia cerebrale, responsabile della disfunzione mentale. Questa teorizzazione aspira a ricondurre il disturbo psicopatologico ad una patologia neurobiologica, secondo un rapporto specifico di dipendenza che subordina la dimensione psicopatologica a quella somatica, negandone qualsiasi autonomia, sia sul piano clinico, che su quello della ricerca²⁴. Ciò comporta, quindi, che un disturbo psichico possa essere riconducibile ad una malattia mentale, in quanto sia nosograficamente inquadrato, con la conseguenza che l'accertamento della causa organica rimane assorbito dalla possibilità di sussumere il disturbo nelle classificazioni nosografiche elaborate dalla scienza psichiatrica, ovvero nel quadro-tipo di una determinata malattia.

¹⁹ Sui rapporti tra scienza e diritto e la reciproca influenza v. F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Riv. Aic*, 2015, 4, 1-34.

²⁰ T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1999, 139.

²¹ M. CASTIGLIONI, A. CORRADINI, *Modelli epistemologici in psicologia*, Roma, 2003, 130 ss.

²² G. SWAIN, *Le sujet de la folie - naissance de la psychiatrie*, 1983, trad. it. *Soggetto e follia. Pinel e la nascita della psichiatria moderna*, Torino, 1983, 17 ss.

²³ E. KRAEPELIN, *Introduzione alla clinica psichiatrica*, Milano, 1905.

²⁴ Dal punto di vista del naturalismo scientifico, la psichiatria non avrebbe dovuto aspirare ad essere nulla di più che una branca specialistica della neuropatologia, nell’ambito della quale la psicopatologia veniva ad assumere una funzione semeiologica particolare, come possibilità di individuazione diagnostica di una patologia cerebrale attraverso l’analisi dei fenomeni psichici abnormali rilevabili sul piano dell’osservazione clinica. Cfr. G.G. GIACOMINI, *Psicopatologia sistematica e metodo dialettico*, Pisa, 2011, 13 ss.

Con l'inizio del Novecento, è la psicoanalisi di Freud a mettere in crisi questa impostazione naturalistica, proponendo una "terapia della parola" costruita su una fondazione dialogica volta a valorizzare la relazione interpersonale e l'analisi delle problematiche inerenti a tale relazione. Nella prospettiva psicanalitica i disturbi mentali rappresentano disarmonie dell'apparato psichico, nelle quali la realtà inconscia prevale sul mondo reale, e nel loro studio vanno individuate le costanti che regolano gli avvenimenti psicologici, valorizzando i fatti interpersonali, di carattere dinamico, piuttosto che quelli biologici, di carattere statico²⁵. È dall'osservazione clinica che si ricavano regole per inquadrare i comportamenti umani in costrutti teorici di riferimento andando oltre la freddezza dell'impostazione rigorosamente medica, avvicinandosi ad una filosofia dell'animo umano basata su una rigorosa clinica e sulla costruzione di paradigmi su base empirica²⁶.

La sofferenza e la salute mentale acquistano quindi nuovi connotati descrittivi: non è un singolo fattore scatenante a promuovere un certo disturbo, ma le complesse relazioni tra la struttura psichica di base e le esperienze della vita che derivano dalle relazioni inter-soggettive che l'individuo ha con persone significative²⁷.

Nella medesima prospettiva si pone la visione fenomenologica che – principiando dalla distinzione epistemologica tra la conoscenza dei fatti storici, tipica delle scienze dello spirito (*Geisteswissenschaften*) e quella dei fatti esteriori fisici, tipica delle scienze della natura (*Naturwissenschaften*) – propone una giustificazione teoretica e clinica delle esperienze interiori soggettivamente vissute, che sono riferibili alla spontaneità della personalità individuale, diversamente dalle esperienze esteriori, dipendenti dalla natura fisica e biologica. Valorizzando la fenomenologia della propria interiorità come realtà originaria, Jaspers, massimo esponente di questa corrente di pensiero, riteneva insoddisfacente qualsiasi spiegazione di ordine naturalistico delle problematiche tipiche della personalità, delle sue contraddizioni e dei suoi conflitti che assumesse come causa dei disordini psichici fattori di ordine fisico-biologico (quali patologie cerebrali, pulsioni istintuali, processi biochimici, ecc.). Per l'effetto, da statico-descrittiva, la comprensione del fenomeno diviene dinamica, cerca i legami tra gli avvenimenti psichici facendo emergere determinati vissuti. Così «il punto di partenza, cioè il fondamento, del giudizio diagnostico dello psichiatra non è solo l'osservazione dell'organismo del paziente, ma è soprattutto il mettersi in rapporto e il comunicare con lui in quanto egli è un uomo, cioè in quanto è co-esserci (*mitdaseiend*); in questo senso non si tratta essenzialmente solo dell'atteggiamento del clinico verso il suo oggetto scientifico, ma del suo comportamento con-umano fondato in uguale misura sulla cura e sull'amore»²⁸.

È negli anni settanta del secolo scorso, a fronte di una crisi conclamata della psichiatria tradizionale, che si viene ad imporre l'indirizzo sociologico, per il quale la malattia mentale è disturbo psicologico avente origine sociale, non più attribuibile ad una causa individuale di natura organica o psicologica, ma a relazioni inadeguate nell'ambiente in cui il soggetto vive²⁹. Al filone psico-sociale possono esse-

²⁵ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 243 ss.

²⁶ S. FREUD, *Compendio di psicoanalisi*, Torino, 1979.

²⁷ F. CIOFFI, *Modelli di sofferenza mentale in Freud e Jung*, in *Riv. di psichiatria*, 2002, 37, 4, 190-191.

²⁸ L. BINSWANGER, *Essere nel mondo*, Roma, 1973, 223.

²⁹ G.A. MICHELI, *Il vento in faccia. Storie passate e sfide presenti di una psichiatria senza manicomio*, Milano, 2013.



re ricondotte posizioni assai diverse e variegate³⁰: in alcuni casi, senza assumere toni di aperta critica al modello medico, si è proposta una rilettura del disturbo psichiatrico in termini di disadattamento individuale ad un particolare contesto sociale; in altri, mutuando modelli propri dell'esistenzialismo e dell'antropologia sociale, si è ricondotta la genesi del disturbo mentale a determinate modalità di relazione, ponendo la questione del ruolo in tale processo dell'organizzazione sociale. I cardini della psichiatria sociale sono stati delineati dall'avvio di studi epidemiologici volti a definire la distribuzione e la variabilità del disturbo psichiatrico in relazione alle classi sociali, ai modelli di sviluppo e alla condizioni demografiche e culturali ed inoltre un approccio alternativo al ruolo della psichiatria come scienza, alla gestione del sofferente psichico come frutto di una malattia inguaribile attraverso la negazione e la denuncia della violenza di cui il paziente è oggetto all'interno e all'esterno dell'istituzione³¹. Questo programma ha portato sul piano clinico e su quello organizzativo alla ricerca di nuove modalità di relazione con il paziente, basate sulla pari dignità e responsabilità reciproca tra curante e curato, in grado di superare, anche nel contesto di un diverso rapporto con la comunità sociale, la cristallizzazione delle gerarchie e dei ruoli imposti dalla terapia e dallo stesso luogo di cura, ovvero l'istituzione manicomiale³².

Specie negli ultimi trent'anni hanno ripreso una posizione egemonica gli orientamenti valorizzanti l'aspetto somatico della malattia mentale espressi nel DSM³³, manuale diagnostico adottato nella comunità scientifica internazionale, finalizzato ad una nosografia neutrale anche se di stampo biologico, depurata da modelli eziologici e teorie analitiche. L'obbiettivo, parzialmente raggiunto, è stato quello di farne il nuovo paradigma di riferimento della scienza psichiatrica, oggetto del consenso della maggioranza degli psichiatri e, sul piano metodologico, la fonte di un linguaggio comune con il quale comunicare senza fraintendimenti³⁴ sapendo far sintesi tra diversi livelli di intervento, da quello

³⁰ Per uno sguardo complessivo sulla variegata esperienza della psichiatria sociale R. D'ALESSANDRO, *Lo specchio rimosso. Individuo, società, follia da Goffman a Basaglia*, Milano, 2008; V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, Bologna, 2009, 123 ss.

³¹ Uno degli equivoci più pericolosi della prospettiva sociale era «considerare il patologico come un mancato o insufficiente funzionamento della macchina sociale, una sua aberrazione, quando invece deve essere visto come effetto della sua fisiologia, in relazione, quindi, con la normalità». Cfr. C. MANUALI, *Intervento*, in L. ONNIS, G. Lo Russo (a cura di), *Dove va la psichiatria? Pareri a confronto su salute mentale e manicomii in Italia dopo la nuova legge*, Milano, 1980, 136 ss.

³² P. DELL'ACQUA, *Il miraggio del farmaco*, in *La medicalizzazione della vita, Aut Aut*, 2008, 340, 100-101 che rammenta come «nell'esperienza triestina (...) l'approccio comprensivo alla persona accade in una dimensione reale dove la malattia (e la diagnosi) "ha e non ha peso", perché i livelli di vita, le capacità relazionali, i modi di sentire sono determinati da altro e da infinite altre connessioni che sono di volta in volta da scoprire».

³³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fourth Edition, Washington, 1994; l'ultima edizione il DSM-V è stata pubblicata nel maggio 2013.

³⁴ Il presupposto teorico del DSM è dichiaratamente neo-kraepeliano e si fonda sulla convinzione che solo attraverso la precisa definizione delle sindromi, attraverso la loro esatta e ripetibile misurazione e identificazione, si potrà pervenire a delineare uno statuto scientifico unitario della psichiatria. L'aspettativa del DSM è che, come è avvenuto per la clinica medica, «una grammatica dei segni possa sostituirsi ad una botanica dei sintomi» (M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, Torino, 1998, 12). Cfr. R.F. KRUEGER, N.R. EATON, *Structural validity and the classification of mental disorders*, in K.S. KENDLER, J. PARNAS (eds.), *Philosophical Issues in Psychiatry II: Nosology*, Oxford, 2012, 199-212.

clinico a quello della ricerca³⁵. I limiti di tale dispositivo e della logica ad esso sottesa sono emersi in maniera palese: il DSM, enucleando – con una nomenclatura nosografica suddivisa per sindromi e non malattie – i principali disturbi mentali in classi diagnostiche, si struttura sul c.d. “approccio ateo-rico”, fondato utilizzando dati descrittivi o “obiettivi”; si tratta di un sistema che, se utilizzato nella clinica, dimenticando le complesse variabili del rapporto interpersonale, snatura la funzione della psichiatria e rischia di offrire l’immagine di un paziente che esiste solo nelle categorie nosografiche, ma non nella realtà clinica³⁶.

Superate le “mitologie unificanti”, si può notare come questo percorso abbia fatto emergere un contesto culturale e scientifico caratterizzato da complessi e molteplici modelli teorici e dal confronto critico tra diversi orientamenti di epistemologia psichiatrica, il che inevitabilmente comporta ricadute sulla definizione di alternative opzioni legislative, giurisprudenziali e di riorganizzazione dei servizi (dal confronto sull’utilità del concetto di capacità di intendere e volere³⁷ e di imputabilità³⁸, alle questioni connesse all’espressione del consenso alle terapie³⁹, sino agli strumenti adottati dalla legislazione in materia di tutela della salute mentale), ponendo i cultori del diritto di fronte alla sfida di delineare categorie e concetti, dotati di propria autonomia, ma in grado di dialogare con il complesso sapere delle scienze psichiatriche.

In questa prospettiva pare utile la valorizzazione di quegli orientamenti che affermano un «modello integrato» della malattia mentale, in grado di spiegare il disturbo psichico sulla base di diverse ipotesi esplicative della sua natura e della sua origine: trattasi, in sostanza, di «una visione integrata, che tiene conto di tutte le variabili, biologiche, psicologiche, sociali, relazionali, che entrano in gioco nel determinismo della malattia», in tal guisa superandosi la visione eziologica monocausale della malattia mentale, e pervenendo ad una concezione «multifattoriale integrata» in un’ottica olistica contraddistinta dalla complementarità e dalla circolarità⁴⁰. Così come nella «tastiera di un pianoforte [ci sono] tasti neri e tasti bianchi, ci sono poi i pedali, e particolari devono essere i modi di toccare i tasti. Nel disturbo mentale ci sono i tasti biologici, quelli psicopatologici e quelli sociali. Se ci soffermiamo solo sugli uni o sugli altri avremmo qualcosa di monco, di approssimativo. Come se provassimo a suonare un pezzo di Mozart utilizzando unicamente i tasti bianchi o soltanto quelli neri o mettendo meccanicamente in sequenza le note. Ne verrebbe fuori una stonatura (...) Trovarsi davanti a un disturbo mentale e cercare di capirne le cause, le dinamiche, la dimensione soggettiva è come essere

³⁵ Così P. BROWN, *The name Game: Toward a Sociology of Diagnosis*, in *The Journal of Mind and Behaviour*, 1990, 3-4, 385 ss.

³⁶ P. MIGONE, *Brevi note sulla storia della psichiatria in Italia*, in *Il Ruolo terapeutico*, 1996, 71, 35.

³⁷ P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003, 49 ss.

³⁸ G. VISINTINI, *La crisi della nozione di imputabilità nel diritto civile*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 189 ss.; L. MONTEVERDE, *La nozione di imputabilità penale*, *ibidem*, 201 ss.

³⁹ A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 817 ss.

⁴⁰ M. SCHIAVONE, *Psichiatria e salute mentale*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno*, Roma, 2006, 495.





davanti ad uno strumento a tastiera»⁴¹, è necessario conoscere lo spartito e saper toccare le diverse tonalità.

Incontrando persone con disturbo mentale, ci si accorge, infatti, che i solidissimi modelli esplicativi sopra richiamati fanno fatica a contenere la realtà, manifestando lo scollamento rispetto alla ruvidezza della vita concreta e singolare delle persone. Al contrario una nozione c.d. integrata di malattia mentale, secondo la quale il disturbo psichico andrebbe interpretato, spiegato e studiato alla luce di differenti ipotesi esplicative circa la sua origine, natura e influenza sul comportamento del soggetto che ne è affetto, è in grado di “farsi concava” rispetto alla persona che si affida al terapeuta in tutta la sua singolarità⁴².

3. Il paradigma antropologico: dalla follia alla vulnerabilità

Il problema della follia non riguarda solo il modo di rappresentare, e quindi di trattare, i malati mentali ma è anche l'indice di come la cultura pensa alla malattia mentale e al suo modo di essere nel mondo. Al contempo le manifestazioni della follia divengono un'occasione per la coscienza sociale di tracciare limiti e confini della propria identità, al prezzo dell'individuazione dell'alterità.

Tradizionalmente, frutto di queste dinamiche è la segregazione del malato – spinto al margine nella diversità e nell'isolamento – in una dimensione altra che non restituisce più alcuna appartenenza a una coscienza, a una collettività e a un corpo sociale. L'isolamento e l'emarginazione del diverso dal resto della società erano peraltro pratiche già sperimentate, nella Francia del XVII secolo, per la tutela della salute pubblica dal contagio dei malati di lebbra: così nei lebbrosari, contenitori variegati di tipi sociali, erano rinchiusi poveri, vagabondi, mentecatti, eretici, prostitute, senzatetto, alcolisti, dissidenti politici, omosessuali, tutti ghettizzati al fine di preservare l'ordine e il rigore della macchina sociale⁴³. La diversità era quindi una colpa da espiare con l'internamento che, a sua volta, rappresentava la risposta che l'ordine politico elaborava verso l'offesa arrecata al buon costume.

Così la stigmatizzazione e l'isolamento, attraverso i secoli, colpiscono le diversità reputate ingombranti, divenendo una costante strutturale di espressione del potere bio-politico: in questo scenario «i manicomì, questi pesanti edifici eretti al limitare delle città, dominano dunque anche un paesaggio morale. (...) Fin nella loro architettura e nella loro localizzazione geografica, i manicomì come le prigioni, chiusi ma visibili, imponenti ma in disparte, dalle forme comuni ma maestose, nella loro austere-

⁴¹ P. DELL'ACQUA, *Fuori come va? Famiglie e persone con schizofrenia. Manuale per un uso ottimistico delle cure e dei servizi*, Milano, 2010, 79.

⁴² E. BORGNA, *Contraddizioni, e significati, di un'esperienza manicomiale*, in Id., *Nei luoghi perduti della follia*, Milano, 2008, 412 secondo cui «la malattia mentale, ogni malattia mentale, non è mera evenienza biologica (a-storica e reificante); ma è, e resta, fenomeno umano e possibilità umana. Nell'insorgenza di una malattia mentale soccorrono certo ragioni sociogenetiche, psicogenetiche e (forse) costituzionali; ma il “destino” (e il senso) della malattia mentale sono legati anche, e in maniera decisiva, a situazioni umane. Sono, cioè, situazioni umane (una fallita educazione familiare, una fragilità caratterologica assediata, e calpestata, una condizione sociale non-libera e alienante, la perdita di valori a cui era ancorato il significato dell'esistenza) che possono far precipitare dentro l'esperienza psicotica, e la malattia mentale; ma sono – sempre – situazioni umane che “salvano” una condizione psicotica, o la condannano alla sua desolazione e alla sua pietrificazione».

⁴³ M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 2010, 14.

rità, assumono questa funzione di nascondere-mettere in mostra l'indicibile»⁴⁴. A ciò corrisponde la finalità della disciplina nosografica degli alienisti che assume una valenza doppia in quanto se, da una parte, si propone come regolamentazione interna al corpo stesso, nella misura in cui tende a stabilire con finalità descrittive il corretto funzionamento degli organi e dei tessuti, dall'altra parte, si impone come disciplina esterna di tipo prescrittivo-normativo, in quanto tende a dimostrare la pericolosità delle disfunzioni eventualmente riscontrate nei corpi stessi, indicando prassi e istituti volti ad annientarle.

L'annientamento, quale conseguenza della segregazione nell'istituzione totale, si accompagna ad un processo che conduce il soggetto ad essere spossessato della sua libertà a seguito di una duplice "condanna": quella naturale imposta dalla sua follia, e quella, giuridica, necessitata dalla sua interdizione, che lo fa cadere sotto la potestà altrui. È in particolare all'epoca delle codificazioni dell'età liberale che, operando una netta cesura tra capaci e incapaci, il mondo del diritto confinava questi ultimi in una indistinta area di esclusione, e, ritenendo rilevanti solo le attività a contenuto economico, misurava su queste la capacità che era quindi riconosciuta solo in capo ai "soggetti forti", con l'effetto di trasformare la categoria dell'incapacità in un potente dispositivo di esclusione.

Come ricordava Basaglia «la psichiatria classica si è limitata alla definizione delle sindromi in cui il malato, strappato alla sua realtà ed estraniato dal contesto sociale in cui vive, viene etichettato, "co-stretto" ad aderire ad una malattia astratta, simbolica e, in quanto tale, ideologica», conducendo alla «oggettivazione dell'uomo in sindrome»⁴⁵. L'immagine del malato di mente quale portatore di un disturbo e, al contempo, di un rischio ha consolidato stereotipi contribuendo a costituire la base argomentativa di discorsi stigmatizzanti che, a loro volta, hanno influenzato i processi decisionali delle *policies* pubbliche.

Solo con l'inizio del ventesimo secolo l'affermazione del «corpo vivente [*Leib*], oggetto unico entro il mio strato astrattivo del mondo»⁴⁶, conduce alla dissoluzione della dimensione cartesiana che imbriigliava l'immagine dell'uomo tra *res cogitans* e *res extensa*. Nella prospettiva fenomenologica *Leib* è l'unità antropologica entro cui si intersecano le dinamiche della soggettività determinate dall'incontro tra corpo ed anima, la cui riconquista principia quindi dalla sintesi del rapporto tra immanenza ed esistenza, elaborazione che conduce la psichiatria a rivedere gli assunti alienisti ed organicisti nella diagnostico della malattia mentale.

Questa concezione si riflette sui concetti di salute e malattia mentale – letto, in particolare quest'ultimo, in termini riduttivi come dato naturale, incurabile e irreversibile – e ora consente di interpretare le irregolarità della vita dei sofferenti mentali come particolari modalità di "essere nel mondo"⁴⁷. La comprensione del disturbo psichico non è più astraibile dalla persona concreta, rendendo necessario un trattamento che assuma caratteristiche dialogiche, vivendo nella tensione mai

⁴⁴ R. CASTEL, *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, 1976, trad. it. *L'ordine psichiatrico. L'epoca d'oro dell'alienismo*, Milano, 1980, 180.

⁴⁵ F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA, *Un problema di psichiatria istituzionale. L'esclusione come categoria socio-psichiatrica*, 1966, in F. BASAGLIA, *Scritti I. 1953-1968. Dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*, Torino, 1981, 309 ss.

⁴⁶ E. HUSSERL, *Cartesianische Meditationen und Pariser Vortäge*, 1931, trad. it. *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1960, 107.

⁴⁷ L. BINSWANGER, *Wahn*, 1965, trad. it. *Delirio. Antropoanalisi e fenomenologia*, Venezia, 1990.





completamente compiuta dell'ascolto, perché solo «attraverso una partecipata posizione di ascolto, l'immedesimazione, l'empatia, il mettersi nei panni dell'altro apparentemente incomprensibile, che si può arrivare a comprendere»⁴⁸.

La rinnovata centralità antropologica della persona del sofferente psichico si rifrange sgretolando i due artefatti che connotavano la tradizione dell'alienismo, il manicomio e la pericolosità. La libertà per affermarsi impone, oltre alla fine del mandato custodiale affidato allo psichiatra, un ripensamento della pratica psichiatrica, nella quale il malato da oggetto del sapere medico divenga soggetto della relazione, reso libero dalle incrostazioni prodotte dall'istituzionalizzazione, che, avendolo spogliato della propria individualità, del proprio tempo, del proprio spazio, dei propri legami, lo ha reso chiuso al mondo e incapace di rapporti con i suoi simili. La riscoperta della soggettività ha imposto pertanto lo smantellamento del manicomio.

L'abolizione dei manicomi è stata accompagnata dalla cancellazione nella legislazione psichiatrica della presunzione di pericolosità della persona portatrice di disturbi mentali⁴⁹, il che ha prodotto una trasformazione dell'apparato istituzionale psichiatrico mediante la progettazione di luoghi e pratiche capaci di gestire la sofferenza mentale storicizzata, in quanto parte dell'esistenza, e contestualizzata, in quanto parte di un corpo sociale.

La legge n. 180/1978 ha dunque espresso il suo significato più profondo nella restituzione di storicità, temporalità e socialità alle persone, mettendo in scacco le istituzioni totali e modelli nosografici ormai pietrificati. Ha restituito centralità a livello normativo e nel dibattito pubblico al soggetto, all'esigenza di una sua efficace tutela che accompagni la persona vulnerabile senza espropriarla, ha infine fornito le basi per una consapevole cultura della soggettività in ambito sanitario, ove al paziente va riconosciuto un «'diritto al diritto', cioè come il diritto a conservare le capacità di esercizio di libertà, facoltà, poteri propri al "libero cittadino", e ad alimentare questa capacità attraverso un ambiente che non solo consenta, ma solleciti comportamenti di esercizio di ciascun diritto»⁵⁰.

Queste garanzie normative si costruiscono nel contesto delle relazioni intersoggettive e sulla base delle dinamiche sociali, richiedendo soluzioni e strategie in grado di informare la progettualità della vita di ciascuno in modo tale da favorire il rispetto dei diritti e le ragioni della giustizia sociale, condizioni necessarie per la "fioritura" della persona.

Affinchè la centralità del soggetto vulnerabile si inveri, deve essere superata definitivamente quella contraddizione che connota la psichiatria – scissa tra la propria funzione terapeutica e il mandato di controllo sociale – laddove, se il malato rappresenta il fulcro intorno a cui si costruisce l'intervento e la relazione terapeutica, nel mandato sociale affidato alla psichiatria non può più iscriversi una finalità custodialistica, che verrebbe solo a riproporre regole e dispositivi di tipo paternalistico. Così con il passaggio dal rapporto di dominio/controllo, all'assistenza e alla relazione terapeutica, non solo si è assistito al cambiamento degli equilibri di potere, ma si è anche ridefinita una relazione possibile al

⁴⁸ P. DELL'ACQUA, *Personae, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 786.

⁴⁹ Sul rapporto disturbo mentale e pericolosità A. BARBATO, *Violenza e disturbi mentali: cosa dicono i dati?*, in G. DODARO (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, 177 ss.; R.I. SIMON, K. TARDIFF (a cura di), *Valutazione e gestione della violenza. Manuale per operatori della salute mentale*, Milano, 2014, 3-14.

⁵⁰ P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 55 ss.



posto dell'oggettivazione diagnostica che la esclude, aprendo alla scoperta della globalità della persona.

Se si pone attenzione alla dinamica dei fenomeni, si nota come la valorizzazione della soggettività passi anche attraverso l'integrazione sociale e le pratiche di *recovery* capaci – nonostante evidenti criticità che coinvolgono la rete dei servizi – di rispondere alla complessità dei bisogni portati dalle persone e dalle comunità tramite costruzione di percorsi di salute e benessere tali da supportare ai progetti di vita. Sulla base di questo impianto, la vocazione sanitaria del contesto sociale e delle attività di cura viene declinata in termini di produzione di salute, realizzata attraverso lo spostamento pratico dalla logica del trattamento delle persone in ragione delle loro vulnerabilità, alla logica del riconoscimento e della promozione delle loro capacità di scelta e di azione.

I percorsi di cura hanno dunque bisogno, per poter essere efficaci, di un contesto ambientale e relazionale volto al sostegno del funzionamento sociale delle persone con problemi di disabilità o malattia psichica, un contesto in grado di attivare pratiche riabilitative e per l'*empowerment* che promuovano la ripresa di funzionamento sociale e l'incremento della qualità dell'*habitat* sociale volto all'eliminazione degli ostacoli al processo di sviluppo umano.

4. Il paradigma giuridico: dall'oggetto alla persona

L'affermazione nel nostro ordinamento dei diritti civili e sociali delle persone con disturbi mentali si è venuta strutturando negli anni '60 e '70 in un singolarissimo e originale intreccio tra governo delle prassi, riscoperta dei diritti ed effervescente sociale, condizioni che hanno influito e tutt'ora influiscono sul divenire dell'esperienza giuridica.

Così, nell'immediato dopoguerra, a fronte di un diritto ormai cristallizzato ed incapace di regolare una società liberata, la riscoperta dei fatti strutturali, economici e sociali aveva inciso in profondità sulla funzione del diritto e dei suoi istituti, che «lasciata cadere la veste candida della purezza – troppo costringente – [avevano] recuperato in carnalità»⁵¹. Carnalità che ha trovato espressione nell'attuazione del progetto costituzionale, quale «forma plasmata che vivendo si evolve»⁵², il cui svolgimento si è rivelato un campo di tensioni ove alla lotta per i diritti da (ri)conquistare si è accompagnata la lotta attraverso i diritti volta ad affermarne il carattere progressivo ed espansivo.

L'affermazione dei diritti viene a ridisegnare il perimetro dell'agire pratico a partire dalla considerazione integrale della personalità, e dunque dalla pienezza della vita, che, forzati gli schemi classici del diritto, ha imposto – per rendere pensabili nuovi istituti normativi – di scandagliare nella concretezza del reale, caso per caso, le situazioni nelle quali si può e deve attribuire rilevanza alla volontà, autonomia e responsabilità della persona, riempiendo di senso condizioni giuridiche sino ad allora riconosciute solo formalmente.

In questo contesto si è situata la critica alle istituzioni totali, e in particolare all'ospedale psichiatrico, che non si è limitata a porre in luce le contraddizioni del sistema, ma, nel mettere alla prova le pratiche di de-istituzionalizzazione – di smontaggio e trasformazione del manicomio – si è fatta processo

⁵¹ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 10 ss.

⁵² H. HELLER, *Staats-lehre*, Tübingen, 1983, 291 che prende a prestito un celebre verso di Wolfgang Goethe, tratto dalla *Metamorfosi della natura*.





istituente. L'uso critico del diritto ha permesso – prima e dopo la legge 180 – di rivendicarne la promessa universalistica, restituendo diritti, anzitutto quelli civili e sociali, agli internati; diritti che sono stati messi in opera, smontando dispositivi amministrativi, procedure tecniche, luoghi e saperi istituiti, per “inventare” nuovi istituti e prassi, alternative all'internamento.

Lo sguardo del giurista, in tale prospettiva, incontra il malato, non la malattia, nella sua mente non cerca di decifrare i segni di una patologia (per valutarne l'incapacità o l'imputabilità), ma vuole conoscerne la biografia, il che impedisce alla soggettività del paziente – fatta di rapporti, diritti e modi di vita – di scomparire dietro l'oggettività di segni sintomatici e, al contempo, di ridurre la complessità entro quella forzata grammatica nosografica attraverso cui si classifica la malattia per classificare anche la persona.

L'abolizione del manicomio e della correlata equazione disturbo mentale/pericolosità hanno, al contempo, ricondotto l'assistenza psichiatrica entro l'alveo dei diritti sociali, consentendo di strutturare i servizi territoriali – pur a fronte di una cronica mancanza di risorse – in modo da garantire una risposta personalizzata, che tenga conto dell'intero percorso esistenziale della persona sofferente (intesa come globalità del processo di riproduzione sociale), rendendo accessibili sia interventi di tipo integrato (servizi di salute mentale, distretti sanitari e servizi sociali) sia le risorse messe a disposizione dalla comunità (volontariato, cooperative, associazioni), in vista di una interazione virtuosa con il contesto familiare, ambientale e sociale della persona.

Non mancano naturalmente criticità e chiaroscuri: se infatti la legge n. 180/1978 ha rappresentato una premessa fondamentale di civilizzazione del sistema delle tutele, proprio la condizione dei sofferenti psichici mostra come spesso si possano avere (almeno formalmente) dei diritti, senza possedere la capacità di esercitarli, di farne uso, in mancanza di un apposita politica di sostegno da parte delle istituzioni pubbliche non solo di tipo materiale, ma anche di carattere giuridico-formale in grado di rimuovere gli ostacoli alla loro fioritura. Questa mancanza è stata sanata – pur in modo perfettibile⁵³ – con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, istituto che ha portato a termine la riforma, iniziata con l'abolizione della segregazione fisica inflitta all'infermo di mente, attraverso l'abrogazione della «segregazione civile» imposta dai vetusti istituti dell'interdizione e inabilitazione⁵⁴. L'attenzione del legislatore, quindi, si è concentrata sui bisogni concreti della persona non autosufficiente e, al fine di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono lo sviluppo sul piano esistenziale e l'effettività di esercizio dei diritti, la ‘cura’ è stata assunta dall'ordinamento come ‘cifra’

⁵³ «In altre parole, l'attuazione delle norme costituzionali è sempre parziale ed è sempre provvisoria, esprime una tensione che non può mai riuscire del tutto soddisfatta, che non può mai risolversi in una vicenda normativa in sé conclusa, perché se ciò avvenisse vorrebbe dire che la Costituzione è morta, che ha esaurito la sua spinta propulsiva». Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 36.

⁵⁴ In tal senso P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 118-119 per cui: «Le critiche da muovere al sistema accolto nel codice civile del 1942, e tuttora in vigore, sono allora soprattutto le seguenti: a) l'interdizione costituisce una risposta eccessivamente severa frutto di concezioni ormai superate in sede psichiatrica (...) che finisce per comprimere o per annullare alcuni tra i diritti fondamentali della persona; b) l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo e appare comunque di scarsa utilità (...) soprattutto perché il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che quest'ultimo – nello specifico frangente – non possa o non voglia effettuare».

dell'intervento di tutela della persona, come nuovo 'diritto' dell'individuo in difficoltà, senza che ciò si traducesse in una 'minorazione' del soggetto vulnerabile.

Non si può sottacere come, nel contesto della salute mentale, permanga – quale elemento di forte tensione e di dissonanza – la previsione del trattamento sanitario obbligatorio, disposto contro la volontà dell'interessato, che suscita dubbi di conformità al dettato costituzionale non solo per la labilità dell'interesse collettivo la cui sola compresenza con il correlato interesse individuale alla salute, ne giustifica l'adozione, ma anche per le lacune di una disciplina positiva non in grado di offrire al paziente che vi è costretto un'adeguata ed efficace tutela giurisdizionale⁵⁵. Tuttavia anche ove la libertà debba cedere il passo, non per questo a dominare la scena rimane la pura coazione esercitata dal potere, specie se le forme di tutela della persona con disturbo mentale vengono orientate in virtù dell'identificazione tra scopo di cura e reintegrazione della personalità dell'infermo, creando le condizioni perché la persona vulnerabile possa essere accompagnata – con le opportune forme di sostegno terapeutico e solidale coinvolgimento – al recupero della capacità di svolgimento della sua personalità⁵⁶. Un processo, quest'ultimo, che è volto a condurre l'interessato a (ri)prendere la parola, esercitando libertà e responsabilità. In un ordinamento ispirato al principio personalistico e di sussidiarietà, come quello costituzionale, il compito fondamentale di riconoscere la persona e di soccorrerne la condizione di debolezza non investe quindi solo l'azione istituzionale, ma riguarda e orienta la complessiva articolazione dei rapporti sociali, compresi quelli terapeutici, da considerarsi a propria volta come la risultante di un tessuto etico di relazioni su cui si intesse la trama del sistema normativo.

Negare un percorso terapeutico, perché inizialmente imposto, costituirebbe infatti la più grave ingiustizia commessa ai danni di chi ha un bisogno estremo di cura, traducendosi in una negazione di capacità potenziali: ricevere e dare cura sono infatti momenti essenziali nella vita di ogni essere umano, pertanto se la giustizia si misura con il metro delle capacità reali, ovvero in virtù delle libertà di fare ed essere ciò a cui si dà valore, una società giusta deve salvaguardare la libertà reale tanto di prestare che di ricevere cura.

Se ne desume allora come il ruolo del diritto sia essenzialmente quello di riaffermare la volontarietà del trattamento e il profilo prospettico del consenso informato, quale premessa di un lavoro terapeutico volto a ricostruire le persone come attori sociali, a impedirne il soffocamento entro un'identità stereotipata che diviene la maschera sovra-determinata dei malati. Così, come sosteneva Basaglia, la libertà diviene terapeutica quando si occupa qui ed ora di far sì che si trasformino i modi di vivere e sentire la sofferenza del paziente, al contempo, trasformando la sua vita quotidiana⁵⁷.

⁵⁵ S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 266 ss.

⁵⁶ In senso critico rispetto a questa proposta F. POGGI, *Sull'insanabile conflitto tra autonomia individuale e indisponibilità del bene salute. Il caso del TSO per malattia mentale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 67, 339 ss.

⁵⁷ G. GALLIO, M.G. GIANNICEDDA, O. DE LEONARDIS, D. MAURI, *La libertà è terapeutica? L'esperienza psichiatrica di Trieste*, Milano, 1983.





5. Sintesi: dall'immunitas alla communitas

Nell'elaborazione di Esposito, la *communitas* è ciò che lega i membri di un gruppo in un reciproco impegno donativo, l'*immunitas*, diversamente, è quella condizione privilegiata che si sostanzia nella sottrazione ad una condizione comune⁵⁸.

L'immunizzazione delinea quindi una «risposta protettiva nei confronti di un rischio»⁵⁹ che deriva dallo sconfinamento tra interno ed esterno, tra proprio ed estraneo, tra individuale e collettivo, in sostanza dall'esposizione al contagio sublimato nel terrore che i confini del corpo vengano usurpati in forme tali da mettere a rischio la nostra identità individuale. Se infatti «ciò che prima era sano, sicuro, identico a se stesso, è ora esposto a una contaminazione che rischia di devastarlo»⁶⁰, allora le forme di immunizzazione rappresentano una risposta a questa mutata condizione che impone di pensare la società e i suoi ordinamenti come fattore produttivo e, al tempo stesso, prodotto di forme specifiche di soggettività.

Ma la contraddizione insita in questa visione è intrinseca e insanabile, prospettando una contrapposizione dialogica tra la comunità come luogo che determina la rottura delle barriere di protezione e la dissoluzione dell'identità individuale e, dall'altra, l'immunità quale meccanismo che consente di ricostruirle facendo argine a qualsiasi elemento esterno in grado di minacciarle. *Immunitas* che si profila dispositivo espansivo, laddove, sublimando il piano individuale, diviene strumento di costruzione sociale delle stesse comunità che vengono immunizzate rispetto all'influenza di elementi estranei che potrebbero minacciarle, conducendo a forme di segregazione e discriminazione.

L'immunità, sebbene sia necessaria alla conservazione della vita, «una volta portata al di là di una certa soglia, finisce per negarla: nel senso che (...) costringe la vita entro una sorta di armatura nella quale si perde non solo la nostra libertà, ma il senso stesso della nostra esistenza individuale e collettiva: vale a dire quella circolazione sociale, quell'affacciarsi dell'esistenza fuori di sé, che si definisce con il termine 'communitas' - il carattere costitutivamente relazionale dell'esistenza»⁶¹.

Cosa altro è allora l'istituzionalizzazione se non l'incorporazione della logica immunitaria nella cornice della psichiatria e della legislazione statale? Se ne ha conferma se si pensa che la società dei sani, per proteggersi dalla abnormità della follia, ha affidato agli specialisti e alle istituzioni totali un potente mandato che la immunizzasse dal rischio, segregando la soggettività dei diversi. Questo processo è però andato oltre le mura dell'istituzione totale, diffondendosi illimitatamente nel corpo sociale e colonizzando la sovranità individuale attraverso strategie di normalizzazione⁶².

⁵⁸ R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino 2004, 25 ss.

⁵⁹ R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino 2002, 3 e 9. L'immunità rivela il suo carattere «anticomunitario: l'*immunitas* non è solo la dispensa da un ufficio o l'esenzione da un tributo, ma qualcosa che interrompe il circuito sociale della donazione reciproca cui rimanda invece il significato più originario e impegnativo della *communitas*», e questo perché «se i membri della comunità sono vincolati dal dovere della restituzione del *munus* che li definisce in quanto tali, è immune colui che, sciogliendosene, si mette fuori di essa».

⁶⁰ *Ivi*, 4.

⁶¹ R. ESPOSITO, *Il dono della vita tra «communitas» e «immunitas»*, in M. FIMIANI, V. GESSA-KUROTSCHKA, E. PULCINI, *Umano post-umano: potere, sapere, etica nell'età globale*, Roma, 2004, 69.

⁶² In questo senso, come nota G. MARINI, *Il consenso*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2010, 396, «l'intervento dello Stato diventa essenziale per consentire agli individui di sottrarsi alla omologazione dei comportamenti e delle persona-

In senso ostinato e contrario si esprime quella tensione trasformativa che, con il ritorno alla comunità e alla reciprocità del *munus* che vi è sotteso, ha reso possibile percepire il sofferente come persona, nella sua storia, nel suo ambiente, nella rete delle sue relazioni, una persona che esige comprensibilità ed richiama solidarietà come forma di inclusione nella vita sociale⁶³. «Perché ci sia comunità, non è sufficiente che l'io si perda nell'altro. Se bastasse questa sola "alterazione", il risultato sarebbe un raddoppiamento dell'altro prodotto dall'assorbimento dell'io. Occorre invece che la fuoriuscita dell'io si determini contemporaneamente anche nell'altro mediante un contagio metonimico che si comunica a tutti i membri della comunità e alla comunità nel suo insieme»⁶⁴. Se dunque «la vita è sconfinata apertura, mentre l'immunizzazione è ripiegamento della vita su se stessa, è il suo spegnimento»⁶⁵, tensioni, conflitti, resistenze e sfide sono elementi intrinseci alle ragioni di questo processo: così «le culture e le pratiche della deistituzionalizzazione, smontando "la presunzione di dominare quello che per definizione non è dominabile", hanno istituito il teatro di una contraddizione insanabile, la contraddizione della follia che interroga la normalità, l'hanno portata allo scoperto, al tempo stesso, rendendola sopportabile, al malato stesso, al suo ambiente sociale e alla società nel suo insieme»⁶⁶.

lità individuali e resistere all'imposizione di identità dall'esterno (...) l'accento tende a spostarsi prevalentemente sul rifiuto nei confronti dell'imposizione di un modello di vita e sull'omologazione dei comportamenti individuali, che rimettere in discussione la visione idealistica dominante della persona, e lascia spazio invece ad una visione più inquietante, ma certamente più realistica, di una persona continuamente alle prese con forme capitali e pervasive di determinazione dei vari aspetti della propria esistenza e della propria identità da parte del potere pubblico e di un potere sociale che tendono gradualmente verso la normalizzazione».

⁶³ «Ho visto cosa vuol dire e cosa produce per persone veramente sofferenti, essere parte di un progetto, di una speranza comune di vita, coinvolti in un'azione comune dove ti senti preso in un intreccio pratico, intellettuale, affettivo, in cui serietà ed allegria si mescolano e i problemi tuoi si sciolgono e fanno parte anche dei problemi di altri con cui li condividi. E allora anche salute e malattia possono mescolarsi con una qualità della vita che sia umana, con legami, rapporti, riconoscimento di sé e dell'altro, complicità nel progetto comune che potrebbe unirci anziché dividere e isolare». Cfr. F. ONGARO BASAGLIA citata da L. ATTENASIO, *Nessuna poesia cambia il mondo, ma può svelarne la bellezza*, in www.psichiatriademocratica.com (3 maggio 2014).

⁶⁴ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998, 127.

⁶⁵ R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, cit., 2018 ss.

⁶⁶ O. DE LEONARDIS, T. EMMENEGGER, *Le istituzioni della contraddizione*, in *Riv. sper. Freniatria*, 2005, 38 ss.



Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?

Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"

*Chiara Tripodina**

chiara

WHAT DEATH FOR THE "IMMERSED IN AN ENDLESS NIGHT"? ON THE CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF ASSISTED SUICIDE

ABSTRACT: The Italian Constitutional Court is called to decide about the constitutional legitimacy of the provision of the penal code concerning aid to suicide (article 580). The author reflects on the existence of a "right to be killed" in the Italian legal system. She doesn't find this right in the plot of the constitutional principles, and she hopes, on the one side, for a clarifying intervention of the Constitutional court on the correct interpretation of article 580; on the other, for a public reflection and a political decision on the fate of terminally ill or incurable people, who can neither let themselves die nor commit suicide.

KEYWORDS: Assisted suicide; right to die; therapeutic self-determination; patients' rights; right to refuse care

SOMMARIO: 1. L'aiuto al suicidio di fronte alla Corte costituzionale – 2. I fatti – 3. Il percorso argomentativo del giudice rimettente – 4. Riflessioni – 5. Conclusioni.

1. L'aiuto al suicidio di fronte alla Corte costituzionale

Esiste nella nostra Costituzione il "diritto di morire per mano d'altri"? È questo il cuore della questione alla quale è chiamata a dare [risposta](#) la Corte costituzionale, interrogata sulla legittimità costituzionale del reato di aiuto al suicidio previsto dall'articolo 580 del codice penale.

Proverò nelle righe che seguono a muovere qualche riflessione su questo difficile tema, a partire dall'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano.

2. I fatti

Il 25 febbraio 2018 Marco Cappato, esponente dei Radicali e dell'Associazione Luca Coscioni, accompagna in auto da Milano a Pfaffikon, in Svizzera, il dj Fabo, al secolo Fabiano Antoniani, perché ottenga "assistenza alla morte volontaria" nella clinica Dignitas.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale dell'Università del Piemonte Orientale. Mail: chiara.tripodina@jp.unipmn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

A seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, infatti, Fabiano Antoniani è cieco e tetraplegico; non è più autonomo nella respirazione, nell'alimentazione, nell'evacuazione; soffre di contrazioni violente e spasmi non lenibili con i farmaci. Conserva però intatte le funzioni intellettive: «sono immerso in una notte senza fine» dice, dovendo descrivere la sua condizione¹.

Nel momento in cui acquisisce consapevolezza dell'inesistenza di cure per la sua malattia, matura l'irrevocabile decisione di porre termine alla sua vita. A questo scopo si rivolge all'associazione Dignitas in Svizzera e all'associazione Luca Coscioni in Italia, venendo così in contatto con Marco Cappato. Cappato gli espone la “via italiana” percorribile nel suo caso: rifiuto e interruzione della respirazione e dell'alimentazione artificiale, accompagnata, nello stato agonico che ne sarebbe seguito, da sedazione profonda per non avvertire dolore. La legge che oggi riconosce come legale questo percorso in quei giorni è ancora in discussione in Parlamento², ma la giurisprudenza è ormai orientata in questo senso dal 2007, a partire dal noto caso Welby, alla luce dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione³. Ma Fabo rimane fermo nella sua idea di volere morire assumendo in Svizzera il farmaco letale *pento-barbital sodium*, in grado di condurlo direttamente e rapidamente alla morte, senza ulteriori sofferenze. Cappato decide allora di accompagnare in Svizzera il dj, che muore il 27 febbraio 2018 nel modo in cui aveva richiesto.

Al rientro in Italia, Cappato si autodenuncia per violazione del reato di aiuto al suicidio. Si apre così un procedimento penale a suo carico di fronte alla Corte d'Assise di Milano, nel corso del quale – con ordinanza del 14 febbraio 2018 – viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 580 del codice penale⁴.

3. Il percorso argomentativo del giudice rimettente

L'articolo 580 del codice penale, intitolato *Istigazione o aiuto al suicidio*, recita al suo primo comma: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni».

La Corte d'Assise di Milano, sulla base degli accertamenti dibattimentali, esclude che Marco Cappato abbia determinato o rafforzato il proposito suicidario di Fabiano Antoniani e circoscrive la sua condotta all'averne favorito la realizzazione. Tuttavia, «secondo l'interpretazione dell'art. 580 c.p. sostenuta dal diritto vivente, tale condotta risulterebbe per ciò solo integrare l'agevolazione [al suicidio] sanzionata da detta disposizione»⁵.

¹ Videomessaggio di Fabiano Antoniani rivolto – con l'ausilio della voce della fidanzata Valeria Imbrogno – al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella il 18 gennaio 2017.

² L. 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*.

³ Gup Tribunale di Roma, 23.7.2007; più di recente, Giudice tutelare Tribunale di Cagliari, 16.7.2016 (caso Piludu).

⁴ Reg. ord. 43/2018, pubb. G.U. 14.3.2018, n. 11.

⁵ Corte d'Assise di Milano, 14.2.2018, p. 3.



Il giudice *a quo* dichiara di trovarsi di conseguenza intrappolato nell'alternativa tra «adeguarsi a un'interpretazione che non condivide o assumere una pronuncia in contrasto, probabilmente destinata ad essere riformata»⁶. Chiede pertanto l'intervento chiarificatore della Corte costituzionale.

In realtà il diritto giurisprudenziale sull'interpretazione dell'articolo 580 non è così univoco da potersi parlare di «diritto vivente». È vero che vi è una sentenza della Corte di Cassazione del 1998 che afferma che, essendo le condotte di istigazione e aiuto al suicidio previste dal codice penale come alternative tra loro, integra agevolazione al suicidio l'aver «posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio», a prescindere «dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui»⁷. Ma è anche vero che – come dà conto il giudice *a quo* stesso – questo orientamento è posto in discussione da una più recente giurisprudenza che ha sostenuto, alla luce del «dettato letterale della norma» che parla di «agevolazione dell'esecuzione del suicidio», che le condotte da stigmatizzare debbano essere solo quelle che si pongono come «condizione di facilitazione del momento esecutivo del suicidio» inteso come «fase finale a se stante»⁸, respingendo «qualsiasi ipotesi di lettura estensiva della norma incriminatrice in questione»⁹.

La Corte d'Assise di Milano, anziché risolvere il giudizio di fronte a lei pendente scegliendo una di queste possibilità interpretative, solleva questione di legittimità costituzionale, indicando contestualmente un'ulteriore interpretazione ritenuta conforme a Costituzione; in modo contraddittorio, invero, perché è noto che la Corte costituzionale sollecita i giudici a sollevare questioni di legittimità costituzionale su una legge non «perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali», pena l'inammissibilità della questione¹⁰.

La Corte d'Assise di Milano, in ogni caso, non chiede alla Corte costituzionale una sentenza interpretativa, bensì – almeno per come è formulato il dispositivo dell'ordinanza – una sentenza manipolativa¹¹.

Anzi due.

⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁷ Cass., sez. I pen., n. 3147 del 6.2.1998. La sentenza della Corte di Cassazione annulla la pronuncia della Corte d'Assise di Messina, 10.6.1997, in cui si afferma che l'art. 580 c.p., se interpretato conformemente a Costituzione, «impone di circoscrivere le condotte punibili a quelle nelle quali l'aiuto abbia esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell'estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita».

⁸ Gup Tribunale di Vicenza, 14.10.2015. Si tratta, anche in questo caso, di un imputato che ha accompagnato l'aspirante suicida in Svizzera.

⁹ Corte di Appello Venezia, n. 9 del 10.5.2017, confermativa della pronuncia citata nella nota precedente: sottolinea come il preciso dato letterale della norma impone di ritenere sanzionabili solo le condotte che risultino «in necessaria relazione con il momento esecutivo del suicidio, ovvero direttamente e strumentalmente connesse a tale atto».

¹⁰ Corte cost., sent. n. 356/1996.

¹¹ È possibile che il giudice *a quo* chieda una sentenza additiva e non una sentenza interpretativa perché è consci – anche se non lo afferma mai in modo esplicito nell'ordinanza – che l'interpretazione che egli ritiene l'unica conforme a Costituzione non è in realtà un'interpretazione possibile: non esprime cioè uno dei significati che è possibile trarre dalla disposizione sulla base del suo dato testuale (su questo, si veda *infra*, § 5. *Conclusioni*).

I) Il giudice *a quo* chiede infatti, primariamente, che sia dichiarato incostituzionale l'articolo 580 del codice penale, «*nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio*».

La Corte d'Assise di Milano è infatti convinta che l'unica interpretazione dell'articolo 580 del codice penale conforme a Costituzione¹² sia quella per la quale sono «sanzionabili ai sensi dell'art. 580 c.p. solo le condotte che “in qualsiasi modo” abbiano alterato il percorso psichico del soggetto passivo, impedendogli di addivenire in modo consapevole e ponderato a tale scelta». Deve dunque ritenersi «ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente»: in questa ipotesi, infatti, «la condotta dell'agente “agevolatore” si pone solo come strumento per la realizzazione di quanto deciso da un soggetto che esercita una sua libertà» ed è costretto a «fare ricorso ad un soggetto terzo solo perché impossibilitato fisicamente a realizzare da solo quanto deciso»¹³.

Questa esegezi dell'articolo 580 del codice penale viene sostenuta sulla base dei seguenti argomenti: *a) in primo luogo*, sulla base di un'interpretazione sistematico-evolutiva dell'ordinamento giuridico: le norme sull'istigazione e aiuto al suicidio sono state introdotte con il codice Rocco nel 1930, quando era dominata «la considerazione che il suicidio fosse una condotta connotata da elementi di disvalore perché contraria ai principi fondamentali della società, quello della sacralità/indisponibilità della vita in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo ritenuti preminenti nel corso del regime fascista»¹⁴. Ma l'articolo 580 del codice penale va ora interpretato «alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Costituzione, che hanno comportato una diversa considerazione del diritto alla vita, che si evince dal complesso del dettato costituzionale», e «primariamente dal principio personalistico enunciato all'art. 2 e da quello dell'inviolabilità della libertà individuale enunciato all'art. 13»: il primo «pone “l'uomo” e non lo Stato al centro della vita sociale» e, in ragione di esso, «la vita umana non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare»; dal secondo deriva, invece, «il potere della persona di disporre del proprio corpo»¹⁵.

Dalla lettura in combinato disposto di questi due principi, la Corte d'Assise ricava l'esistenza nella Costituzione italiana della «libertà dell'individuo a decidere sulla propria vita, ancorché da ciò dipenda la sua morte»¹⁶ o, altrimenti detto, la «libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza»¹⁷. Questa libertà si evince anche «dall'assenza di divieti all'esercizio di attività per sé pericolose» (in effetti la Costituzione italiana non vieta l'alpinismo...), nonché

¹² Dice la Corte d'Assise di Milano, 14.2.2018, p. 13 che quella che segue nel testo è l'interpretazione che si ricava alla luce dei principi costituzionali, che devono presidiare «l'esegezi della norma in esame orientando l'interprete nell'individuazione del bene tutelato e, di conseguenza, delle condotte idonee a ledervi».

¹³ *Ibidem*, p. 13 ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 5 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

¹⁶ *Ibidem*, p. 6.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.





«dall’assenza nella nostra Costituzione dell’obbligo di curarsi»¹⁸, essendo all’opposto riconosciuto il diritto all’autodeterminazione terapeutica *ex articolo 32, comma 2, della Costituzione*.

Si noti che nel dispositivo dell’ordinanza, tra i parametri relativi alla prima questione di legittimità costituzionale, compare non l’articolo 2, con l’articolo 13, comma 1, ma l’articolo 3 della Costituzione, anche se su questo articolo nessuna parola è spesa nella parte motiva dell’ordinanza.

b) Altro argomento che il giudice *a quo* avanza per motivare l’incostituzionalità dell’articolo 580 del codice penale è il suo *contrasto con la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, e in particolare con i suoi articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), per come interpretati dalla Corte Edu; e dunque il contrasto con l’articolo 117, comma 1, della Costituzione, che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione Europea e dagli obblighi internazionali.

In particolare, il giudice dà conto dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’aiuto al suicidio, il cui punto di ultimo approdo è il riconoscimento, *ex articoli 2 e 8 Cedu*, del «diritto di un individuo di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà, a condizione che egli o ella sia in grado di raggiungere liberamente una propria decisione su questa questione ed agire di conseguenza»¹⁹.

c) L’ultimo argomento è quello che può dirsi della *coerenza orizzontale* dell’ordinamento giuridico, in ragione dell’approvazione legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

Il giudice *a quo* non si spinge, invero, a sviluppare le analogie e le differenze tra le situazioni disciplinate nella legge sul fine-vita e l’articolo 580 del codice penale. Solo registra che tale legge ha esplicitamente riconosciuto «il diritto a decidere di “lasciarsi morire”» attraverso il rifiuto dei trattamenti sanitari, garantendo contestualmente al malato «il diritto di scegliere di porre fine alla propria vita in stato di sedazione profonda nel caso di sofferenze refrattarie alle cure»²⁰.

È vero – continua il giudice *a quo* – che il legislatore non ha riconosciuto il diritto di morire con l’aiuto d’altri (ha anzi previsto espressamente che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»²¹); ma questo «mancato riconoscimento/regolamentazione da parte del legislatore del diritto “al suicidio assistito” non può portare a negare la sussistenza della libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza» (anche per mano altrui), ma significa solo che, «allo stato, non è possibile pretendere dai medici del Servizio pubblico la somministrazione o la prescrizione di un farmaco che procuri la mor-

¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁹ *Haas v. Svizzera*, del 20.1.2011. Nell’ordinanza viene citata anche *Pretty v. Regno Unito*, del 29.4.2002, in cui si dice che l’art. 2, che tutela il diritto alla vita, «non potrebbe, senza distorsione di linguaggio, essere interpretato nel senso che conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto di morire», e che dunque non è in contrasto con la Cedu la previsione di una norma penale che vietò l’aiuto al suicidio; ma si dà conto poi della giurisprudenza più recente nella quale questo iniziale orientamento viene rivisto, richiamando in particolare *Haas v. Svizzera*, del 20.1.2011, citata nel testo, e *Gross v. Svizzera*, del 14.5.2013.

²⁰ Corte d’Assise di Milano, 14.2.2018, p. 12 ss.

²¹ Art. 1, comma 6, l. 219/2017.

te»²². Ponendo così in essere una lettura quantomeno capziosa dell'*intentio legis*: se il legislatore, all'interno di una legge sul fine-vita, ha inteso rimarcare il divieto di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente per una determinata categoria di soggetti (i medici del Servizio pubblico), ciò non ha fatto evidentemente con l'intento di circoscrivere a tali soggetti la portata del divieto, ma, tutt'al contrario, con la volontà di affermare in modo esplicito che esso rimane privo di eccezioni.

II) Alla prima questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* ne accosta un'altra, ponendola in logico subordine. La Corte d'Assise di Milano chiede infatti la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 580, «*nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione*».

Se dunque nella prima questione il giudice *a quo* chiede che non siano sanzionate le condotte di agevolazione al suicidio che non incidono sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, nella seconda chiede che quelle stesse condotte siano sanzionate (se proprio devono esserlo) con pena più lieve rispetto a quella prevista per l'istigazione al suicidio. Ma così facendo la Corte d'Assise di Milano pone una di quelle "questioni alternative" o "ambigue", che la Corte costituzionale è usata rigettare come inammissibili; tanto più se su scelte di politica criminale da ricondurre nella sfera di discrezionalità del legislatore ordinario²³.

I parametri chiamati in causa sono:

a) l'articolo 3 della Costituzione, per la necessità di distinguere sotto il profilo sanzionatorio «le condotte di istigazione e quella di aiuto», dal momento che «le prime sono certamente più incisive anche sotto il profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma deliberazione» e «del tutto diversa risulta nei due casi la volontà e la personalità del partecipe»²⁴;

b) gli articoli 13, 25, comma 2, e 27 della Costituzione – non meglio dettagliati sotto il profilo dei principi violati -, che «impongono che la libertà dell'individuo possa essere sacrificata solo a fronte della lesione di un bene giuridico altrimenti non pienamente tutelabile» e «che la sanzione sia proporzionata alla lesione provocata così da prevenire la violazione e prevedere la rieducazione del reo»²⁵.

4. Riflessioni

Come più sopra detto, la Corte d'Assise di Milano, nel combinato disposto degli articoli 2 e 13 della Costituzione, trova il «*diritto alla libertà dell'individuo a decidere sulla propria vita, ancorché da ciò dipenda la sua morte*», e porta a suffragio di questa esegesi l'articolo 32, comma 2, della Costituzione.

Si impone su questo punto una prima riflessione.

²² Corte d'Assise di Milano, 14.2.2018, p. 13.

²³ *Ex multis*, Corte cost., ordd. nn. 23/2009, 169/2006, 1/2003; 12/2017.

²⁴ Corte d'Assise di Milano, 14.2.2018, p. 15.

²⁵ *Ibidem*, p. 15.



La Costituzione italiana, con l'articolo 32, comma 2, che prevede che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»²⁶, riconosce il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Si tratta di un principio che, in assenza di una legge sul fine-vita che lo recepisce (come se non bastasse la chiara lettera della Costituzione), è stato a lungo misconosciuto e fatto soccombere di fronte al principio dell'inviolabilità della vita, nelle stanze degli ospedali come nelle aule dei tribunali. Ma esso trova ora piena garanzia, sia nella giurisprudenza, soprattutto a partire dall'anno marca-tempo 2007²⁷, sia nel dato normativo, in seguito all'approvazione della legge n. 219 del 2017.

In virtù di questo principio, accanto al fondamentale diritto alla salute e a essere curati, trova riconoscimento l'altrettanto fondamentale diritto negativo di non curarsi, di rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari; finanche di lasciarsi morire.

Sul "diritto di lasciarsi morire", dunque, la Costituzione dice.

Ma c'è una cesura logica e fattuale netta tra, da un lato, "lasciarsi morire" (rifiuto dei trattamenti terapeutici) e, dall'altro, "darsi la morte" (suicidio) o "farsi aiutare a morire" (aiuto al suicidio) o "farsi uccidere" (omicidio del consenziente)²⁸. Una cesura che, *de iure condito*, separa ciò che è diritto da

²⁶ L'articolo 32, comma 2, della Costituzione viene interpretato nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere legittimamente imposto da una legge esclusivamente nei casi in cui ciò sia necessario «non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri», giacché «è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» (Corte cost., sent. 307/1990). Si vedano anche Corte cost., sentt. 88/1979; 471/1990; 118/1996; 238/1996; 257/1996, 438 /2008. In dottrina, *ex multis*, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1961, p. 1 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, p. 105 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, p. 557 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, p. 303 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 385 ss.; R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5 del codice civile (Eutanasia)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988, p. 174 ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire* (voce), in *Digesto delle Discipline Penali*, IV, Torino, 1990, p. 5; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p. 149; A. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, *La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Politica del diritto*, n. 4/1998, p. 611; M. LUCIANI, *Diritto alla salute* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991, p. 9 ss.; C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE, R. BIN, Padova, 2008, p. 321 ss.; IDEM, "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario". *La difficile attuazione del diritto costituzionale al rifiuto delle cure tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in P. MACCHIA (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, 2012, p. 199 ss.

²⁷ Con la già citata *sentenza Welby* del Gup di Roma del 23.7.2007; e con la *sentenza Englaro*, Cass. civ., sez. I, 16.10.2007, n. 21748.

²⁸ Come pure viene sottolineato sia dalla giurisprudenza (Sentenza Gup di Roma del 23.7.2007: la facoltà di rifiutare le cure o di interromperle «non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio», così come «l'azione di interruzione di una terapia non può essere concettualmente assimilata all'espletamento di un trattamento diretto a provocare la morte del paziente, poiché la prima costituisce mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata, mentre il secondo è l'attivazione *ex novo* di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente»; Cass. civ., sez. I, 16.10.2007, n. 21748: «Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte,

ciò che è delitto; e che non può essere superata, in prospettiva *de iure condendo*, facendo finta che là dove la Costituzione riconosce l'una cosa, allora se ne può dedurre la legittimità costituzionale anche delle altre.

Se si vuole compiere il salto che supera questa cesura, occorre ponderare e argomentare a fondo analogie e differenze tra le diverse fattispecie, senza dare nulla per scontato.

Si può anche dire – come fa la Corte d'Assise di Milano - che il diritto di morire per mano d'altri si ricava dalla lettura in combinato disposto dell'articolo 2 con l'articolo 13, 1 comma, della Costituzione. Ma è un dire fumoso: nulla discende a "rime obbligate" da quegli articoli. Sul diritto di morire per mano d'altri la Costituzione non dice.

Allo stesso modo in cui è fumoso dire che tale diritto si ricava dalla lettura in combinato disposto degli articoli 2 e 8 della Cedu, per come interpretati dalla giurisprudenza della Corte Edu (posto che la Corte costituzionale ha sempre affermato di riservarsi di «verificare se le stesse norme Cedu, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana»²⁹).

Da questi combinati disposti si può far discendere – e si fa discendere – qualunque "nuova libertà"; ma, appunto, in modo fumoso.

Si può usare invece un altro parametro costituzionale per ragionare più rigorosamente. Un parametro che sorprendentemente la Corte d'Assise di Milano trascura³⁰: il principio di uguaglianza, garantito dall'articolo 3 della Costituzione.

esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale»); sia dal legislatore ordinario (che, come si è più sopra detto, nella recente l. 219/2017, pur riconoscendo pienamente e ampiamente il diritto al rifiuto di qualsiasi cura, all'art.1.6 afferma che «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali», ribadendo così l'illiceità di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente).

²⁹ Corte cost., sent. n. 349/2007, che ha chiarito, con la sentenza gemella n. 348/2007, i confini del parametro degli "obblighi internazionali", richiamato dall'articolo 117, comma 1, Cost. Questo orientamento ha trovato poi ulteriore svolgimento nella giurisprudenza costituzionale successiva: *ex multis* sentt. n. 39/2008; 129/2008; 234/2009; 239/2009; 311/2209; 317/2009; 93/2010; 187/2010; 196/2010; 1/2011; 113/2011; 236/2011; 303/2011; 78/2012; 230/2012; 264/2012. Alla luce di questa giurisprudenza, norme di legge, pur giudicate incompatibili con la Cedu, potrebbero «non essere cadute laddove si dimostri che esse siano in grado di offrire una tutela più "intensa" ai diritti di quella che a questi viene dalla Convenzione stessa» (A. RUGGERI, *Costituzione e Cedu, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in *Consultaonline*, 2012, p. 16). Con riferimento a un diritto fondamentale, infatti, «il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (c.d. principio della "massima espansione delle garanzie"). Del resto, è l'art. 53 della stessa Cedu a prevedere che «l'interpretazione delle disposizioni Cedu non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali» (Corte costituzionale, sent. 317/2009). Nel caso in esame, la Corte costituzionale dovrebbe dunque verificare se la previsione dell'articolo 580 del codice penale italiano garantisca una protezione più ampia del diritto alla vita e della dignità della persona umana rispetto a quella offerta dagli artt. 2 e 8 Cedu, per come interpretati dalla Corte Edu.

³⁰ Come più sopra detto, la Corte d'Assise di Milano, pur richiamando l'articolo 3 della Costituzione (al posto dell'articolo 2) tra i parametri, nel dispositivo dell'ordinanza relativamente alla prima questione di legittimità costituzionale, in realtà non vi ricorre nella parte motiva; vi ricorre, invece, sia nella parte motiva che nel dispositivo, con riguardo alla seconda questione di legittimità costituzionale.





La questione può essere posta in questi termini: se la sopravvivenza di una persona è legata a una qualche forma di terapia farmacologica o meccanica, il paziente può (anzi ha il diritto costituzionalmente garantito di) chiederne l'interruzione e porre così fine alla sua vita e alla sua sofferenza; ma se ha la "terribile sfortuna"³¹ di non vedere la sua vita legata ad alcuna terapia, questa possibilità gli è preclusa, poiché per porre fine alla sua vita gli occorre l'intervento attivo di un medico che gli prescriva o gli somministri un farmaco letale.

Così ci sono persone in condizione di malattia terminale o incurabile, che *a)* possono chiedere la non applicazione o l'interruzione di terapie salva-vita, e così lasciarsi morire; oppure *b)* possono darsi la morte da sole, in qualunque modo, se ritengono la loro vita insostenibile; oppure *c)* non possono chiedere l'interruzione di terapie salva-vita perché non gli sono praticate, né possono darsi da sole la morte perché sono blindate nei loro corpi ("locked in"), e hanno bisogno di essere aiutate a suicidarsi, attraverso qualcuno che prescriva e porga loro la pillola che ingoieranno o il preparato che si inietteranno; oppure *d)* non possono chiedere l'interruzione di terapie salva-vita perché non gli sono praticate, né possono darsi da sole la morte perché sono blindate nei loro corpi, né possono essere aiutate a suicidarsi perché non sono più in grado neppure di ingoiare la pillola o iniettarsi il preparato letale, e hanno bisogno di essere aiutate a morire per mano d'altri.

Persone accomunate dalla medesima condizione umana di terminalità o di incurabilità della malattia e di intollerabilità della sofferenza fisica e morale, e dall'identico desiderio di porre fine alla vita in un modo ritenuto da loro più dignitoso rispetto a quello che l'evolvere del male consentirebbe trovano risposte opposte alla medesima istanza in ragione di fattori totalmente accidentali, quali l'essere fisicamente in grado di togliersi la vita da soli piuttosto che il non esserlo; l'essere attaccati a una macchina di cui si può rivendicare lo spegnimento piuttosto che il non esserlo; l'aver bisogno, per morire, che trattamenti siano somministrati da un medico, piuttosto che sottratti. Situazioni analoghe sotto molti profili vengono così trattate in modo differente, con il risultato che alcune persone vengono "condannate a vivere" contro la loro volontà e la loro (percezione di) dignità³².

Va qui aggiunto un altro tassello importante nella riflessione, che il giudice *a quo* di nuovo oblitera o lascia sullo sfondo: l'articolo 32, comma 2, della Costituzione non dice solo che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento, se non per disposizione di legge; aggiunge che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Occorrere allora chiedersi – e chiedere alla Corte costituzionale – se l'articolo 580 del codice penale, ma anche l'articolo 579 che punisce l'omicidio del consenziente, non integrino leggi che violano i limiti imposti dal rispetto della persona umana, nel momento in cui costringono persone malate terminali o incurabili, afflitte da intollerabili sofferenze fisiche e morali, a vivere in condizioni (nella loro percezione) non rispettose della loro dignità e umanità.

Ma oltre alle analogie, importanti sono anche le differenze tra le fattispecie qui allo studio: una cosa è omettere o sottrarre trattamenti terapeutici salva-vita per lasciare che la malattia faccia il suo corso; altra cosa è aiutare a suicidarsi o uccidere un consenziente provocandone attivamente e direttamente.

³¹ Di «sfortuna» in questo senso parla S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, p.40 ss.

³² Nello stesso senso, C. CASONATO, *Il caso di Dj Fabo: il quadro costituzionale*, in *la Costituzione.info*, 23 marzo 2017; M. LUCIANI, *Suicidio, diritto dei sani*, in *La Stampa*, 30 aprile 2002.

mente la morte³³. Non è «solo un’ipocrisia decidere in base all’omissività o alla commissività che la scelta richiede»³⁴. Si tratta di andare a toccare il radicato tabù del *non uccidere*, fondamento del vivere sociale e di ogni ordinamento giuridico.

Non è un tabù che non ammette eccezioni (si pensi all’uccisione per legittima difesa; o alla pena di morte, negli ordinamenti in cui viene ammessa). Ma le eccezioni non possono essere introdotte per analogia; per scivolamento da una fattispecie all’altra; e neppure fatte discendere fumosamente da principi costituzionali tessuti insieme purchessia. Occorre un processo di maturazione collettiva e, alla luce di questo, una decisione politica democratica per introdurre nel nostro ordinamento un’altra eccezione al tabù del *non uccidere* in nome del diritto di morire per mano d’altri.

Altra cosa che colpisce nell’ordinanza della Corte d’Assise di Milano è il fatto che viene assunto come unico elemento dirimente per escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio l’assenza di un «contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario», senza che vengano indicati come ulteriori elementi scriminanti né le condizioni oggettive in cui l’aspirante suicida si trova (una malattia terminale o incurabile, accompagnata da gravi sofferenze fisiche e morali), né l’elemento soggettivo del reato (il movente pietistico e solidaristico: l’esclusiva volontà di sollevare l’aspirante suicida dalla condizione di sofferenza tragica in cui si trova, superando la propria ripugnanza verso un gesto volto ad annullare una vita umana). Elementi che invece sono cruciali per circostanziare un’eventuale apertura dell’ordinamento giuridico al diritto di morire per mano d’altri.

3. Conclusioni

Non c’è nulla di semplice in questa questione di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale può risolverla con una pronuncia processuale di inammissibilità: l’ordinanza di rimessione offre più di un appiglio in questo senso.

Oppure la Corte costituzionale può entrare nel merito e decidere con una sentenza interpretativa di rigetto. Ciò consentirebbe, da un lato, di far chiarezza sulla lettura più conforme a Costituzione dell’articolo 580 del codice penale; dall’altro, di avviare un processo di riflessione pubblica e collettiva sull’esistenza e sui confini del diritto di scegliere il tempo e il modo della propria morte³⁵.

³³ Sulle differenze tra “lasciar morire” e “aiutare a morire”, per tutti A. D’ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 610.

³⁴ A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 3219.

³⁵ Si vuole qui ricordare la sentenza della Corte costituzionale colombiana C-239/1997, in *Bioetica*, n. 3/1999, p. 536 ss., con la quale la Corte colombiana, da un lato, con una sentenza interpretativa di rigetto, «dichiara legittimo» l’articolo 326 del codice penale colombiano del 1980 che punisce l’*omicidio pietoso* («Colui che uccida un altro per pietà, allo scopo di porre fine a intense sofferenze derivanti da lesione fisica o infermità grave e incurabile, sarà punito con la reclusione da sei mesi a tre anni»), «precisando che nel caso di malati terminali, sussistendo la volontà libera del soggetto passivo, non potrà ritenersi la responsabilità del medico che commette il fatto, trattandosi di condotta giustificata»; dall’altro, con un monito, esorta il Congresso «affinché nel tempo più breve regoli la questione della morte dignitosa, conformemente ai principi costituzionali e a considerazioni elementari di umanità». Tra gli argomenti più forti impiegati dalla Corte nell’assumere la sua decisione, merita ricordare questi: «la Costituzione si ispira alla considerazione della persona come soggetto morale, capace di assumere in modo responsabile e autonomo le decisioni relative alle questioni che a lui primariamente incombono»; di conseguenza, «se il modo in cui considerano la morte riflette le loro convinzioni, gli individui non possono essere costretti a vivere quando, per le circostanze estreme nelle quali si trovano, non lo stimano desiderabile né compatibile con la loro dignità, con l’inammissibile argomento che una maggioranza lo stima un





Nella ricerca dell'interpretazione conforme a Costituzione, non mi pare percorribile la strada indicata dal giudice *a quo*, di circoscrivere il reato di aiuto al suicidio alle sole condotte in cui vi sia «un contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida». Contrasta con questa soluzione ermeneutica la lettera dell'articolo 580 del codice penale e la sua stessa intitolazione, che con una "o" disgiuntiva tiene distinte e alternative le fattispecie dell'istigazione al suicidio e dall'aiuto al suicidio, che invece l'interpretazione proposta farebbe coincidere.

Forse l'interpretazione dell'articolo 580 ad oggi più adeguata a Costituzione e ai principi personalista e solidarista in essa sanciti è quella che circoscrive la punibilità dell'aiuto al suicidio alle sole condotte che ne agevolano "l'esecuzione", intesa come «fase finale a se stante»³⁶, per evitare che siano punite azioni non funzionali al momento esecutivo dell'uccisione, ma ad esso accessorie (aiutare a prendere informazioni, a stabilire contatti, a recarsi in luoghi...). Azioni determinate dal desiderio di agevolare in atti quotidiani chi non è più in grado di compierli autonomamente, ma che non escludono il dissenso interiore di chi le compie rispetto ai propositi suicidari che sono destinate ad agevolare³⁷.

La Corte costituzionale potrebbe, invero, anche adottare una sentenza manipolativa additiva, dichiarando incostituzionale l'articolo 580 del codice penale, nella parte in cui non prevede come scriminate l'avere agito esclusivamente per il movente altruistico-solidaristico di aiutare nel suo proposito suicidario chi si trovi in condizione di malattia terminale o incurabile, accompagnata da insostenibili sofferenze fisiche e morali. Ma, come più sopra detto, sarebbe auspicabile che una tale decisione politica fosse assunta nelle sedi della democrazia rappresentativa, dopo ampio e approfondito dibattito nel consesso sociale, anziché farla discendere dalla Costituzione che sul punto non dice, o almeno non a rime obbligate.

Un'ultima cosa va precisata.

Dj Fabo avrebbe potuto morire dignitosamente anche in Italia, senza bisogno di essere aiutato a suicidarsi in un paese straniero. La sua vita, infatti, dipendeva da un respiratore artificiale, da periodiche

imperativo religioso o morale», poiché lo Stato «non può pretendere comportamenti eroici da nessuno». Nulla, infatti «è tanto crudele come imporre a una persona di continuare a esistere tra obbrobriose sofferenze in nome di convinzioni altrui, ancorché una grande maggioranza della popolazione le stimi intangibili» (§ 1). Se lo Stato ha il dovere di tutelare la vita, tuttavia «non può pretendere di adempiere a quest'obbligo negando l'autonomia e la dignità delle persone stesse» (§ 2.). Il diritto fondamentale a una vita dignitosa «implica dunque il diritto a morire con dignità, sicché condannare una persona a prolungare per poco tempo la sua esistenza, quando non lo desidera ed è afflitta da profonde sofferenze, costituisce non solo un trattamento crudele e inumano, proibito dalla Carta costituzionale, ma anche la negazione della sua dignità e della sua autonomia in quanto soggetto morale». Per tutto ciò, «lo Stato non può opporsi alla decisione dell'individuo che non desidera continuare a vivere e chiede di essere aiutato a morire, quando soffre di una malattia terminale che gli provoca dolori insopportabili, incompatibili con la sua idea di dignità» (§ 3.).

³⁶ Gup del Tribunale di Vicenza del 14.10.2015; Corte di Appello Venezia, sent. n. 9, del 10.5.2017.

³⁷ Nel caso da cui prende le mosse la questione di legittimità sia Marco Cappato, sia la fidanzata che la madre di Fabiano Antoniani hanno cercato fino all'ultimo di dissuaderlo dal proposito di morte («in quegli ultimi giorni i suoi familiari e Cappato continuarono a stare vicino a Fabiano ed a fargli presente, ciascuno di loro, che se avesse voluto avrebbe potuto decidere di non attuare il proposito di suicidarsi e che sarebbe stato da loro riportato in Italia», Corte d'Assise di Milano, ord. 14.2.2018, p. 3). Per altro, nel caso in cui Marco Cappato venisse condannato, i pubblici ministeri hanno richiesto la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica «perché proceda nei confronti di altri soggetti che avrebbero agevolato il suicidio di Fabiano Antoniani», lasciando intendere l'incriminazione anche della fidanzata, della madre e di altre persone che lo aiutarono nelle fasi accessorie del suicidio.

aspirazioni di muco, dalla nutrizione artificiale. Avrebbe potuto – come pure Marco Cappato gli aveva spiegato – rinunciare a questi trattamenti che lo tenevano in vita e chiedere di essere accompagnato alla morte con una sedazione profonda continua, che gli avrebbe consentito di non soffrire negli ultimi istanti di agonia³⁸. Questo dal 22 dicembre 2017 è legge in Italia³⁹; ma anche nel momento in cui dj Fabo assumeva le sue decisioni era prassi medica consolidata, ritenuta legittima dalla giurisprudenza, dopo la battaglia condotta sul suo corpo da Piergiorgio Welby.

Dj Fabo non ha voluto percorrere questa strada per ragioni che lui solo conosce: forse per non lasciare che fosse la morte a prenderlo, ma per andare ad afferrarsela lui.

Quel che certo è che il suo caso contribuisce a illuminare il destino di quegli immersi in una notte senza fine che non hanno neppure questa tragica scelta – lasciarsi morire o uccidersi con l’aiuto d’altri –, ma la cui strada è obbligata: se vogliono togliersi da una condizione che giudicano vita non più degna di essere vissuta, in Italia semplicemente non lo possono fare, a meno che non trovino qualcuno disposto ad essere imputato per i reati di aiuto al suicidio o omicidio del consenziente. Oppure – ma anche in questo caso a rischio e pericolo dell’accompagnatore – possono andare nella vicina Svizzera, o in Olanda o in Belgio, percorrendo i tristi itinerari del “turismo della morte”.

L’argomento del “turismo dei diritti” – e delle discriminazioni che ne discendono tra cittadini abbienti e non abbienti – non è, in ogni caso, un valido argomento che la Corte costituzionale possa impiegare (come ahimè ha fatto in passato⁴⁰) per giudicare la ragionevolezza delle scelte del legislatore italiano che vietò ciò che altri paesi consentono.

³⁸ La sedazione palliativa profonda e continua era pratica medica già ritenuta legittima sia dalla giurisprudenza che dalla deontologia medica, ma che ora trova un riscontro di diritto positivo nella l. n. 219/2017, all’art. 2.2 (si veda nt. successiva). Non si tratta di una sedazione terminale operata al fine diretto di far cessare la vita del paziente - che continua a essere condotta vietata, integrando omicidio (del consenziente) -, ma di una sedazione che ha come effetto primario diretto l’alleviamento della sofferenza, pur essendo previsto e accettato l’effetto secondario indiretto dell’abbreviamento della vita (c.d. dottrina del doppio effetto).

³⁹ L. n. 219/2017, art. 1, Consenso informato: «5. Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici [...]. 6. Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»; art. 2, Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nelle fasi finali della vita: «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».

⁴⁰ In Corte cost., sent. n. 162/2014, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, impiegando, tra gli altri, l’argomento per cui le coppie «prive delle





Se un mutamento occorre operare, bisogna passare per la via stretta – ma che conduce alla consapevolezza e alla maturazione sociale – della riflessione pubblica e collettiva e della discussione e deliberazione nelle sedi della democrazia rappresentativa; anche se la preparazione del terreno passa, come la legge 219 del 2017 insegnava, attraverso l'opera dei giudici e della Corte costituzionale. Ha dunque la Corte Costituzionale un'importante responsabilità nel giudicare sulla legittimità costituzionale del reato di aiuto al suicidio; una responsabilità alla quale si spera non vorrà sottrarsi: fissare i parametri e i perimetri della riflessione collettiva e della decisione politica sul diritto a morire per mano d'altri nel nostro Paese.

risorse finanziarie necessarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri paesi» si vedono negati in assoluto l'accesso a tale diritto, in modo discriminante rispetto alle coppie ricche. In senso critico, C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2014, p. 2593 ss.





Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare

Salvatore Prisco*

THE 'CAPPATO CASE' BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT, THE PARLIAMENT AND THE PUBLIC DEBATE. A SHORT NOTE TO OPEN THE DEBATE

ABSTRACT: The article analyses the ordinance n. [207/2018](#) of the Constitutional Court (about the Cappato - Fabio Antoniani - Dj Fabo case) as well as the previous sentences where it comes from. The constitutional legitimacy of Article 580 of the Penal Code had been doubted, since it incriminates both the instigation and the help to suicide in the same way, without introducing any distinction (in the second case) between moral and material help and (in the latter hypothesis) between direct help or not decisive facilitation and, plus, without taking into account some special cases (serious physical suffering of the suicidal aspirant, who asks to be freed from it). The Court invited the Parliament to take a decision on this matter, before giving its last word at a hearing already scheduled - if necessary - for the month of September 2019.

KEYWORDS: Bioethics; Self-determination; Assisted suicide; Constitutional review; Parliament's "expressive" function

SOMMARIO: 1. Premessa: della saggezza di non annotare i comunicati – 2. Il provvisorio esito di una vicenda che resta aperta: l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale – 3. Flashback: Come ci si era arrivati? a) Gli elementi di fatto del caso – 4. (segue) b) le opposte strategie argomentative delle parti confrontatesi nel giudizio di merito – 5. (segue ancora) c) la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Assise di Milano. 6. Un ossimoro: qualche riflessione temporaneamente conclusiva.

1. Premessa: della saggezza di non annotare i comunicati

Con gli amici della *Rivista di Biodiritto* (ai quali vanno innanzitutto rivolti i complimenti per la recente, meritata promozione in serie A, presupposto indispensabile per giocarsi lo scudetto con altre accreditate riviste di settore) si concorda l'ospitalità, della quale ringrazio, per un mio commento sui più recenti sviluppi del "caso Cappato".

Adempiere al proposito con eccesso di tempestività avrebbe tuttavia significato esprimersi su un comunicato con il quale la Consulta ha in sostanza investito le Camere dell'onere di disciplinare il problema che era al suo esame, fissando ad ogni buon conto una nuova udienza per il 24 settembre 2019, nella quale (in ipotesi) trattarlo. Ove ancora fosse occorso.

* Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università Federico II di Napoli. Mail: salvatore_prisco@virgilio.it. Contributo su invito.

Nella vita professionale mi è accaduto di provarmi ad annotare sentenze e ordinanze, mai però di trovarmi di fronte (in fondo c'è sempre una prima volta per ogni cosa) alla pratica dell'inusitato genere letterario del commentatore di comunicati. Mi sarei in realtà sentito come chi si trovi a complimentarsi ritualmente con una giovane madre, ammirando tuttavia sullo schermo del suo telefonino cellulare non già la fotografia del neonato, ma l'ecografia del nascituro¹.

Fuori dallo scherzo, l'argomento cui è dedicato quanto segue nelle prossime pagine è serio e l'esordio con tono leggero maschera semmai l'inquietudine di chi scrive per l'angosciosità del tema oggetto del giudizio di merito.

Si dispone ora del testo dell'[ordinanza 16 novembre 2018 n. 207](#) (Presidente Lattanzi, redattore Modugno) e può constatarsi come sia stato saggio il proposito di astenersi dalla tentazione di postillare un mero preannuncio di pronunzia, le cui poche righe (benché già significative) non avrebbero potuto in effetti rendere pienamente conto dell'articolazione di un ragionamento complesso, condotto gioco-forza col bisturi di precisione del chirurgo e col bilancino dell'orefice, piuttosto che col *machete* del guerriero.

¹ Il testo del comunicato, pubblicato in data 24 ottobre 2018, è il seguente: «Nella camera di consiglio di oggi, la Corte costituzionale ha rilevato che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. Per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale all'udienza del 24 settembre 2019. La relativa ordinanza sarà depositata a breve. Resta ovviamente sospeso il processo *a quo*». In realtà, una sorta di precedente non lontano (tuttavia non precisamente in termini, non dunque sovrapponibile in pieno a quello di cui al caso in esame), fu – come noto – quello relativo alla legge elettorale per le Camere, di cui alla legge 270/2005, emanato dalla Consulta il 4 dicembre 2013: dodici righe che sintetizzano i profili in relazione ai quali la legge venne dichiarata incostituzionale, rinviano per i particolari alla pubblicazione della sentenza, precisano che gli effetti di tale parziale dichiarazione di incostituzionalità de-corrono dalla pubblicazione della decisione, mettono in mora le Camere affinché pongano riparo, riconoscendo implicitamente che esse possano/ debbano farlo (precisazione non irrilevante, trattandosi di un Parlamento eletto proprio in base alla legge dichiarata in parte costituzionalmente illegittima). La dottrina attribuisce a quel comunicato gli effetti non di una banale e irrilevante, interlocutoria dichiarazione meramente notiziale, «alla tipologia decisoria della cosiddetta "incostituzionalità accertata, ma non dichiarata", nella particolare variante contenente un ordine di ulteriore provvisoria vigenza della legge incostituzionale, una tecnica decisoria impiegata dal *Bundesverfassungsgericht* e oggetto di particolare attenzione nella letteratura tedesca»: così A. GRAGNANI, *La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il comunicato-stampa «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» ed il canone di «adeguatezza funzionale»*, con ampio esame comparato della dottrina e dei precedenti della Corte Costituzionale (ivi, note 21/23), in *Consulta online, ad nomen auctoris* e già in precedenza Id., *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 2013, 531 ss. (si veda oltre, nel nostro lavoro, per il riferimento alla soluzione canadese in rito, analoga a quella possibile in Germania). Nella fattispecie in esame, ovviamente, il problema non è peraltro quello dell'ultrattività di una normazione in parte incostituzionale, singolarmente superabile da parte di un organo eletto appunto in forza di essa, ma – per espressa dichiarazione del comunicato – l'eventuale incostituzionalità di «vuoti di tutela» in materia e l'opportunità, che le Camere sono invitate a valutare se colmare mediante una legge *ad hoc*. Sul tema generale del differimento degli effetti temporali delle sentenze che dichiarano incostituzionalità, si può rinviare per tutti al volume collettaneo *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del seminario tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.



Si procederà ad esaminare le tappe della vicenda processuale a ritroso, partendo cioè dalla sua (funzionalmente provvisoria) conclusione.

2. Il provvisorio esito di una vicenda che resta aperta: l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale

In limine, si può incominciare l'esame della pronunzia della Consulta dal punto rispetto al quale – diversamente che dai controversi profili di merito – era facilmente prevedibile che la decisione in rito sarebbe stata quella assunta: gli intervenuti non presenti nel giudizio *a quo* sono stati infatti estromessi dal giudizio costituzionale.

La giurisprudenza è stata infatti finora granitica in proposito, con la riserva di consentire tuttavia l'ingresso dei portatori di un interesse «immediatamente inherente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura» (così, ad esempio, nelle sentenze 85 e 134, entrambe del 2013), ma forse sarebbe ormai opportuno scuotere vetuste certezze, derivanti da ricostruzioni solo «oggettivistiche» della funzione del processo costituzionale.

Se è ormai evidente che la Corte partecipa sempre più, coi propri strumenti processuali, al dibattito di opinione del Paese e che tale tendenza è di fatto inevitabile, sa di ipocrisia che questo non venga ormai, attraverso l'incanalamento in essi, introdotto nell'aula di udienza, sia pure aprendone le porte con prudenza, onde evitare tanto il peso eccessivo del *judicial lobbying*, quanto la trasformazione dell'aula di piazza del Quirinale in una succursale *sic et simpliciter* di quelle di Montecitorio e di Palazzo Madama e dunque la ricerca di una visibilità degli interessi lì rimasti soccombenti, o mediati con altri in un equilibrio non ritenuto soddisfacente dai loro portatori, in una sorta – insomma – di secondo tempo della partita, o di rivincita nel girone di ritorno del campionato².

Passando agli altri profili, colpisce innanzitutto l'accentuato esercizio di una vocazione «pedagogica» della Corte: in un punto, l'indicazione del parametro assunto violato (l'art. 3 Cost., in luogo dell'invece richiamato art.2), da parte del giudice remittente, è segnalata, ma derubricata a mero «errore materiale»; in un altro, è corretto un errore a proposito di pena edittale irrogata nel massimo per la condotta di cui alla disposizione censurata; soprattutto però (in modo più sostanziale), si nota altrove che se «[l]i giudice *a quo* non pone alcun rapporto di subordinazione espressa tra le questioni» sollevate (e per le quali si veda oltre nel testo, n.d.r.), tuttavia «[e]sso è, però, *in re ipsa*. Appare, infatti, evidente che le censure relative alla misura della pena hanno un senso solo in quanto le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti: il che presuppone il mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa». Infine, dopo avere constatato che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce (...) per limitare la libertà di autodetermina-

² Interessanti e condivisibili notazioni aperturistiche in proposito, da ultimo, in A.M. LECIS COCCO ORTU, *L'intervento del terzo portatore di interessi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, in *Dir. Pubbl. Comparato ed Europeo*, 2013, 347 ss. e in M. VICARIO, *I fatti nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, nel sito del *Gruppo di Pisa, ad nomen auctoris*, cui – volendo – può aggiungersi il nostro *Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in *Costituzionalismo e democrazia. Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2016, 633 ss. e spec. 656.

zione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.», con conseguente lesione della dignità umana, «oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive», la motivazione aggiunge qui essa, parenteticamente, il parametro dell'art. 3 Cost., notando come esso non sia stato «evocato dal giudice *a quo* in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana». Si può dunque non illegittimamente immaginare il fastidio dell'autorevole estensore per qualche inaccuratezza nella scrittura – e prima ancora nella struttura logica – dell'ordinanza di rimessione.

Venendo al merito, la Corte Costituzionale – nel rifiutare le tesi dell'Avvocatura dello Stato, che aveva eccepito, sotto più concatenati profili, l'inammissibilità della questione sollevata – sceglie deliberatamente di non occultare il problema, di tenere acceso su di esso un faro, anche se poi ritiene di non procedere ad una sentenza manipolativa, quantomeno con una addizione alla disposizione, che la relativizzi, ma di lanciare alle Camere un monito e una sollecitazione.

Il che significa anche che – di fronte al tema radicale e drammatico delle possibilità e dei limiti giuridici di accettare o vietare che una vita umana giudichi se stessa indignosa e invochi un aiuto esterno per essere accompagnata ad estinguersi – l'intera comunità nazionale viene chiamata in tale modo ad interrogarsi e ad assumere una posizione, come si dirà meglio in conclusione.

Per raggiungere l'intento, la Corte qualifica come non consentita una *interpretatio abrogans*, che il giudice *a quo* avrebbe potuto e anzi dovuto compiere, secondo la difesa erariale, onde evitare che la questione raggiungesse il giudice di costituzionalità (minimo comun denominatore del ragionamento a sostegno degli argomentati profili di inammissibilità). Essa sarebbe stata di fatto un disarmo della potenzialità equi-regolatoria della disposizione, rispetto a fattispecie ad oggi diverse, ma nel testo connesse e sanzionate in pari misura (istigazione o aiuto al suicidio), con autonoma sostituzione di un principio ispiratore ad un altro – personalismo e autodeterminazione, *secundum Constitutionem* e Cedu, nell'assunto di chi lo afferma esistente, anziché protezione *ex auctoritate* e in qualunque sua condizione della vita biologica, anche per evitare effetti di esemplarità ed emulazione, ricollegabili alla diffusione della notizia di un suicidio – insomma un'amputazione che tuttavia da solo il giudice non può compiere, sostiene la Corte, ma al tempo stesso una scelta cui essa medesima ha inteso sottrarsi.

Quanto al merito, tre sembrano i passaggi essenziali dell'ordinanza: nel primo, si rileva come «Il legislatore penale intende proteggere il soggetto da decisioni in suo danno: non ritenendo, tuttavia, di poter colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una "cintura protettiva", inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui».

Segue poi la constatazione che «[D]all'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire».

Il terzo assunto forte del ragionamento, dal quale derivano logicamente le conseguenze, è rilevare che «d'altro canto – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo*» non si palesa «possibile desumere la *generale* (il corsivo è dell'autore di questo commento, n. d. r.) inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost.», posto che «[I]l divieto in paro-



la 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, rimovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)».

Si perdoni la nondimeno essenziale lunghezza (ad intendere la *mens* dell'estensore) della citazione testuale dall'ordinanza, sul punto.

Il nocciolo duro e ineludibile di tutto il problema è infatti, ci sembra, il seguente: pur correttamente opinando, alla luce di una finissima esegezi costituzionale che riferisce un obbligo di protezione anche e soprattutto a una condizione umana di estrema e fragilissima debolezza, che il legislatore debba farsi carico di condizioni di abbandono e disperazione che possano incoraggiare scelte suicidarie e dunque (non intendendo colpire l'interessato) che non gli sia affatto vietato punire *in generale* chi aiuti a compierle³, è questo vero sempre, ossia e in altri termini è vero anche quando *in casi particolari* siffatto abbandono non vi sia, quando le cure palliative si siano rivelate inefficaci, quando – in pienezza di esulcerata consapevolezza della propria situazione esistenziale – un «povero cristiano» (l'espressione popolare che adoperiamo esula, com'è appena ovvio osservare, da qualunque reale valutazione delle prospettive fideistiche esistenti o meno nello sventurato) invochi per sé la morte liberatrice dalle sofferenze?

Se non fosse chiaro, gli interrogativi appena avanzati sono retorici e sospingono ad indicare metodologicamente, per fornire una risposta non dogmatica, la necessità di volgersi all'analisi dei singoli casi, potendosi anche riservare pochi altri rilievi di rito all'ordinanza, posto che il suo ulteriore svolgimento sviluppa coerentemente, quanto al merito, simili dubbi e conclude in conformità ad essi, rinviando al Parlamento, forse legislatore, ma forse anche no.

Questo deve dirsi ad esempio in relazione al passo dell'ordinanza che – dopo avere ricordato tanto la legge 38/ 2010 sulla palliazione e il lenimento del dolore, quanto la legge 219/ 2017 sulle dichiarazioni anticipate di trattamento e le possibilità di determinazione sul se e fino a quale punto venire curati che essa apre – osserva opportunamente come «Quanto (...) all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trat-

³ Questa di cui ora al testo è la prospettiva, che tende a difendere la dignità anche *oltre* l'autodeterminazione e *in ogni caso* (l'autrice fa ad esempio – e qui a ragione – l'esempio del consenso prestato dagli interessati al c. d. "lancio del nano") e pertanto a rifiutare coerentemente in ogni caso l'eutanasia, valorizzando appunto sempre le cure palliative, che peraltro nel caso Antoniani non sembravano, a considerare le sommarie informazioni testimoniali in atti, avere su di lui effetto, del contributo di G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, che merita attenta considerazione, ma alle cui conclusioni assolutizzanti non ci sembra peraltro di potere aderire, allo stesso modo in cui non riteniamo di aderire a una affermazione e a una generale difesa del «diritto al suicidio», per le ragioni esposte.

tamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione»; ovvero laddove l'eventuale legislatore futuro è richiamato all'esigenza di apprestare comunque solidi presidi per scongiurare il rischio che le strutture sanitarie attenuino i doveri di protezione verso ammalati in condizione terminale o di sofferenza estrema.

Semmai è più utile segnalare la preoccupazione reale che ha ispirato l'adozione di una tecnica decisoria sinora inedita.

Essa è del resto apertamente confessata, nel paragrafo 11 della parte motiva: una sentenza monitoria, con previa dichiarazione di inammissibilità della questione, avrebbe prodotto un successivo cartellino rosso, ossia una pronuncia di incostituzionalità, nell'ipotesi di un legislatore restato sordo all'esortazione ad intervenire, eventualità peraltro esposta a eventi futuri e incerti, ma in presenza di una norma dalla indubbiata legittimità. E tuttavia «[U]n simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti» e pertanto si è proceduto come precisato all'inizio, restando intanto sospeso il giudizio *a quo* ed essendo liberi i giudici di eventuali, analoghe vicende di regalarsi secondo gli ordinari strumenti che l'ordinamento appresta in questi casi.

Soluzione fantasiosa, ma non priva di appigli comparati (oltre a *Carter versus Canada* viene ricordata *Nicklinson e altri versus Gran Bretagna*, sentenza della Corte Suprema britannica del 26 giugno 2014) e che conferma il tono “pedagogico” di questa importante pronuncia.

3. Flashback: Come ci si era arrivati? a) Gli elementi di fatto del caso

Decisivo – si diceva – è dunque il giudizio sulla singolarità dei casi e si era appunto sopra perorata del resto una maggiore attenzione del giudice costituzionale al fatto e agli attori che attorno ad esso si agitano, ancorché l'esame di una *res in judicium deducta*, pur occasionato da una specifica e concreta fattispecie, tenda poi ad allargarsi necessariamente e per gli effetti operativi all'orizzonte applicativo più ampio possibile alla norma censurata.

E allora vediamolo, il fatto *de quo*, come lo ricostruisce in una dolorosa sintesi e facendo la cronaca degli eventi rilevanti una studiosa, tra le tante voci che sono state attratte dalla fattispecie, nessuna delle quali è stata silente su alcuno dei tratti anche minimi di essa, per la sua peculiarità.

«Fabiano Antoniani (detto Fabo) era affetto da tetraplegia e cecità bilaterale corticale (dunque permanente) a seguito di un incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014. Non era autonomo per lo svolgimento delle basilari funzioni vitali (respirazione, evacuazione), né per l'alimentazione. La sua condizione gli cagionava gravi sofferenze fisiche, lasciando per contro inalterate le funzioni intellettive. Dopo il fallimento di numerose terapie riabilitative e presa coscienza dello stato irreversibile della propria condizione, Fabo maturò la decisione di porre fine alle sue sofferenze, comunicando ai propri familiari il proposito di darsi la morte. Malgrado i tentativi di dissuasione, portati avanti soprattutto dalla madre e dalla fidanzata di Fabo, il suo proposito divenne sempre più radicato. Il 27 febbraio





2017, presso l'associazione svizzera *Dignitas*, Fabo ha trovato la morte attraverso una pratica di suicidio assistito. Il giorno successivo Marco Cappato si è presentato presso i Carabinieri di Milano, dichiarando che aveva accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, affinché lo stesso potesse dar seguito alla propria decisione di darsi la morte»⁴.

Alcune domande sorgono immediate a chi abbia letto queste parole, o altre simili: chi aveva ammesso di avere materialmente aiutato il giovane e sfortunato uomo che lo aveva fatto contattare ad andare in Svizzera per il suo ultimo viaggio aveva in questo modo co-determinato, insomma rafforzato, o comunque agevolato, un proposito suicidario, che come si è appena letto precedeva peraltro – anche nella sua fermezza – detto contatto, ovvero si era limitato ad un gesto di umana *pietas* (il trasporto in una clinica fuori dallo Stato) nei confronti di un soggetto già deciso a finire di vivere e, nell'osservare tale suo comportamento, è stato con lui solidale o sarebbe stato moralmente doveroso dissuaderlo dal gesto che egli si era proposto?

L'istigazione e l'aiuto al suicidio sono condotte ritenute equivalenti, quanto alla potenzialità lesiva del bene giuridico da proteggere, ossia la vita dell'aspirante suicida (se esso, beninteso, sia ancora tale) e quindi nella sanzione dalla disposizione codicistica oggi vigente (art. 580 c. p.) ed essa è stata indubbiamente proprio per tale – secondo alcuni – irragionevole equiparazione, in ordine alla sua legittimità costituzionale.

⁴ Le parole sono tratte dal contributo di A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2018, nota 2, che va segnalato non soltanto per tale attenta ricostruzione cronologica degli eventi, ma altresì per l'approfondita valutazione degli effetti giuridici del caso. Una puntuale ricostruzione dei fatti *ante causam* e relativa discussione critica è ad esempio, tra le altre, anche quella di C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?* sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri", in corso di pubblicazione in *Rivista di Biodiritto*, 3/ 2018. Una ulteriore ricostruzione (come le precedenti, tanto dei fatti, quanto anche di ordine processuale) della vicenda qui in esame che si ferma a prima dell'ultimo sviluppo, in ragione della data di pubblicazione, era stata ancora prima offerta da D. NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabio e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, ivi, 3/2017, 355 ss. Tra gli scritti in argomento pubblicati sempre in *Diritto penale contemporaneo*, adde, in precedenza, quelli di P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, 22 maggio 2018 e, ancora prima, di P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritti ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, 5/2017, 381 ss.; Id., *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, 7-8/2017, 256 ss.; R. E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, 10/2017, 143 ss.; successivamente, invece, quelli di D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, 7-8/2018, 57 ss. e di R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, 10/ 2018, 97 ss. Atti processuali, video delle udienze e materiali dottrinali relativi al caso sono infine pubblicati nella pagina *in progress* ad esso dedicata dalla *Rivista Giurisprudenza penale.com*, a cura di G. STAMPANONI BASSI, ove si leggono anche gli atti del Convegno *Questioni di fine vita e libertà: il procedimento Cappato davanti alla Corte*, Roma, Senato della Repubblica, 13 giugno 2018. Gli ultimi atti processuali disponibili in tale sede sono le note di udienza dell'Avv. F. GALLO e di V. MANES, quest'ultimo anche in veste di legale, qui peraltro in forma di (colto e ricco di suggestioni) articolo annotato, *È ancora suicidio?*: «È ancora suicidio il congedo dalla vita scelto, dolorosamente, drammaticamente, da chi vive una situazione in cui il corpo si è ormai congedato dalla persona?», ivi, 5. Sul sito di *Radio Radicale* si rinviene infine la registrazione del seminario *Il caso Cappato davanti alla Corte Costituzionale*, Bologna, 12 ottobre 2018, con introduzioni di G. DI COSIMO, S. CANESTRARI, A. MORRONE e interventi dei partecipanti.

Che cosa peraltro significa qui “aiuto”, ossia se la parola identifichi un’azione solo materiale e quanto – e cioè fino a quale punto rilevante, nella catena di eventi che conduce all’esito atteso – o si estenda anche all’ambito “morale”, vale a dire se chi comunque (la disposizione recita «in qualunque modo», n. d. r.) aiuta una persona a sopprimersi – materialmente o moralmente – perciò stesso ne agevola l’intento, è controverso.

Interrogandosi più a fondo, da un lato ci si può chiedere chi e fino a quale punto abbia il diritto di decidere al posto di un altro se il continuare a vivere, nelle condizioni date, sia o no per questa persona sopportabile; dall’altro – e all’opposto – se non sussista il rischio, inquadrando il suicidio come possibile espressione (almeno a date condizioni e per motivi non futili) di autodeterminazione della persona, di far perdere la percezione della tragicità e irreversibilità di tale opzione, di banalizzarne la sostanza che è invece prega di gravosità etica, di (in un certo modo) “burocratizzarla” e disincarnarla, proceduralizzando il percorso verso di esso e ancorandone la correttezza o meno al verificarsi o alla contrapposta non integrazione, sotto il profilo formale, di presupposti legalmente prefissati, avviandone insomma la praticabilità – sia pure in casi comunque estremi – lungo un «pendio scivoloso (*slippery slope*)».

Tragic choices, ci ha da tempo ammonito, di fronte a domande del genere, il grande Maestro italo-americano del diritto Guido Calabresi; dilemmi prima filosofici e solo poi giuridici, che aprono a riflessioni radicali sull’essere, il dover essere, il poter decidere o meno del proprio (o dell’altrui) non volere più essere, per come finisce di esserne investita la portata «nell’età della tecnica»⁵.

4. (segue) b) le opposte strategie argomentative delle parti confrontatesi nel giudizio di merito

Erano comunque partite dall’autodenuncia due strade di possibili strategie alternative di argomentazione sul caso.

Cappato, esponente radicale, ha fatto il suo “lavoro”, per così dire: con la sua ammissione lo ha fatto scoppiare, secondo quanto del resto voleva, proprio come altre storiche espressioni dello stesso movimento avevano fatto prima di lui, impegnando alla bisogna la loro stessa corporeità in atti (ovviamente pubblici) di disobbedienza civile, onde ottenere un puntuale mutamento legislativo: Marco Pannella, che fumò non nascostamente marijuana per sollecitare la depenalizzazione delle droghe

⁵ Giustamente l’autrice di quella che resta ancora, ad avviso di chi scrive – benché ormai molto antecedente rispetto agli sviluppi giuspositivi in materia – la più impegnativa riflessione sistematica ad oggi disponibile sui dilemmi del fine vita nella nostra tempesta storica, ossia la già (per altro contributo) richiamata C. TRIPODINA, *Il diritto nell’età della tecnica: il caso dell’eutanasia*, Napoli, 2004, osserva, in una delle sue molte riflessioni che attualizzano l’ampio sforzo critico-ricostruttivo appena citato (Id., *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*; in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale. «Casi difficili» alla prova*, a cura di M. CAVINO e della stessa, Milano, 2012, 42), che: «La nascita e la morte divengono “casi difficili” per il diritto nel momento in cui escono dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio e dunque di scelta. Quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio, laddove la natura non lo permetterebbe; quando la scienza medica consente di mantenere a oltranza una vita, laddove la natura farebbe sopraggiungere la morte, nascere e morire cessano di essere solo fatti di cui prendere atto per divenire diritti da rivendicare: il diritto a procreare artificialmente e il diritto a morire naturalmente».





leggere, ma anche Adele Faccio, Adelaide Aglietta, Emma Bonino, esse pure autodenunciate per procurato aborto, nella battaglia politica per giungere a una legge che permetesse l'interruzione della gravidanza, ricorrendo determinati presupposti.

A fronte della scelta di mantenere vigile l'attenzione al tema e di pervenire a una soluzione tendenzialmente generale e normativa su di esso (assecondata dal g.i.p. di Milano e dalla Corte di Assise, essendosi rifiutato il primo di archiviare l'autodenuncia, come invece era stato richiesto dai pubblici ministeri che l'avevano presa in carico, con successiva formulazione dell'imputazione coatta, *ex art. 409, 5° comma, c. p. p.* e avendo riproposto la seconda la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., già avanzata dai pubblici ministeri, subordinatamente alla reiezione della loro richiesta di archiviazione; ma su questo si veda oltre), si sarebbe potuta aprire tuttavia anche una strada di minimizzazione – *rectius*: di circoscrizione – e di rapida (non si dice indolore) chiusura della vicenda, implicata del resto anche dalla posizione in rito, sommariamente riassunta sopra, dell'Avvocatura erariale.

Questa via, come si è appena detto e di seguito meglio si illustra, era stata appunto tentata dai pubblici ministeri della procura milanese, territorialmente competenti perché la condotta di Cappato – in ogni caso residente in tale città – ossia il caricare l'interessato sull'automobile opportunamente adattata dello stesso per accompagnarla oltre confine era iniziata lì e trovando dunque ingresso in proposito l'art. 6, c. 2°, c.p., che per radicare il legittimo intervento inquirente del magistrato richiede che un'azione sia iniziata in un dato luogo, quand'anche si tratti di un frammento di per sé inidoneo ad integrare anche il solo tentativo di reato (Cass. pen. IV, 6376/ 2017).

Dopo una ricostruzione piena di *pathos* e che tra l'altro metteva pienamente in evidenza tanto la costante, piena capacità di intendere e di volere da parte del giovane, quanto l'autonoma formazione progressiva del proposito suicidario (maturato dopo essersi addirittura sottoposto a cure mediche in India, consistenti in un trapianto di cellule staminali, foriero di un solo iniziale miglioramento, ma purtroppo al consuntivo inefficace, prima di ricercare l'incontro con l'imputato), un'interpretazione costituzionalmente orientata portava infatti l'accusa prima a restringere l'interpretazione della norma applicabile alla fatispecie all'ipotesi del solo “aiuto materiale” al suicidio, poi a identificare il contenuto di questa espressione nelle sole attività di verifica della sussistenza dei presupposti di applicazione della legge elvetica, poste in essere dal personale della struttura cui l'imputato aveva affidato il passeggero, una volta giunti a destinazione, non dunque da lui in prima persona e a richiedere pertanto l'archiviazione della *notitia criminis*.

Un analogo effetto sostanziale di attenuazione dei riflettori avrebbe potuto poi essere raggiunto prima dal collegio decidente sul merito, se esso avesse ritenuto a sua volta di accogliere la tesi principale dell'accusa e in seguito nell'ipotesi in cui la Corte Costituzionale avesse ritenuto di pronunziarsi per l'inammissibilità della questione sottopostale dalla Corte di assise, stimolata in subordine proprio dai pubblici ministeri e argomentandola dalla mancata esplorazione – da parte del giudice *a quo* – proprio della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 580 c. p., pur affermata nel “diritto vivente” del foro. Una (invero quasi isolata) sentenza aveva infatti ritenuto applicabile la norma incriminatrice appunto nel solo caso di diretta partecipazione al momento suicidario e

non già in ordine a quello del previo mero accompagnamento in Svizzera e non essendo dunque fondato l'assunto⁶.

A parere dei pubblici ministeri che hanno proceduto nel caso in esame, «esiste un diritto all'autodeterminazione ed alla dignità, da cui deriva un vero e proprio diritto costituzionalmente garantito in capo al malato irreversibile o terminale, le cui condizioni possano essere considerate lesive della umana dignità, a chiedere ed ottenere aiuto per porre fine alla propria esistenza»: così, testualmente, nella loro memoria a sostegno della questione di legittimità costituzionale sollevata dopo la reiezione della richiesta di archiviazione.

L'opposto avviso del g.i.p. ha imposto di pervenire invece a formulare l'imputazione con un'ordinanza altrettanto articolata dell'istanza dell'accusa di archiviazione (quest'ultima assecondata da una memoria sostanzialmente in termini della difesa e dunque l'effetto è stato alla fine quello di gettare e mantenere un fascio di luce sulla vicenda).

Luce ovvero ombra (o penombra) nell'esecuzione di pratiche suicidarie (o di aiuto all'autosoppressione, o ancora e più radicalmente di soppressione pietosa di altri, consenienti, che si vedano soffrire indicibilmente): anche valutare tale preliminare opzione è determinante per farsi un'idea corretta in proposito.

Non dissimile da quella in questo caso alla fine percorsa era stata la strategia di visibilità di Piergiorgio Welby, di Beppino Englano per sua figlia Eluana e – pur se a tale caso, non identico, non si è dato alcun seguito giudiziario – di Marina Ripa di Meana, che scelse di dare evidenza pubblica, con un video-testamento reso noto da Maria Antonietta Farina Coscioni, alla sua scelta (diversa dal suicidio assistito in Svizzera, cui pure ella dichiarò nella circostanza di avere in un primo tempo pensato) della fine procurata mediante cure palliative, accompagnate da sedazione profonda⁷.

⁶ Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, imp. T.***, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308 ss., con nota di C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*; 308 ss.; F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. Pen*, 1/ 2017, II, 31 ss.; per un precedente in termini, si veda Corte d'Assise di Messina, 1997, imp. M.*** (si trattava di un caso di doppio suicidio concertato tra due amici molto depressi, ad uno soltanto dei quali il proposito era andato ad effetto, perché l'altro – risvegliatosi dal torpore indotto da medicinali assunti – si era pentito del gesto), richiamato da ultimo da A. MASSARO, *op. cit.*

⁷ Già in precedenza, in tema, *Eutanasia e diritto, Confronto tra discipline*, a cura di S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, Torino, 2003. Un ampio esame recente delle differenti fattispecie – logicamente contigue, ma non sovrapponibili, né in fatto, né in diritto – che si inquadrono nel fenomeno del consapevole darsi la morte, o dell'aiuto ad altri a farlo per ragioni pietose, in condizioni estreme di vita, è nell'ampia monografia di U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, che analizza anche i casi notevoli nella giurisprudenza della Cedu, di cui si dice brevemente oltre nel nostro testo, traendone spunto dalla discussione fattane dalle parti del processo. L'analisi delle prospettive sia filosofiche, sia pratiche (per riassumerle in un solo termine e pur dovendosi fra esse distinguere) eutanasiche sollecitano è invece nell'altrettanto denso volume *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, II, *La prospettiva filosofica teorie dei diritti e questioni di fine vita*, a cura di I. BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO, Torino, 2016, preceduto nel medesimo anno e presso lo stesso editore da un alto, a cura di A. LANDI e A. PETRUCCI, di identico titolo, ma dedicato a esplorare – nell'ambito di un progetto unitario di ricerche – *La prospettiva storica*, composto anche da saggi nei quali l'omicidio del consenziente e il suicidio nell'esperienza romana classica (oggetto di taluni interventi) sono invero accostati a una morte figurata, ossia quella 'civile' del debitore. Analogo inventario critico della pluralità degli sguardi e delle sensibilità che possono manifestarsi all'interno della medesima angosciosa situazione esistenziale è ancora nel volume di poco precedente a quelli





Proprio i casi Welby ed Englano, nonché gli eventuali limiti costituzionali e convenzionali (nel senso della Cedu e della Convenzione di Oviedo) del principio di indisponibilità del diritto alla vita sono stati tuttavia fatti oggetto – da parte degli uffici giudiziari che sono stati coinvolti nella cognizione di quello rimasto allo stato aperto – di letture e ricostruzioni che sono giunte a conclusioni opposte.

Secondo l'ordinanza del g.i.p., che valorizza il percorso e gli assunti motivatori di Cass., I, 3147/ 1998, di tenore opposto a quello della richiamata sentenza vicentina, a mente della «teoria condizionalistica, una condotta può essere considerata come causa di un evento se non può essere mentalmente esclusa senza che venga meno anche l'evento», beninteso «onde evitare che tale meccanismo consenta un regresso all'infinito» ponendo attenzione «all'elemento soggettivo (dolo / colpa), che consente di sceverare quelle condotte che assumono rilevanza rispetto alla fattispecie considerata» e che, nel caso in esame avrebbero compreso, quali condotte di agevolazione, secondo tale ricostruzione, anche la previa informazione al giovane sulle possibilità alternative per realizzare il suo proposito letale, il procurargli un contatto con la struttura oltre confine, infine (e solo a questo punto) il suo accompagnamento in tale luogo e la consegna dello stesso agli addetti.

Anche il g.i.p. esamina come si è detto le vicende Englano, Welby e (guardando fuori dall'Italia) quelle di cui alle sentenze rilevanti della Corte EDU.

Se dunque, dall'analisi di *Pretty v. UK* del 2002, i pubblici ministeri rilevano che essa, pur apparendo a una prima lettura "chiusa" all'autodeterminazione individuale, apre in verità alla possibile valutazione delle circostanze specifiche della situazione oggetto del giudizio, il g.i.p. deduce invece da essa (e inoltre da *Haas contro Svizzera*, 2011; da *Koch contro Germania*, 2012 e da *Gross contro Svizzera*) che un diritto di morire, in circostanze che rendano non sopportabile la prosecuzione della vita, non è evincibile dalle fonti sovrannazionali e tantomeno da quelle interne cui può ricondursi la fattispecie in discorso, nonché in particolare che il pressoché generale disfavore verso una legittimazione dell'aiuto ad altri a morire – salvo che in quattro ordinamenti statali dei Paesi aderenti alla Conven-

appena ricordati di S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, 2015. Un breve esame (peraltro dichiaratamente orientato, fin dal titolo) delle dottrine filosofiche che condannano o giustificano la pratica eutanasica è inoltre quello di R. CONTE, *Per l'eutanasia. Note minime sul diritto a decidere della vita e della salute*, in *Nóema*, 3/ 2012, 1 ss., mentre F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, *Digesto disc. pen.* IV, Torino, 1990, 423 ss. distingue eutanasie collettive – quelle ad esempio disposte dai medici nazisti e autorizzate da un decreto dell'ottobre 1939, all'esordio della seconda guerra mondiale (si veda in proposito J. LIFTON, *I medici nazisti*, trad. it., Milano, 1988, per l'indicazione della fonte normativa, relative a «vite indegne di essere vissute») – e individuali. Un'esemplificazione e una classificazione dei motivi – non dunque univoci – che portano in particolare al suicidio è offerta da L. CORNACCHIA, *Placing Care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss., ricordato da V. MANES, *op. cit.*, 5, nota 8 (ma si veda in genere l'intera sezione della rivista in cui è compreso questo saggio, a partire da A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, ivi, .223 ss., che discute le tesi di JOEL FEINBERG, esposte in *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford, 1984 -1988, in particolare nel volume III, *Harm to Self*, dedicato appunto al tema). Secondo il filosofo, come espone l'A. ult. cit., «il paternalismo non è una ragione sufficiente per la repressione penale. Essa sarebbe giustificata solo dall'*harm principle* o dall'*offense principle*, ovvero dal principio del danno, o dal principio dell'offesa. Detto altrimenti, si può punire chi reca un danno o un'offesa (nel senso di molestia) ad altri, ma non chi danneggia se stesso», ivi, 224; sule scelte di fine vita in tale ottica e le particolari cautele necessarie, anche in un'ottica antipaternalistica, attesa l'irreversibilità di una scelta mortifera, 234 ss.). Una netta presa di posizione favorevole a prospettive non paternalistiche nell'esame di questa problematica è anche l'elegante e approfondito studio monografico di L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

zione, che comunque circondano la scelta dell'opposta opzione di severe garanzie di decisione libera e controlli, nonché di possibilità di recedere dalla scelta suicidaria fino all'ultimo momento possibile – trovi radicamento nell'idea comune che «i rischi di abuso insiti in un sistema che facilita l'accesso al suicidio non possono essere sottostimati» (così in Koch).

Il giudice offre anzi un'interpretazione restrittiva di Gross, in genere ritenuta (come già Haas) una sentenza che legittimerebbe in via di principio a l'assistenza al suicidio, stante la particolarità della legislazione elvetica sul punto, asserendo che (seppure nella fattispecie la Corte avesse riconosciuto essere stata integrata una violazione dei parametri convenzionali di solito posti a base di ricorsi e decisioni di casi del genere, ossia degli artt. 2, *diritto alla vita* e 8, *diritto alla vita privata*) nondimeno alla ricorrente – non ammalata terminale, né denunciante un deperimento organico decisivo, bensì fortemente depressa – non potesse riconoscersi una violazione del suo diritto di rinunciare alla vita, siccome ella pretendeva essere avvenuto coi ripetuti rifiuti di fornirle il farmaco letale da parte delle strutture in astratto competenti, per la vaghezza delle linee guida mediche alle quali la legislazione di quel Paese fa rinvio per concorrere a disciplinare la fattispecie.

La sua conclusione è che «non si può (...) condividere la presenza (*id est*, essendo l'espressione ellittica: «la tesi della presenza», n. d. r.) di un diritto al suicidio, ove la vita sia divenuta motivo di particolare ed esasperante tormento – psichico e fisico – per l'individuo *“nei casi di malati terminali o con patologie gravissime ed irreversibili”*⁸. Una simile impostazione, infatti, porrebbe in grave crisi il diritto alla vita e, soprattutto, lo piegherebbe in modo improprio all'esercizio dell'autodeterminazione: in nome di un criterio soggettivo di dignità, la *ratio* di tutela del bene vita muterebbe, rimanendo protetto il bene vita soltanto ove accompagnato dalla volontà di conservarlo. Dunque, il vero bene protetto dalle stesse norme che puniscono l'omicidio non sarebbe più la vita, ma la volontà di vivere: ovvero, si finirebbe per annullare il senso stesso degli artt. 579 e 580 c.p., concepiti proprio per evitare che il consenso a morire, espresso da persone evidentemente deboli, possa essere sfruttato per finalità abiette e riprovevoli», anche se si concede che esse non sono quelle «coltivate dall'indagato che ha ritenuto, viceversa, di operare nell'interesse di Antoniani».

Si tratta (come si può constatare) di posizioni radicalmente opposte e non suscettibili di mediazione: la prima forse una fuga in avanti, che ritiene di poter dedurre interpretativamente dai materiali normativi e giurisprudenziali richiamati a sostegno della propria tesi l'esistenza di un diritto al suicidio in casi gravi e determinati, obiettivamente però non chiaramente affermato da tali testi; la seconda una fuga però all'indietro, allorquando postula di fondare le proprie argomentazioni sull'assunto (così nel testo, par. 8) che «il rifiuto dell'interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p. deriva dall'analisi tecnica del preceppo in esame, com'è doveroso che sia in un sistema che annovera, tra i propri cardini, la legalità formale e la dipendenza del giudice dalla sola legge».

Nel primo caso, il risultato che si intendeva raggiungere era perseguito (nel merito, quindi prima ancora di proporre l'eccezione di costituzionalità) da una frammentazione della catena degli antecedenti

⁸ Il corsivo è del testo, che cita l'atto dell'accusa; su questa base, in subordine, essa ha sollevato questione di legittimità costituzionale, mentre l'analogia questione posta nella circostanza dalla difesa di Cappato si riferisce a una censura di illegittimità costituzionale dell'art. 580, nella parte in cui non configura un diritto al suicidio *“in ragione di condizioni di vita ritenute non più dignitose”*: la seconda formulazione è dunque più aderente al caso, mentre quella dei pubblici ministeri più larga, giacché Antoniani, pur afflitto da patologie gravissime e irreversibili, non era in condizioni di vita terminale.





ti concausal dell'evento che marginalizzava e minimizzava quelli posti in essere direttamente dall'imputato, dipinto prima come un asettico informatore sulle alternative che si aprivano a chi intendesse suicidarsi e poi quale un mero autista.

Nel secondo, la finezza del ragionamento è dispiegata a legittimare un risultato invero paradossale. Riportiamo il passo a nostro parere più opinabile:

«La ricostruzione offerta dal PM appare aporetica sotto un ulteriore aspetto. Quand'anche si ammettesse che a certe condizioni (malattie terminali o irreversibili, dolore fisico insopportabile, percezione dell'indegnità dell'esistenza) la vita possa essere interrotta perché la sua prosecuzione viola la dignità umana, si introdurrebbe un'evidente sperequazione nella tutela della vita umana, in quanto vi sarebbero *vite meritevoli di essere vissute* ed esistenze *non meritevoli* (i corsivi sono testuali, n. d. r.). Le prime, mai sacrificabili, e protette sempre da qualsiasi ingerenza esterna; le seconde, invece, rinunciabili in quanto indecorose, laddove, però, una simile valutazione andrebbe riconosciute soltanto in presenza di requisiti non particolarmente limpidi e, soprattutto, di difficile accertamento (che cosa si intende per malattia irreversibile? Come viene accertata la volontà suicida aria successivamente al decesso per le persone sole il cui unico affetto è quello della persona che lo ha aiutato a togliersi la vita?)».

La giusta preoccupazione che non si incoraggi l'induzione dall'esterno ed in condizioni di ovvia e comprensibile esasperazione e pertanto di debolezza psicologica del sofferente di un proposito suicidario, porta infatti – pur dopo un omaggio al principio di autodeterminazione che resta però qui un riconoscimento privo di conseguenze coerenti con tale assunto – a sottovalutare che, nel caso in esame (e dunque in quelli in ipotesi analoghi che si dessero in futuro), la percezione dell'indegnità e dell'insostenibilità della condizione di vita che nell'effettività si viene dolorosamente svolgendo è quella *propria dell'interessato medesimo*, che appunto la ritiene tale, sia per l'immagine che egli aveva di se stesso prima della malattia, sia per le indicibili sofferenze nelle quali si trova (circostanze che non vengono in discussione nel caso di specie, essendo pacificamente ammesse da tutti i soggetti costituiti e deducibili dalle sommarie informazioni testimoniali agli atti), in sostanza a ritenere ragionevole che l'ordinamento decida esso, una volta per tutte che *ogni vita, in qualsivoglia condizione, è sempre degna di essere vissuta e non è dunque rinunciabile*, indipendentemente da quanto non già altri per lui, ma il medesimo sofferente ritenga di potere sopportare e non certo per motivi futili⁹.

Una lettura della disposizione sotto esame che dunque, più che semplicemente ergersi a difesa della «legalità formale» e della «dipendenza del giudice dalla sola legge», si attesta su un versante che potrebbe venire definito formalistico e di pietrificazione del tenore apparente della lettera della disposizione, della quale viene esclusa ogni esegesi evolutiva minimamente ragionevole, al confronto con circostanze del fatto specifico che non possono non rilevare e così orientare l'interprete.

⁹ I presupposti ideali di siffatta posizione sono assonanti con quelli enunciati in sede giornalistica da P. BINETTI, *Suicidio assistito: piaccia o non piaccia, leggi e principi ci sono*, in *Avvenire*, 27 ottobre 2018, per la quale, in sintesi, «Ci opporremo alla volontà di morte che serpeggi in tanti ambienti. L'aiuto al suicidio di Dj Fabo c'è stato: la Corte doveva ribadire un principio che attraversa la Costituzione». Un lucido ripensamento critico recente di letture formalistiche delle norme penali e una proposta di temperamento di rigidità interpretative letteralistiche sono invece (con rinvii alla dottrina pregressa) in V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/12, 99 ss.

In sostanza, non si verteva (nel caso all'esame della Corte) in una ipotesi di eutanasia imposta ai «malriusciti», che lasciava ai medici l'onere della scelta se procedere o meno a dare la “dolce morte”, come nel caso delle direttive del nazismo in proposito che si sono prima richiamate in nota: non esiste alcuna vita e alcuna condizione indegna di essere vissuta *per giudizio altrui*, né essa può essere tale *anche nel giudizio dello stesso sofferente*, ove non si radichi in una situazione però di verificabile insopportabilità di mali fisici, non lenibili efficacemente nemmeno con la loro palliazione (su questo profilo si tornerà peraltro alla fine).

5. (segue ancora) c) la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Assise di Milano

Nell' ordinanza con la quale la Corte di Assise di Milano ritiene appunto di sollevare il dubbio di legittimità costituzionale, così accedendo alle tesi condivise dall'accusa e dalla difesa dell'imputato, il dispositivo viene in sostanza anticipato già all'inizio della parte motiva, per essere quindi illustrato in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione.

Il riferimento è ai parametri di cui agli artt. 3, 13 (2° comma), 25 (2° comma), 27 (3° comma) della Costituzione, in punto di ancoraggio della previsione ragionevole della sanzione penale alla (determinante o meno) offensività della condotta accertata e agli artt. 2, 13 (1° comma) e 117, sempre della Costituzione, ma in relazione (per l'ultima disposizione richiamata) agli artt. 2 e 8 della Cedu, in punto di riconoscimento all'individuo della libertà di come e quando morire, onde «solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione possano costituire offesa al bene giuridico tutelato dalla norma (l'art. 580 c. p., n. d. r.) in esame».

La valorizzazione argomentativa del profilo della presenza o dell'assenza della concreta offensività del gesto in ipotesi aiutato, in una specifica e molto particolare situazione data, ai fini della sua sanzionabilità (che dunque minimizza o azzerà il rischio che la valutazione venga imprudentemente generalizzata), profila in sostanza in direzione della autodeterminazione la volontà suicidaria, facendo rileggere alla luce del principio personalistico-solidaristico la norma la cui costituzionalità è oggi indubbiata, in origine dettata per scoraggiare esemplarmente tentativi di imitazione, quand'anche il tentativo di suicidio in sé non fosse e non sia in se stesso qualificato come illecito (del suicidio riuscito non è ovviamente nemmeno da parlarsi, *sub specie juris*)¹⁰.

Purtuttavia, in un punto decisivo l'ordinanza del g.i.p. di Milano nel giudizio *a quo*, per quanto essa possa venire discussa (ed è appunto questa l'opinione di chi qui scrive, come si è sopra detto) nella assolutezza dei presupposti assiologici che afferma, non ha torto e nella sostanza la Corte Costituzionale ne ha condiviso l'assunto, laddove si ricorda che «[L]e pronunce additive, quali quella invocata, sono quelle in cui la Corte Costituzionale dichiara l'incostituzionalità di una determinata disposizione “nella parte in cui non prevede” qualcosa che dovrebbe costituzionalmente prevedere, supplendo a un'illegitima omissione del legislatore. Sono definite *sentenze a rime obbligate* (corsivo testuale, n. d. r.), perché “una decisione additiva è consentita soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere il frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legit-

¹⁰ Così V. MANZINI, *Diritto penale*, III, Milano, 1951, 96, citato ancora da V. MANES, *È ancora suicidio?*, cit., 4, nota 6.



timità, sì che la Corte in realtà procede a un'estensione logicamente necessaria e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata (C. Cost., 109/ 1986)».

Le soluzioni giuspositive altrove disponibili sull'eutanasia¹¹ non consentono infatti e obiettivamente valutate di dire che la discussione in materia, resa peraltro stringente dalla constatazione che il prolungamento della vita umana per i progressi della medicina non si accompagna ad analogo avanzamento tecnologico nel restituire qualità alla vita (non secondo canoni astratti, beninteso, ma nella prospettiva valoriale dello stesso sofferente), abbia raggiunto oggi – in Italia e altrove – un punto sul quale sia intervenuto un sufficiente consenso, generale o almeno con ragionevole sicurezza prevalente e altrettanto deve dirsi esaminando gli arresti giurisprudenziali al riguardo.

Si pensi alla solo recente apertura della giurisprudenza della Corte Suprema canadese¹², dopo che però si era registrata in essa una molto risalente netta chiusura, al dibattito australiano¹³, al contra-

¹¹ Per il caso dei Paesi Bassi, si veda S. MORATTI, *L'eutanasia in Olanda tra etica e diritto*, Piacenza, 2010; per un attento e informato panorama normativo recentissimo più ampio delle opposte soluzioni in diritto comparato, che si conclude con un ragionevole appello a non lasciarsi intimorire dal rischio pur esistente di abusi nell'applicazione di normative aperte a decisioni individuali nella situazione di un fine vita intollerabile, per continuare a discuterne, si legga C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1/2018, 3 ss. e già del medesimo – con riferimento a una nota e tormentosa vicenda occorsa in Francia e che ha molto impegnato dottrina, giurisprudenza, opinione pubblica e associazionismo *pro choice* e *pro life* – *Un diritto difficile. il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 9/ 2015, 489 ss. Anche A. D'ALOIA, voce *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Digesto – Disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, 300 ss., che pure dichiaratamente attesta la sua intera trattazione sulla distinzione tra eutanasia passiva e attiva, cioè tra il lasciarsi morire contrapposto al (rivendicare il) diritto di morire o di lasciarsi uccidere, permette a una rassegna critica delle soluzioni comparate, aggiornata al tempo della pubblicazione, la constatazione che alla fine «oggettivamente le due categorie tendono a confondersi o a sovrapporsi e diventa davvero complicato dire se una determinata vicenda rientra nell'una o nell'altra; se si tratta semplicemente di non obbligare qualcuno a vivere le ultime fasi della sua vita in balia di una gestione tecnologica inutile e contraria alla sua volontà, realizzando così nient'altro che la pretesa del soggetto "di preservare la propria naturalità", oppure di realizzare un suo diritto (una sua rivendicazione) ad uccidersi o ad essere ucciso» (ivi, 340).

¹² Si tratta, com'è noto, di *Carter versus Canada*, del 2015, che ha sottoposto a *overruling* i principi affermati all'epoca in *Rodriguez versus Columbia*, del 1993: una decisione ormai abbastanza lontana, alcuni dei cui argomenti (la sacralità e irrinunciabilità della vita, il timore dello *slippery slope*) sono, come si vede, presenti nella nascente discussione italiana in proposito. Interessante è notare che – con scelta simmetricamente opposta rispetto a quella del giudice costituzionale italiano – la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'incriminazione del suicidio assistito senza che sia prevista eccezione alcuna, ma ha sospeso l'operatività degli effetti della sua decisione per un anno, confidando in un intervento *medio tempore* del Parlamento, mediante applicazione di una prassi ad essa consueta, fin dal precedente del 1985 *Reference re Manitoba Language Rights*. Si vedano nella nostra dottrina F. GALLARATI, *Canada. La Corte Suprema apre la strada al suicidio assistito*, in *DPCEonline*, 2/ 2015, 305 ss.; A. Di MARTINO, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio Costituzionale - Aic*, Aprile 2015; E. STEFANELLI, *Carter v. Canada. La Corte suprema canadese ritorna sulla questione del suicidio assistito e dichiara l'incostituzionalità del divieto generalizzato*, in *Diritti Comparati*, 7 Maggio 2015; Id., *La Corte suprema del Canada, il suicidio assistito, l'uso dei precedenti. Brevi note a margine del caso Carter v. Canada (Attorney General)*, in *Federalismi.it*, 3 luglio 2015; M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele*, in *DPCE online*, 2/2015, 215 ss.; S. RODRIQUEZ, *I "limiti" al diritto alla vita: la Corte canadese e il dialogo con Strasburgo*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2/2017; Il Parlamento canadese ha poi effettivamente legiferato, nel senso di aprire – a determinati presupposti – a tale pratica: si legga O. POLIPO, *La legalizzazione del suicidio assistito in Canada: quando i poteri costituzionali sono complementari*, in *Diritti*

sto tra la «privatizzazione dell'eutanasia in Svizzera» e la sua permeabilità, dunque, a logiche anche mercantili e la legislazione tedesca, che decisamente le vieta¹⁴.

6. Un ossimoro: qualche riflessione temporaneamente conclusiva

Se allora non abituale è la soluzione di cui all'ordinanza della Corte, che fa richiamo ai poteri regolatori del giudizio davanti a se stessa ed è imposta dalla mancanza di più forti strumenti di differimento degli effetti di una sentenza di incostituzionalità altrove esistenti, come si è all'inizio ricordato in nota e come essa riconosce, mentre gli sviluppi di merito di una possibile decisione possono intravedersi già oggi tra le sue righe, seppur siano stati rimessi ipoteticamente e in via di forzata supponenza decisoria al futuro, appare peraltro corretto sollecitare alle proprie responsabilità il legislatore.

Qui in realtà si è andati in effetti anche oltre: sono stati ad esso (e ai giudici che si trovassero di fronte a casi analoghi) indicati i modi e i termini logici e giuridici sui quali esercitare le proprie scelte politicamente o tecnicamente discrezionali, a seconda degli organi, è stato offerto/ segnato un perimetro entro il quale ciascuno possa muoversi.

Senza parere – e anzi in un *self restraint* denso di attenzione al rispetto dei ruoli e delle responsabilità istituzionali – la Corte ha confermato una sostanziale tendenza (se non solo e non tanto alla co-legislazione, per quanto si precisa qui poco oltre), quantomeno al ruolo di sollecitatrice del dibattito pubblico, specialmente su temi etici, che sfuggono agli schieramenti rigidi del “politico” per coinvolgere soluzioni e sensibilità trasversalmente collocate, rispetto a tale piano, non traducibili in schemi tassonomici semplificati, del tipo destra/ sinistra, conservazione/ progresso.

Già Bagehot faceva di quella “espressiva” la seconda – dopo quella dell’investitura del *premier* – delle funzioni fondamentali di un Parlamento rappresentativo, dunque della Camera dei Comuni¹⁵.

In una situazione storica assai diversa, recuperare ad assemblee elettive il ruolo di sede visibile e privilegiata (ovviamente assieme agli impulsi provenienti dal sistema politico e dalla stampa di opinione e nella chiave di una sistemazione di principio di precedenti arresti giurisprudenziali) di un dibattito pubblico che oggi tende piuttosto a isterilirsi e involgarirsi troppo spesso nelle *fake news* dei *social network*, ne implica una ri-nobilitazione, qualunque sia poi l’esito finale della discussione in argomento¹⁶.

penalecontemporaneo.it, 16 Novembre 2016, sul *Medical Assistance in Dying Act*, approvato il precedente 17 giugno.

¹³ F. BOTTI, *Una legge contestata: l'eutanasia in Australia*, in *Saggi sull'eutanasia*, a cura della stessa, Torino, 2011, 63 ss.

¹⁴ ancora F. BOTTI, *La privatizzazione delle pratiche di fine vita: il caso Svizzera*, ivi, 107 ss.

¹⁵ W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, trad. it., con un saggio introduttivo di G. REBUFFA, *Un'idea di Costituzione, W. B. e la regina Vittoria*, Bologna, 1995, 143.

¹⁶ M. RINALDO, C. CICERO, *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/ 2018, 1003 ss., concludono un’equilibrata ricostruzione di questo fascio di problemi, alla luce di un’analisi sul punto della legge 219/ 2017, facendo appello al principio di ragionevolezza e osservando problematicamente e in modo interlocutorio (ma altro, ad oggi, non può appunto farsi) che «[i]l processo del morire che rispetta la dignità del malato sottintende un concetto meramente soggettivo e storicamente relativizzato, poiché influenzato non solo dal proprio sentire individuale, ma da quello socio-ambientale. Nulla esclude, dunque, che nuove istanze sociali vengano in futuro accolte dal legislatore» (ivi, 1020).



Essa potrebbe del resto anche confermare la situazione normativa oggi esistente, ma in ragione di una motivazione ben diversa da quella che ispirò la soluzione codicistica dell'epoca, ossia concludendo che su una decisione eccezionale personalissima non si norma, perché la situazione esistenziale di vita cui ci si riferisce non può in realtà venire normalizzata, ossia e in sostanza perché ogni caso è diverso dall'altro.

Questo, in definitiva, significherebbe lasciare l'aiuto al suicidio e l'eutanasia pietosa al non detto e e al non dicibile, alla penombra della coscienza dilacerata e non alla luce dei tribunali.

Irriducibile è la "sovranità" del sofferente in condizioni estreme su se stesso, impenetrabili le sue motivazioni, ove non palesemente futili, ma almeno – rammentando Elias – resta intero l'obbligo (etico, prima che giuridico) di alleviarne la solitudine anche in tale condizione¹⁷.

È quanto corrisponde ad un progetto costituzionale che non è radicalmente individualistico, ma pensa la persona come interamente immersa in una rete di relazioni umane, in primo luogo votata alla *com-presenza* e alla *com-passione* degli affetti che essa abbia saputo costruire nei momenti felici della vita, come è evincibile dalla stessa formulazione letterale dell'art. 32 della Costituzione e dalla sua non unilaterale esegesi.

A parere di chi scrive, è saggio – in altri termini – avvertire, come bene è stato fatto, che «[L]a mediazione tra valori etici decisivi deve compierla la società, non la legge. Se i *dissói lógoi* etici riusciranno a orientare comportamenti pratici, come l'alleviamento del dolore con terapie palliative, e la compagnia di familiari, amici, medici, infermieri nel processo verso la morte, la questione dell'eutanasia potrebbe sciogliersi in una scelta etica, non legale»¹⁸.

Si è insomma sottoposto a critica penetrante l'approccio al problema fondato essenzialmente sull'«etica dei diritti»¹⁹, contrapponendolo a quello del solidaristico «prendersi cura», anche nell'accompagnare alla morte – se dalla terapia propriamente medica non è più possibile conseguire un effettivo beneficio fisico – e ragionando in tale ottica innanzitutto di cure palliative e del loro rilievo, ma se e sempre che davvero utili, nonché almeno dell'andarsene in presenza dei propri affetti, al fine di attenuare o sconfiggere il sentimento di abbandono di chi anche per questo motivo desidera pertanto essere aiutato a darsi la morte: un'ottica che, nel quadro di un dibattito complesso e di cui si avverte ormai l'urgenza (anche a prescindere dalla sua "giurisdizionalizzazione", che in siffatte materie rappresenta una strada che palesa sempre, al tempo stesso, vantaggi e limiti) deve avere anch'essa il peso che merita²⁰.

¹⁷ L'ovvio riferimento è a N. ELIAS, *La solitudine del morente*, trad. it., Bologna, 2011.

¹⁸ F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, 23 s. Superfluo sottolineare che il senso della frase riportata non è nel definire – a quel punto di maturazione cioè in presenza di un consapevole e perciò responsabile dibattito pubblico informato, che oggi in Italia manca, restando la discussione confinata nel perimetro di un confronto tra specialisti (medici, biologi, bioeticisti, ma anche filosofi morali e teologi) – illegale la pratica eutanasica attivata in condizioni estreme (precisare insomma che qui «non legale» non equivale a «illegal», ma rimanda al sostrato pre-legale e piuttosto etico-valoriale nel quale inevitabilmente affonda un diritto che non voglia ingannevolmente venire confinato nel mondo della mera *technicalità*).

¹⁹ Si veda tipicamente S. VIALE, *L'ultima frontiera dei diritti umani*, introduzione a D. HUMPRY, *Liberi di morire. Le ragioni dell'eutanasia*, Milano, 2007.

²⁰ R. BARCARO, *Decidere la fine della propria vita? Eutanasia attiva volontaria e suicidio assistito dal medico*, in *Medicina ed etica di fine vita*, a cura di M. COLTORTI, Quaderno n. 3 del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica, Napoli, 2004, 211 ss., che si richiama a S. WOLF, *Gender, Feminism, and Death. Physician-Assisted Suicide*

and *Euthanasia*, in *Feminism and Bioethics: Beyond Reproduction*, a cura della medesima, New York – Oxford, 1996, 282 ss. Se è concesso il rinvio, chi scrive ha sviluppato riflessioni in analoga direzione nel proprio *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, in Id, *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed. rivista e accresciuta, Torino, 2009, 175 ss.

Prove di *cross-talk* tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)**

*Stefano Agosta**

choice

CROSS-TALK ATTEMPTS BETWEEN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT ON BEGINNING OF LIFE ISSUES (FIRST NOTES)

ABSTRACT: The paper offers a comparison between the most recent case law of the European Court of Human Rights, of the Inter-American Court of Human Rights, of the Court of Justice of the European Union and of the Italian Constitutional Court concerning beginning of life issues with the intent of identifying a shared minimum standard of rights' protection. Even if this study would methodologically presuppose a "certain" theory of the Constitution, on the merits this comparison highlights a contradictory jurisdictional feeling of *attraction-repulsion* towards the problem of "embryo's personalisation". In the decisions taken into account, it is possible to identify a twofold distinct reductive and expansive trend: this depends on the concept of embryo, that could be intended either as something more than a good (ECtHR and Ic-THR) or as something less than a person (Italian Constitutional Court and Court of Justice of the EU).

KEYWORDS: Embryo; human dignity; state margin of appreciation; conception; medically assisted reproduction

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento e la tutela del diritto alla vita (*in senso biologico*) quale *minimum* comune condiviso ad un livello più profondo di tutte le esperienze giurisprudenziali scrutinate – 2. Una duplice premessa (di metodo e di merito) per poter accedere con uno sguardo più lucido e sgombro alle risultanze delle giurisprudenze messe a paragone in tema di diritto alla vita – 3. La laconicità del diritto vigente ed il contraddittorio sentimento di (formale) *repulsione* ma di (sostanziale) *attrazione* di quello vivente verso la delicata questione dell'animazione dell'embrione – 4. Il *trend* più *riduttivo* della condizione dell'embrione (considerato *quid pluris* di una *res*): la giurisprudenza IDU ed EDU a confronto – 5. (*Segue*): il *trend* più *espansivo* della condizione dell'embrione (ritenuto *quid minus* di una persona): la giurisprudenza eurounitaria e costituzionale a raffronto – 6. Dall'iniziale bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela alla successiva riaffermazione della *dignità*

** Testo rielaborato – ed aggiornato alla data del 15 novembre 2018 – della relazione svolta alle XI giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto* (Messina, 10-11 settembre 2018) i cui atti sono in corso di stampa a cura di R. Romboli e A. Ruggeri.

* Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina. Mail: stefano.agosta@unime.it. Lo scritto, anonimizzato, è stato sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

(in luogo della *vida*) dell'embrione: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana fino ai più recenti approdi e lo spettro del ricorso al Prot. n. 16 CEDU.

1. Il riconoscimento e la tutela del diritto alla vita (in senso biologico) quale *minimum comune condiviso* ad un livello più profondo di tutte le esperienze giurisprudenziali scrutinate

Tra i tanti possibili angoli visuali da cui riguardare alla complessiva tessitura della trama dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte interamericana dei diritti umani (d'ora innanzi, rispettivamente, giudice EDU ed IDU) e Corte costituzionale italiana – non sottacendo neanche taluni recenti sviluppi di cui si è reso protagonista pure il diritto vivente eurounitario¹ sul punto – un punto di vista senz'altro privilegiato è offerto dalle acquisizioni sul diritto alla vita per come andato progressivamente maturando nelle esperienze dei quattro sistemi appena richiamati.

Premesso che di argomentazioni a favore di una protezione del diritto alla vita *tout court* certo non può dirsi che ne mancherebbero – innanzitutto a motivo della stessa auto-evidenza che fisiologicamente connota tale situazione giuridica soggettiva attiva (al punto che pure un riconoscimento non testualmente espresso eviterebbe un'indicazione altrimenti tautologica²) – la scelta di assumere tale prospettiva ancora si impone per il precipuo rilievo giuridico che già sul versante dell'*an* la tutela del diritto in esame sopra ogni altra ha certamente assunto (e pare tutt'ora prepotentemente assumere) tanto sul piano dei *poteri* che tra gli altri *diritti*³.

Sotto il primo profilo, appena superfluo pare difatti ricordare come – in pressoché tutti i moderni sistemi democratici – la raggiunta soglia di protezione giuridica del diritto in parola plasticamente rappresenta una delle migliori testimonianze dell'effettivo grado di maturazione democratica dell'ordinamento considerato alle condizioni storiche di contesto date⁴. Sul connesso versante dei diritti, è poi parimenti innegabile come il delicato campo dell'esistenza umana abbia non di rado fatto da vero e proprio *leading case* per le giurisprudenze esaminate così come anche per i giudici statali (che di tali orientamenti non hanno potuto col passare degli anni che inevitabilmente risentire): è

¹ Per tale originale espressione, cfr. A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, n. 24/2009 e Id., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.rivistaaic.it (2 luglio 2010).

² ... avendo ad oggetto una pretesa a partire dal secondo dopoguerra non più controversa e *pro futuro* ragionevolmente non controvertibile: così A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1991, 476 ss.

³ In tal senso, P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, in L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012, 44.

⁴ Sul punto, P. DE STEFANI, *Diritto alla vita e doveri degli stati nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in www.centrodirittiumpiani.it, 2002, 1 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, AA.VV., *I diritti costituzionali*, I, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), Torino, 2006, 3 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2011; G. AMATO, *Costituzionalismo, diritto costituzionale e la bussola dei diritti*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2013, 1 ss.; L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016.





stato così che tanto le prime che i secondi hanno insomma gradualmente sperimentato nella materia *de qua* argomentazioni giuridiche come tali estendibili alla tutela di *altri* diritti appartenenti al proprio sistema di tutela giovandosi di un singolare, quanto benefico, “effetto di trascinamento” interpretativo.

Passando da quello giuridico appena esaminato al profilo pre-giuridico, la natura *primordiale* – e, perciò, incomprimibile – del diritto in questione non sembrava aver perso la propria innegabilità per l’individuo singolarmente considerato come pure per lo Stato nel suo complesso osservato⁵. A parte che si rivelerebbe non poco ingenuo postulare la protezione della vita dell’individuo senza contestualmente riconoscere quest’ultima come substrato logico ed ontologico di qualsivoglia altra situazione giuridica in capo allo stesso soggetto (che ne farebbe, probabilmente il diritto “per antonomasia”), è ovvio come anche l’ordinamento statale – in una delle sue componenti essenziali come quella della collettività sociale intesa quale “popolo”⁶ – non possa fare a meno dell’esigenza di preservazione dell’esistenza umana. Più (e prima...) che ad un catalogo di diritti fondamentali – per sua natura inevitabilmente non completo né esauriente – è difatti ad una c.d. precomprensione intuitiva (*Vorverständnis*)⁷, ad un *commune idem sentire* appunto di provenienza pregiuridica, che non può che essere affidata la cogenza di tale situazione giuridica soggettiva.

D’altro canto, anche quello Stato in cui l’elemento personale fosse esclusivamente rappresentato da schiavi assoggettati ad un unico padrone – pur negando *in limine* il riconoscimento al singolo consciato di ogni altro diritto inviolabile – come tale non potrebbe comunque prescindere dalla precondizione necessaria della vita umana (a meno di non voler rischiare la dissoluzione stessa dell’organizzazione statale)⁸. Diversamente dalle componenti rispettivamente del territorio⁹ e della sovranità¹⁰, il mantenimento in vita di una pluralità di individui, oltre che elemento costitutivo *fon-*

⁵ Per le considerazioni che seguono, volendo, S. AGOSTA, *Art. 2. Diritto alla vita*, in *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), Milano, 2017, 42.

⁶ In oggetto, C. ESPOSITO, *Contributo alla identificazione giuridica del popolo*, Firenze, 1984; R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 159 ss.

⁷ Sul punto cfr. almeno H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (Tübingen 1965), in G. VATTIMO (trad. it. a cura di), Milano, 1962, 34 e J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, in S. PATTI, G. ZACCARIA (trad. it. a cura di), Napoli, 1983, 28 nonché P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale europeo*, in AA.VV., *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000, 51 ss.

⁸ Così, A. SPADARO, *op. cit.*, 473; I. NICOTRA GUERRERA, *“Vita” e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997, 84 (e *Id.*, *Vita*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), Milano, 2008, 475 ss.).

⁹ In tal senso, *ex plurimis*, B. BALDI, *Stato e territorio: federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Roma, 2003; S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 2003, 115 ss.; I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010.

¹⁰ Sul punto, L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003. Per indicazioni più risalenti v. almeno G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto* e M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle istituzioni*, entrambi in *Riv. dir. cost.*, 1996, rispettivamente, 3 ss. e 124 ss. nonché L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998; F. LANCHESTER, *L’erosione della sovranità*, in *I*

damentale, ben potrebbe rappresentare componente *sufficiente* dello Stato. Mentre, difatti, non concepibile sarebbe «un ordinamento statale non retto da (né finalizzato a reggere) una pluralità di persone fisiche»¹¹, non altrettanto potrebbe dirsi invece a proposito di una realtà sociale in cui fosse venuta meno tanto la componente territoriale che sovrana.

Venendo in secondo luogo al piano del *quid* della protezione di tale diritto è poi opportuno precisare che grossomodo sotto due principali accezioni di «vita umana» si è ritenuto di sussudere la disamina giurisprudenziale che *infra* si è intesa svolgere: a seconda che essa inerisca, cioè, al diritto alla vita in senso *bio-grafico* (il quale, sottintendendo la libertà di formarsi una famiglia con prole, com'è intuitivo non può che riguardare quelle coppie che intendano mettere al mondo ed allevare dei figli¹²) ovvero a quello alla vita in senso *bio-logico*, come tale in altre parole ricomprensidente l'eventuale pretesa alla sopravvivenza biologica del nascituro e su cui adesso si appunterà maggiormente l'attenzione. Più rispondente ad evidenti ragioni di comodità espositiva che non alla realtà empirica dei fatti, è appena il caso di sottolineare come tale astratta contrapposizione finisce per essere il crinale che riserva allo studioso le più salienti considerazioni: fra tutte, innanzitutto quella per cui – oltrepassata una superficiale (e pressoché ineliminabile) barriera di più o meno ampia diversificazione sia *ab extra* (in particolare tra la giurisprudenza costituzionale ed i sistemi EDU ed IDU) che *ab intra* (tra gli stessi ordinamenti EDU e IDU)¹³ – ad un livello più profondo le pratiche giudiziarie esaminate sembrano presupporre tutte una sorta di *minimum* comune uniformemente condiviso. E ciò evidentemente a prescindere dall'appellativo con cui autorevole dottrina ha nel corso del tempo ritenuto di dover tenere a battesimo simile comune retroterra (indipendentemente dal fatto che lo si sia denominato cioè, ad esempio, «fertilizzazione»¹⁴, «ascendenza culturale»¹⁵ ovvero più semplice «influenza reciproca»¹⁶).

giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX, Torino, 1998, 153 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998.

¹¹ In oggetto, D. NOCILLA, voce *Popolo* (*dir. cost.*), in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 348.

¹² ... ed a proposito del quale non è ora possibile soffermarsi.

¹³ ... dovuta ad una serie di considerazioni che qui non è nemmeno possibile avviare (prima che svolgere) ma che possono ad esempio sinteticamente rivenirsi in T. GROPPi, A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo*, in www.federalismi.it, n. 19/2013, 1 ss.

¹⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni introduttive alla III sessione del XVI Congresso delle Corti costituzionali europee - Vienna, 13 maggio 2014*, in www.cortecostituzionale.it (13 maggio 2014).

¹⁵ Così, ad esempio, il titolo di AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), Torino, 2016.

¹⁶ In tal senso, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali)*, in www.giurcost.org, n. 2/2015, 504 ss. Peraltro – pur non volendo contribuire ad allungare ulteriormente la già copiosa lista dei sostantivi sin qui utilmente impiegati per descrivere tale condivisione di fatto – bisogna



2. Una duplice premessa (di metodo e di merito) per poter accedere con uno sguardo più lucido e sgombro alle risultanze delle giurisprudenze messe a paragone in tema di diritto alla vita

Una sorta di reciproco *cross-talk* giurisprudenziale è quello che parrebbe emergere da un'analisi comparata delle pratiche giudiziarie pocanzi richiamate: i cui benefici effetti, tuttavia, intanto è possibile apprezzare in quanto preliminarmente ci si sforzi di accettare un duplice presupposto, di *metodo* e di *merito*. Sul piano della teoria della Costituzione¹⁷ forte si avverte, innanzitutto, la necessità di abbandonare quella tradizionale impostazione – erede sul piano positivo della dottrina settecentesca dell'onnipotenza del potere costituente¹⁸ – che insiste (e persiste) nel credere la Carta fondamentale la fonte-totale per eccellenza, autentica *norma normans* ma non *normata* dell'ordinamento, di per sé perfetta ed autosufficiente: la quale ultima tuttavia, dicendo praticamente *tutto su tutto*, pretenderebbe maternamente di allargare il proprio mantello protettivo su qualsivoglia diritto o bene della vita (così negativamente influenzando qualsivoglia sforzo di comporre in sistema norme interne e sovranazionali nel corso delle esperienze giudiziarie).

Oltre che rischiare di offrire un'immagine deformata, e come tale per ciò solo non veritiera, della Costituzione tale ancora diffuso sentimento di “patriottismo costituzionale”¹⁹ com’è ovvio non solo finisce per rivelarsi drammaticamente *autoreferenziale* ed indifferente a talune tendenze – *ivi* comprese

ammettere che anche una disamina (seppur sintetica e limitata al solo ambito del diritto alla vita) come quella che ci si appresta a fare sembrerebbe rivelare come un diffuso *cross-talk* di metodo e di merito decisionali sia tutt’ora nel pieno del suo svolgimento tra le giurisprudenze considerate: con tale espressione – non per caso ripresa pure nel titolo del presente contributo – metaforicamente richiamando, cioè, la c.d. diafonia (che, nel campo dell’elettronica indica l’interferenza elettromagnetica che può generarsi tra due cavi vicini di un apparato elettronico).

¹⁷ Su cui v. almeno R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, e A. RUGGERI, *Teorie e “us” della Costituzione*, entrambi in *Quad. cost.* 2007, rispettivamente, n. 1, 11 ss. e n. 3, 519 ss. nonché G. BOGNETTI, *Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos’è la Costituzione? La vita del testo*, ambedue anch’essi in *Quad. cost.*, n. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss. [ancora *ivi* pure A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, (n. 2/2010, 311 ss.) nonché G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée* (entrambi nel fasc. n. 4/2011, rispettivamente 803 ss. e 895 ss.). Cfr. infine F. GALLO, *Che cos’è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011; M. CARDUCCI, *Brevi note comparate su Costituzione-fondamento e Costituzione-limite*, e G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e “giusnaturalismo”*, ambedue, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, rispettivamente, voll. I, 519 ss. e III, 2771 ss.; F. RIMOLI, *L’idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2013, 1 ss.]

¹⁸ ... dal suo canto «capace di creare *ex nihilo* un nuovo ordine costituzionale a sua volta perfetto, armonioso in ogni sua parte, scevro da contraddizione o lacuna alcuna»: sul punto, A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, ora in *Id.*, “*Itinerari*” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, *Studi dell’anno* 2012, Torino, 2013, 219 ss. e part. 246 – cui si rinvia anche per le notazioni appresso seguenti – il quale ritiene come tale tesi, a tacer d’altro, si confuti da sé «già per il fatto che la Carta prefigura la eventualità della propria innovazione, all’evidente scopo di colmare originarie lacune ed imperfezioni».

¹⁹ In oggetto, G. SABATTINI, *Globalizzazione e governo delle relazioni tra i popoli*, Milano, 2003, 127 ss.; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010, 346 e 358 ss.; E. CUCCODORO, *Lettera e spirito dei poteri. Idee di organizzazione costituzionale*, III, Napoli, 2016, *passim*.

proprio quelle in tema di diritto alla vita oggi all'esame – ormai ben più che radicate sul piano sovranazionale ma, soprattutto, corre il serio pericolo di apparire *infedele* rispetto ai principi fondamentali della stessa Carta: laddove, cioè, sembrano piuttosto aprirsi ad ogni apporto extrastatale, purché dimostrato funzionale al migliore appagamento dei valori di cui agli artt. 2 e 3 Cost. nel loro fare “sistema” con gli altri valori restanti (parimenti fondamentali)²⁰. In luogo dell'assunto di una struttura aridamente *chiusa/esclusiva*, già sul piano del metodo, sarebbe perciò altamente preferibile – anche, se non soprattutto, al dichiarato fine di meglio apprezzare le risultanze delle giurisprudenze straniere in materia – accedere all'idea, opposta, di una costruzione tendenzialmente *aperta/inclusiva* (al diritto vigente e vivente soprannazionale) della Costituzione: la quale ultima, in altre parole, sin da subito si riconosca, e come tale più realisticamente si dichiari, *perfettibile* (più che perfetta), *interdipendente* (e non indipendente), *pluripotente* (anziché totipotente) e, in conclusione, inevitabilmente *parziale* (più che totale).

Col fatto di proiettarsi *direttamente* sulla dinamica esistente tra le *Carte* di riferimento quali che esse siano – nel caso nostro EDU, IDU, di Nizza-Strasburgo e costituzionale italiana – tale mutato orientamento finirebbe quindi pure per incidere *indirettamente* sui rapporti tra le *Corti* che di quelle sono pur sempre istituzionalmente chiamate a farsi guardiane. In questa prospettiva potrebbe così beneficiarsi, in primo luogo, di un progressivo ripiegamento dell'edificazione gerarchico-verticale dei rapporti inter-ordinamentali (in quanto assiomatica e, perciò solo, irrealistica) a vantaggio di una, di segno opposto, di tipo paritario-orizzontale²¹. In seno a quest'ultima mutata impostazione, in secondo luogo, a prevalere non potrebbe certo essere la logica autodistruttiva del *tutte contro tutte* (e qui, è quasi inutile rilevarlo, le potenziali occasioni di conflitto potrebbero sprecarsi²²) bensì quella del mutuo sostegno, proprio nei fatti interpretativi di cui si sta per discorrere: la quale porti insomma tutti i documenti appena enumerati in pari misura ad affermarsi a seguito del raffronto non già tra *singole norme* bensì tra *sistemi di norme* nel loro complesso considerate²³ (orientamento, questo, peraltro patrocinato pure dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco²⁴ e, nemmeno troppo tempo addietro, dalla stessa Corte costituzionale nell'isolato precedente di cui alla ormai risalente sent. n. 388/1999²⁵).

Lasciando per il momento da canto il piano del *metodo* per venire adesso a quello del *merito*, è appena il caso di rilevare come anche sotto questo profilo oltremodo ingenuo sarebbe allo stato pretendere d'iscrivere gli esiti delle pratiche giudiziarie in parola nella cornice di un modello “fermo” (e

²⁰ Cfr. A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in www.giurcost.org, 2013, spec. 13.

²¹ Così ancora A. RUGGERI, *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 12/2014, 1 ss.

²² Non solo quindi tra legge e Costituzione ma, pure, tra essa e Convenzione EDU o IDU ovvero pure tra queste ultime e la Carta costituzionale (senza contare le sempre possibili sovrapposizioni con il diritto eurounitario a rendere ulteriormente più complicato e confuso il complessivo quadro d'insieme).

²³ In tal senso, *ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn. 236/2011; 264/2012; 170-202 del 2013.

²⁴ ... a proposito della necessità d'interpretazione conforme della Costituzione sia alla CEDU che al diritto eurounitario nella causa 2365/09 del 4 maggio 2011.

²⁵ ... laddove espressamente si ammetteva che Carte internazionali dei diritti e Costituzione «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione» (punto 2.1 *cons. dir.*).

²⁶ Entrambe le pronunzie sono in tal senso richiamate da A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.org (14 marzo 2012).



perciò *in vitro* e consolidato) di rapporti intergiurisprudenziali. Ciò evidentemente per la ragione che quelle in materia di diritto alla vita sembrano contrassegnarsi piuttosto solo come un fascio di mere tendenze, ancora largamente oscillanti ed “in movimento”, nel vivo dell’esperienza concreta e, come tali, ancora meritevoli di definitiva sistemazione anche teorica. Ciononostante, due diversi percorsi giurisprudenziali – pur nella notevole diversità dei sistemi messi a confronto – sembrano potersi intravedere a seconda che alla luce del sole seguano traiettorie più visibili ovvero più sotterranee e carsiche.

Al primo gruppo sarebbero così ascrivibili le classiche ipotesi di seguito giudiziario al diritto vivente soprannazionale tanto *diretto* che, soprattutto, *indiretto*: in tal senso ad esempio – con riferimento al primo caso – è emblematicamente accaduto col seguito del Trib. Roma, sez. civ. I, 23 settembre 2013²⁷, a Corte EDU, caso *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012) nel giudizio coinvolgente una coppia non affetta da sterilità ma portatrice di malattia ereditaria trasmissibile al concepito che chiedeva di accedere alla PMA con selezione degli embrioni attraverso la diagnosi pre-impianto (nonostante il divieto imposto dall’art. 4, l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, dai giudici di Strasburgo ritenuto irragionevole²⁸). Indirettamente, poi, non si contano i casi di richiamo in particolare alla CEDU tanto ad opera della Corte IDU (col particolare rinvio alla giurisprudenza in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare e, perciò, *biografica* secondo la distinzione *supra* adottata²⁹) quanto dei giudici italiani – col viatico spianato dall’art. 117, comma 1, Cost.³⁰ – che della stessa Corte costituzionale (ad esempio operato, nella materia in esame, dalle sentt. nn. 96 cit.³¹ e 84 cit.³² alle pronunzie EDU sui casi, rispettivamente, *Costa e Pavan e Parrillo* cit.).

²⁷ Su cui A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it (8 ottobre 2013); A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, n. 2/2014, 251 ss.

²⁸ Non poteva difatti ignorarsi la mancanza di coerenza del sistema legislativo italiano il quale, da un lato, vietava «l’impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti [fossero] portatori sani; dall’altro, autorizza[va] i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia» (par. 64).

²⁹ Sul punto, L. CAPPUCIO, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in L. CAPPUCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *op. cit.*, 123 ss. e part. 195 ss.

³⁰ ... variamente richiamando o il solo parametro EDU interposto (part. artt. 8 e 14 CEDU, rispettivamente, sul diritto al rispetto della vita familiare e sul divieto di discriminazione) ovvero anche la giurisprudenza EDU interposta: così per esempio, con riferimento alla prima ipotesi, Tribb. Roma e Milano, rispettivamente, rammentati da Corte cost., sentt. nn. 96/2015 e 84/2016; mentre – con riferimento alla seconda evenienza – Trib. Milano [quando invocava Corte EDU, Grande Camera, caso *S.H. e altri c. Austria* (3 novembre 2011)] e Napoli [allorché richiamava Corte EDU, caso *Costa e Pavan*, cit., laddove affermava «che il diritto al rispetto della vita privata e familiare include il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica» (par. 57)], rispettivamente, ricordati da Corte cost., sentt. nn. 162/2014 e 229/2015.

³¹ ... allorquando cioè – rilevando «un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppon[evano], 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» – gioco facile si ebbe nell’evidenziare la «palese antinomia normativa» in cui l’ordinamento italiano gravemente incappava: consentendo, comunque, «a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui [erano] portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità

Venendo ai tragitti giurisprudenziali più nascostamente percorsi, una sorta di contraddittorio sentimento di contemporanea attrazione/repulsione sembra attraversare larga parte delle giurisprudenze considerate ogni qual volta si trovino alle prese con la dimensione solo *bio-logica* del diritto alla vita. A favore di un più che ampio margine di apprezzamento degli Stati³³ in materia si è com'è noto tradizionalmente schierata proprio la giurisprudenza EDU: chiamati a pronunziarsi sulla qualificazione del feto come persona umana giuridicamente protetta nei casi, rispettivamente, di aborto dovuto a scambio di persona ovvero di revoca del consenso precedentemente prestato da parte dell'*ex* partner all'utilizzazione degli embrioni – *Grande Chambre, Vo c. Francia* (8 luglio 2004) ed *Evans c. Regno Unito* (10 aprile 2007) – in entrambe le ipotesi ai giudici di Strasburgo non era difatti parso né opportuno né, tantomeno, possibile rispondere alla domanda astratta se il bambino non ancora nato fosse una «persona» ai sensi dell'articolo 2 CEDU³⁴. Ciò evidentemente perché non era stato dunque ritenuto ancora pienamente formato un consenso intorno alla reale natura dell'embrione (che potesse dirsi sufficientemente condiviso) tra i paesi membri aderenti alla CEDU così come, pure, nell'opinione pubblica dello Stato ogni qualvolta coinvolto.

3. La laconicità del diritto vigente ed il contraddittorio sentimento di (formale) repulsione ma di (sostanziale) attrazione di quello vivente verso la delicata questione dell'animazione dell'embrione

A fronte, dunque, di un'apparente *avversione* non di rado sbandierata – spesso avvalendosi del robusto paravento provvidenzialmente offerto dalla natura scientificamente, eticamente e socialmente

della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali (...) «sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza Costa e Pavan contro Italia» (così punto 9 *cons. dir.*).

³² ... laddove – chiamata a pronunziarsi sul divieto di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13 l. n. 40 cit. – la Corte non mancava espressamente di richiamare la parallela censura di quest'ultimo (per contrasto con gli artt. 8 CEDU e 1 Prot. addiz.) decisa da Corte EDU, *Grande Chambre*, caso *Parrillo c. Italia* (27 agosto 2015).

³³ Sulla dottrina del margine di apprezzamento, ex plurimis, v. almeno J. CALLEWAERT, *Is There a Margin of Appreciation in the Application of articles 2, 3 and. 4 of the Convention?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, n. 19/1998, 19 ss.; E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *New York University journal of international law & politics*, n. 31/1999, 843 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 743 ss.; Y. ARAITAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in Jurisprudence of the ECHR*, n. 2/2002, 1 ss.; P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), Torino, 2003, 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in AA.VV., *I diritti in azione*, in M. CARTABIA (a cura di), Bologna, 2007, 149 ss.; I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII Edizione*, Torino 9-10 ottobre 2009, in A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), Napoli, 2010, 3 ss.; R. PERRONE, *Il concetto di "public morals" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: spunti per l'elaborazione di una "moralità pubblica" europea – Parte I*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, n. 1/2013, 31 ss.

³⁴ In oggetto, ad esempio, B. RANDAZZO, *I diritti del nascituro: la Corte di Strasburgo rifà il punto, ma sfugge al problema. Nota a VO c. Francia (ric. n. 53924/00) dell'8 luglio 2004*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2005, 66 ss.



controversa delle nozioni di «embrione» e «persona» coinvolte – la giurisprudenza scrutinata non è mai riuscita tuttavia ad opporsi del tutto all’irresistibile *fascinazione* di dire la propria sul punto. A tale ultimo proposito – vale a dire con riferimento alla possibilità con esattezza di fissare un preciso momento a partire dal quale l’embrione umano possa dirsi “animato” – bisogna ammettere che un’inevitabile sponda all’attivismo in tal senso esibito da tutte le giurisprudenze esaminate l’ha data, e tutt’ora continua a piene mani ad offrirla, lo stesso progresso scientifico (la cui pressione sul campo *de quo* talmente forte si è fatta sentire negli ultimi decenni da far discorrere di una vera e propria “rivoluzione terapeutica”³⁵).

Scelte cruciali della persona umana che per una maggioranza *forte* di individui vengono comunemente demandate alla libera autodeterminazione delle coppie – come, appunto, quella di riprodursi e generare una discendenza biologicamente propria ora in discussione – per un ristretto novero di soggetti loro malgrado versanti in un’oggettiva situazione di svantaggio fisico-psichico (e, proprio per ciò, *deboli*) finiscono invece per dipendere sempre più drammaticamente dalla disponibilità di un *subsidiump* di tipo terapeutico-tecnologico che non dal volere espresso dalla persona della cui esistenza si tratta³⁶. Se possibile ancor più paradossale e beffarda appare, così, la circostanza che la medicina non sia in particolare riuscita ad uscire dal vicolo cieco di introdurre ad ogni più sospinto nuovo metodiche di intervento sulla riproduzione umana senza tuttavia essere contestualmente in grado di stabilire (con un accettabile margine di sicurezza) suddetto attimo.

Ciò deriva probabilmente dalla circostanza che – è inutile nasconderselo – lungi dal configurare un *momento* puntuale e ben definito nel tempo l’alba della vita continui piuttosto a rappresentare una sorta di *sequenza*: una specie di irripetibile ed ininterrotto *continuum* la cui unitotalità non può probabilmente contemplare più o meno profondi dissezionamenti empirici. Non potendo essere *empiricamente* divisibile, è così inevitabile che tale ontologica-cronologica successione finisca per diventarlo solo *convenzionalmente* mediante lo strutturato ricorso a talune *fictiones* più congeniali alle giurisprudenze considerate che non alle ricostruzioni medico-scientifiche *tout court*. Solo rassegnandosi alla perdurante *debolezza* della tecnica a fornire sicurezze *oggettive* in tema di vita biologica si potrà (prima e più rapidamente...) cominciare ad accettare lo statuto *forte* del diritto (*ivi*, se non soprattutto, compreso di quello vivente) quando è chiamato a fissare certezze almeno *convenzionali*³⁷.

Com’è perciò di ogni evidenza la soluzione alla questione oggi in commento non può che inevitabilmente passare dalla diversa interpretazione che a livello soprannazionale intenda darsi alla testuale espressione «persona» non per caso parimenti impiegata tanto dall’art. 2, par. 1, CEDU che dagli artt. 2, par. 1, Carta di Nizza-Strasburgo e 4, par. 1, CIDU: vale a dire se, nell’ordine logico-cronologico del processo interpretativo, tale definizione possa *in primis* essere in via ermeneutica dilatata sino al

³⁵ Cfr., fra i tanti, J. BERNARD, *De la Biologie à l’èthique*, Parigi, 1990, 22, cit. in E. SGRECCIA, Manuale di bioetica, I, Fondamenti ed etica biomedica, Milano, 2007, 47; G. ZAMBONI, *Clonazione riproduttiva e terapeutica fra etica e scienza. Il fascino del doppio e il sogno dell’immortalità*, Verona, 2004, 21; J. LE FANU, *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano, 2005, 14; L. TUNDO FERENTE, *La bioetica fra agire etico e agire tecnico*, in AA.VV., *Etica della vita: le nuove frontiere*, a cura della stessa L. TUNDO FERENTE, Bari, 2006, 9.

³⁶ Così sia consentito rinviare a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, part. 56 ss. (cui si rinvia anche per le considerazioni che seguono).

³⁷ In tal senso, se si vuole, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaiic.it, n.1/2014, 1 ss.

punto di ricomprendervi pure il concepito e, *in secundis*, a prendere le mosse da quale stadio di sviluppo dell'essere umano ciò possa/debba accadere. Peccato che nessuna delle disposizioni adesso richiamate – le quali istituzionalmente avrebbero potuto costituire la piattaforma di lancio di qualsivoglia intento teorico-ricostruttivo in materia – ai nostri fini si mostri più di tanto conducente in ragione della strutturale laconicità che, dove più e dove meno, tutte le connota e complessivamente accomuna³⁸.

In un quadro di (in)certeze talmente fluido e cangiante, è quindi fisiologico che a proposito del riconoscimento giuridico del concepito il diritto vivente finisce per sfuggire alla rigida, e per tanto solo irrealistica, alternativa tutto/*qualcuno* e niente/*qualcosa*³⁹ – che vorrebbero pienamente (ed acriticamente...) equiparato cioè quest'ultimo, rispettivamente, ad una persona *tout court* ovvero, nel suo opposto, ad una mera *res* – per collocarsi piuttosto in un variabile margine di soluzioni intermedie tra l'uno e l'altro degli estremi tradizionalmente richiamati. È poi fisiologico che da tale comune spazio interpretativo si dipanino mutevoli rivoli giurisprudenziali, nel caso in esame schematicamente riconducibili a due principali a seconda che si tratti di un fascio di *trends*, per così dire, *riduttivi* del riconoscimento del nascituro (assunto come un *quid pluris* rispetto ad una mera *res*) ovvero *espansivi* (alorché esso venga piuttosto inteso quale *quid minus* di una persona).

Capofila del primo degli orientamenti giudiziari appena richiamati può ad esempio essere ritenuta la Corte IDU, col celebre caso *Gretel Artavia Murillo e altri c. Costa Rica* (28 novembre 2012)⁴⁰, nel cui solco argomentativo, come si sta per vedere *infra*, lo stesso giudice EDU sembra essersi in effetti avviato qualche anno dopo. In quel caso, com'è noto, la pronunzia in oggetto scaturiva da una sorta di lungo e vistoso braccio di ferro⁴¹ che aveva visto radicalmente contrapposta ai giudici di San José la Corte suprema di giustizia del Costa Rica la quale – con sent. n. 2306 del 15 marzo 2000⁴² – aveva dichiarato incostituzionale il dec. Min. Salute⁴³ che disciplinava le tecniche di inseminazione artificiale⁴⁴ per il duplice *vulnus* irrimediabilmente assestato, rispettivamente, al principio di riserva di legge imposto dalla Costituzione per limitare le libertà fondamentali ed al diritto alla vita dell'embrione (evidentemente considerato alla stregua di persona umana *tout court* a norma dell'art. 4, par. 1, cit.).

³⁸ ... i rispettivi autori avendo evidentemente preferito cimentarsi con ambiti relativamente meno controversi (quali, ad esempio, il divieto di pena di morte) in luogo di campi assai più incerti e scivolosi (allorquando, come nel presente frangente, sia in discussione la natura di "persona" dell'individuo coinvolto): sul punto, P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 407 ss.

³⁹ In oggetto, G.M. CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, Bologna, 2005.

⁴⁰ Su cui, ad esempio, I. BRENA, *Ruling of the Inter-American Court of Human Rights, the Case of Artavia Murillo et al (in vitro fertilization) v. Costa Rica; new hopes for the reproductive freedom in Latin America*, in *Rev. Derecho Genoma Hum.*, 2013, 149 ss.; F. ZEGERS-HOCHSCHILD, B. M. DICKENS, S. DUGHMAN-MANZUR, *Human Rights To In Vitro Fertilization*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2013, 86 ss.; T.M. ANTKOWIAK, A. GONZA, *The American Convention on Human Rights, Essential rights*, New York, 2017, part. 72 ss.

⁴¹ Cfr. G. ROCCHI, *Embrione: qualcosa o qualcuno? La Corte Costituzionale di fronte alla logica stringente della fecondazione in vitro*, in *Dir., mercato, tecnologia* (16 febbraio 2016).

⁴² Così, M. HAIDEER, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257*, in www.dpceonline.it, n. 2/2013, 1 ss.

⁴³ In tal senso, Dec. ejecutivo n. 24029-S (3 marzo 1995).

⁴⁴ Sul punto, C. GUERRERO PICÓ, *Costa Rica*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa*, in P. PASSAGLIA (a cura di), in www.cortecostituzionale.it (marzo 2014), 125 ss.



Con riferimento a tale ultimo punto, i giudici costaricani ritenerono di non dover prescindere dal – e, anzi, dettagliatamente approfondirono il – dato empirico rimarcando come già dopo le prime suddivisioni cellulari (nello stadio di appena tre cellule) un essere umano, seppur microscopico, già nella sua irripetibile unicità esistesse e, in quanto tale, già dal momento del concepimento esigesse dall'ordinamento il proprio diritto ad essere protetto: in quanto «persona» e non mero oggetto sin dal concepimento, a norma del combinato disposto degli artt. 21 Cost. Costa Rica e 4 cit., sarebbe così stato costituzionalmente illegittimo esporre l'embrione ad un rischio sproporzionato di morte (come poteva usualmente essere messo in conto nell'impiego delle metodiche di PMA). Con la pronuncia in epigrafe, nondimeno, la Corte IDU ben pochi scrupoli dimostrò in effetti di farsi nel sanzionare il divieto costaricano di fecondazione artificiale per avere invece violato la Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo non solo nel diritto delle coppie alla vita privata, integrità e autodeterminazione personale ma, pure, in quello di formarsi una famiglia con figli⁴⁵.

4. Il *trend* più *riduttivo* della condizione dell'embrione (considerato *quid pluris di una res*): la giurisprudenza IDU ed EDU a confronto

Premessa la natura “vivente” della CIDU⁴⁶, i giudici di San José riaffermarono innanzitutto nel *metodo* che – lungi dall'essere assoluta ed incondizionata – la portata della tutela della vita umana ai sensi dell'art. 4 cit. si sarebbe al contrario rivelata graduale e progressiva in relazione al suo stesso evolversi: con la conseguenza che l'inciso testuale secondo cui il diritto alla vita «è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento» finiva per essere così suscettibile di deroghe al principio generale. Assunto che la stessa introduzione delle tecniche di inseminazione artificiale avesse inevitabilmente favorito il diffondersi – e progressivo consolidarsi – di tale interpretazione, nel *merito* anche la Corte IDU si avventurava sul piano medico-scientifico: avendo fatto dipendere, cioè, la qualificazione di «persona» dell'embrione, e perciò il suo legittimo diritto alla vita ai sensi dell'art. 4 cit., non già da una presunta connotazione ontologica di quest'ultimo bensì da un (ben individuato nel tempo) evento come il suo «annidamento» nell'utero della madre (con la conseguenza di escludere dall'applicazione dell'invocato parametro in esame tutto quanto si fosse verificato prima di tale momento).

Non poche, e di non poco conto, sono in effetti state – com'era peraltro prevedibile ad immaginarsi – le obiezioni critiche a tale ragionamento sollevate, a partire dalla presunta natura latamente *politica*, più che *giuridica*, della decisione così resa dai giudici di San José⁴⁷. In particolare laddove – apparentemente indifferenti alle più recenti acquisizioni medico-scientifiche sul punto – essi sono parsi, rispettivamente, ignorare quel dialogo continuo tra corpo materno ed embrione non ancora annidato

⁴⁵ In oggetto, A.M. LECIS COCCO-ORTU, I. SPIGNO, sub Art. 11 (*Protezione dell'onore e della dignità*), in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, in L. CAPPUCCIO, P. TANZARELLA (a cura di), Napoli, 2017, spec. 357.

⁴⁶ Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, *El control interno judicial de convencionalidad*, in *Rev. Inst. de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 2/2011, 123 ss.

⁴⁷ Per le considerazioni che seguono, G. ROCCHI, *op. cit.*

in utero (avviatosi pochi istanti dopo l'avvenuto concepimento⁴⁸) nonché i più moderni studi sulla c.d. ectogenesi (riferibile, cioè, al c.d. utero artificiale) finalizzati a dimostrare le possibilità di sopravvivenza e sviluppo embrionale pure all'esterno del corpo materno⁴⁹: particolarmente in quel passaggio dove hanno ritenuto l'espressione «concepimento» non riferibile ad una tecnica extracorporea giacché l'embrione non avrebbe avuto *chance* alcuna di sopravvivere se l'impianto non fosse avvenuto. Senza considerare il potenziale avallo che da tale impostazione metodica è sembrato poter implicitamente discendere tanto rispetto ai preparati potenzialmente antiniditatori – sulla cui natura abortiva o meno non sarebbe più necessario interrogarsi – quanto alla possibile liberalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza a fini dichiaratamente eugenetici⁵⁰.

Richiamando più volte proprio la dec. IDU ult. cit.⁵¹, in senso non dissimile si è peraltro pronunziata pure la *Grande Chambre* della Corte EDU nel caso *Parrillo c. Italia*, cit. quando ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso proposto relativamente alla denunciata violazione dell'art. 1 Prot. addiz. (dove in particolare protegge il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). Avendo ritenuto assorbente la considerazione (par. 215) che gli «*human embryos can not be reduced to 'possessions' within the meaning of that provision*», i giudici di Strasburgo deliberatamente lasciavano così insoluta la «delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana» (*ibidem*).

Rispetto al *trend* appena succintamente illustrato non può che spiccare ancor di più la diversità di vedute – nel senso, come si anticipava *supra*, dell'espansione – rispettivamente espressa invece sul punto dal giudice eurounitario e costituzionale italiano, la giurisprudenza dei quali ultimi in materia, tuttavia, è sembrata caratterizzarsi per un'evoluzione diametralmente opposta: che ha, cioè, inizialmente portato, il primo, ad un rigoroso giro di vite salvo poi allentare la presa qualche tempo dopo e, il secondo, ad un antitetico percorso dall'originario contegno ad affermazioni sempre più conservatrici e *tranches* negli anni a noi più vicini.

Prendendo le mosse dalla prima delle due esperienze ora richiamate, che la dir. 98/44/CE del Parlamento e Consiglio (6 luglio 1998)⁵² – sebbene formalmente emanata per la sola *Protezione delle invenzioni biotecnologiche* – avesse emblematicamente rappresentato invece lo sforzo delle istituzioni eurounitarie di tratteggiare una sorta di “statuto minimo” dell'embrione era tutto sommato indubbio

⁴⁸ Così, A. SERRA, *Deontologia medica e «procreazione medicalmente assistita»*, in *La Civ. catt.*, n. 2/2004, 429; G.M. CARBONE, *Il sistema neuro-endocrino della funzione procreativa nella donna*, in V. BALDINI, G.M. CARBONE, *Pillole che uccidono*, Bologna, 2006, 13; A.M. COSENTINO, *Verità che scottano. Domande e risposte su questioni attuali di amore e di vita*, Cantalupa (TO), 2009, 89.

⁴⁹ In tal senso, L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, 126; E. PERUCCHIETTI, *Fake News: dalla manipolazione dell'opinione pubblica alla post-verità. Come il potere controlla i media e fabbrica l'informazione per ottenere il consenso*, Bologna, 2018, 22; S. CANESTRARI, *Procreazione medicalmente assistita: profili biogiuridici*, in AA.VV., *In-fertilità. Un approccio multidisciplinare*, in M. DI TRANI, A. LA MESA (a cura di), Roma, 2018, 23 ss. (part. 38 ss.).

⁵⁰ Sul punto, E. COMPAGNO, *La procreazione medicalmente assistita in Italia e Francia. Legislazioni a confronto*, Milano, 2011, 213 ss.; C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012, 99; A. SAVIGNANO, *Alla ricerca del figlio perfetto*, in AA.VV., *Antologia bioetica. 50 letture per meglio conoscere*, in A. SAVIGNANO, G. ZACCHÈ (a cura di), Mantova, 2017, part. 41 ss.

⁵¹ Tra i Documenti di diritto internazionale pertinenti (par. 68) oltre che nelle opinioni concordanti, rispettivamente, dei giudici P. Pinto de Albuquerque e D. Dedov (al presente decisum allegate).

⁵² In oggetto, ad esempio, A. BOMPIANI, A. LORETI BEGHÈ, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001, 162 ss.



già a partire dal suo *Preambolo*: laddove cioè, accanto alle «legislazioni nazionali, europee o internazionali che fiss[assero] eventuali limiti o divieti, o dispon[essero] controlli sulla ricerca e sull'utilizzazione o sulla commercializzazione dei suoi risultati, con particolare riguardo alle esigenze di sanità pubblica, sicurezza, tutela dell'ambiente, protezione degli animali, conservazione della diversità genetica e relativamente all'osservanza di alcune norme etiche»⁵³, quale espresso argine al diritto alla brevettabilità del materiale biologico individuava proprio il «rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo»⁵⁴. Giovandosi del ben più estensivo puntello della dignità umana in luogo del solo riferimento alla vita, la disciplina ora richiamata finiva così per vietare la brevettabilità di ogni utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali⁵⁵ fatte salve «le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano»⁵⁶.

Alla luce di quanto appena detto, non stupì perciò più di tanto che la Corte di Giustizia – chiamata a pronunziarsi in più occasioni su tale normativa nell'arco di quasi quindici anni – avesse preso le mosse dal menzionato parametro della dignità per approdare, tuttavia, ad esiti non sempre complessivamente coerenti (o, diciamo, pure non poco oscillanti) sull'assai sdruciolovole piano delle definizioni tecnico-scientifiche⁵⁷.

Investiti in un primo momento del rinvio pregiudiziale d'interpretazione da parte del *Bundesgerichtshof* tedesco (17 dicembre 2009) proprio sull'esatta estensione da riconoscere all'espressione «embrioni umani» di cui all'art. 6, par. 2, lett. c), dir. cit., sulla causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V* del 18 ottobre 2011⁵⁸ i giudici di Lussemburgo in Grande sez. si producevano in un'accezione assai ampia di «embrione umano»: vale a dire discutibilmente ricoprendente persino gli ovuli umani non fecondati (sia che fosse stato loro impiantato un nucleo proveniente da una cellula umana matura sia che fossero stati stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso partenogenesi) oltre che ogni fase di sviluppo della vita umana a partire dalla stessa fecondazione dell'ovulo (senza ri-

⁵³ Cfr., *considerando* n. 14, dir. cit.

⁵⁴ Così, *considerando* n. 16, dir. cit. a motivo del fatto «che l'articolo F, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea stabili[va] che l'Unione rispetta[va] i diritti fondamentali quali [erano] garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risulta[va]no dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (cfr. *considerando* n. 43, dir. cit.).

⁵⁵ In tal senso, art. 6, comma 2, lett. c), dir. cit.

⁵⁶ Sul punto, *considerando* n. 42, dir. cit.

⁵⁷ Per le considerazioni che seguono, volendo, S. AGOSTA, *La Corte di Giustizia alle prese con la nozione eurounitaria di embrione umano (a margine della giurisprudenza Brüstle ed in previsione di futuri sviluppi)*, in www.dirittifondamentali.it (29 febbraio 2016).

⁵⁸ In oggetto, V. ALTAMORE, *La tutela dell'embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (C-34/10 Olivier Brüstle contro Greenpeace e V.)*, in www.forumcostituzionale.it (2 dicembre 2011); R. CONTI, R. FOGLIA, *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e nozione di embrione umano*, in *Corr. giur.*, 2011, 1733 ss.; F. MACCHIA GRIEFO, CGCE: *staminali, no al brevetto quando c'è la distruzione dell'embrione*, in *Guida al dir.* (18 ottobre 2011); A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, e P.I. D'ANDREA, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace eV.)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 3 maggio e 10 luglio 2012); L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 145 ss.

chiedere, ad esempio, la maturazione di un ben determinato stadio di sviluppo). Anche sul piano eurounitario pareva così plasticamente esibita la “forza” delle acquisizioni del diritto rispetto a quelle della scienza sul campo *de quo*: ad una definizione talmente anticipata nel tempo di «embrione», dicono, solo le cellule staminali estratte allo stadio di blastocisti sembravano vieppiù sottrarsi (al singolo giudice statale la Corte avendo delegato il compito di «stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se esse [fossero] tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e, di conseguenza, rientrassero nella nozione di ‘embrione umano’ ai sensi e per gli effetti dell’art.6, n.2, lett.c), della direttiva»⁵⁹).

5. (Segue): il trend più espansivo della condizione dell’embrione (ritenuto *quid minus* di una persona): la giurisprudenza eurounitaria e costituzionale a raffronto

Per il brusco strappo che pareva determinare rispetto al contegno fino a quel momento mantenuto, era ovvio che con tale pronuncia la Corte eurounitaria prestasse inevitabilmente il fianco a talune obiezioni tanto di *merito* che sul *metodo* nell’occasione osservato. Prendendo innanzitutto le mosse dal primo, la stretta operata dai giudici di Lussemburgo sulla potenziale capacità dell’ovulo di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano – indipendentemente dallo stato di avanzamento in cui quest’ultimo si trovasse – sembrò piuttosto evidente laddove decidevano interpretativamente di collocare il divieto di brevettabilità *ex art. 6, n. 2, lett. c*, dir. cit. assai prima della stessa fecondazione fino ad estenderlo all’ovulo non fecondato (in cui fosse stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura ovvero indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi). Ciò visibilmente perché quest’ultimo – a motivo della metodica impiegata per ottenerlo – sarebbe stato insomma tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l’embrione creato mediante fecondazione di un ovulo pur non essendo stato oggetto di una inseminazione in senso proprio⁶⁰. Pur avendo dunque esibito un’impostazione metodica affatto simile a quella tradizionalmente adottata dalla giurisprudenza EDU sul punto – guardandosi bene, cioè, dal formalmente invocare un presunto diritto alla vita dell’embrione – con la decisione in epigrafe la Corte di giustizia finiva così per ottenere risultati diametralmente opposti sfruttando la sponda offerta dai *considerando* 2 e 16, dir. cit. laddove rispettivamente richiamavano la copertura assai più ampia ed omnicomprensiva offerta dal parametro della dignità.

Non passavano nondimeno che una manciata di anni che si ripresentava per la Grande Sezione un’altra imperdibile occasione per ritornare su – ed eventualmente (come poi, in effetti, ha fatto) rimeditare – quel rigoroso orientamento di qualche tempo prima con sent. del 18 dicembre 2014 sulla causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*⁶¹. Allorquando cioè l’*High Court of Justice of England & Wales (Chancery Division – Pa-*

⁵⁹ Cfr. CGUE, causa *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, cit., par. 37.

⁶⁰ Così, CGUE, causa *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, cit., par. 36.

⁶¹ Su cui C. DRIGO, *Il diritto della scienza e i diritti della vita. La Corte di Giustizia di nuovo sollecitata a definire il concetto di ‘embrione umano’*, in www.diritticomparati.it (15 settembre 2014); E. SARTOR, *Staminali, corte UE: brevettabile l’ovulo che non diventa embrione*, in www.rivistaeuropae.eu (30 dicembre 2014); S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di ‘embrione umano’: l’ultima (?) fase della ‘saga’ Brüstle*, e I. RIVERA, *La brevettabilità dell’embrione umano e il valore della dignità umana. La Sentenza della*



tents Court) – dubitando che nell'espressione «embrioni umani», di cui all'art. 6, par. 2, lett. c), dir. cit. fossero pure ricompresi gli ovuli umani non fecondati (sempre stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi) in ragione del fatto che, «a differenza degli ovuli fecondati, conten[essero] solo cellule pluripotenti», in quanto tali non «in grado di svilupparsi in esseri umani»⁶² – decideva nuovamente di interellarla in via pregiudiziale.

Il mutamento di rotta rispetto al *dictum* del 2011 era più che evidente nel passaggio in cui – chiamata dalla Corte a verificare se i suddetti partenoti umani avessero o meno la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano – l'autorità giudiziaria statale non avrebbe potuto fare difatti a meno «delle conoscenze sufficientemente comprovate e convalidate dalla scienza medica internazionale»⁶³. Se non adeguatamente sorretta (e completata) dalla *concreta* idoneità a *concludere* il processo di sviluppo di un essere umano, del resto, l'*astratta* capacità di un organismo di *avviare* siffatta sequenza di maturazione non sarebbe stata quindi più idonea ad escludere la brevettabilità (*recte*, per quanto più da vicino riguarda l'ambito del presente contributo, ad integrare la nozione stessa di «embrione»). Stavolta, insomma, i giudici di Lussemburgo prendevano le mosse dalle conclusioni dell'Avvocato generale (spec. par. 73) per rimarcare come «per poter essere qualificato come 'embrione umano', un ovulo umano non fecondato [dovesse] necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano»⁶⁴: non avendo mancato tuttavia di puntualizzare come «il solo fatto che tale organismo inizi[asse] un processo di sviluppo non [fosse] sufficiente per considerarlo un 'embrione umano'» laddove appunto esso non avesse soddisfatto invece «tale condizione»⁶⁵.

Delegando in concreto al giudice nazionale il compito di verificare se un ovulo umano non fecondato (attraverso la partenogenesi indotto a dividersi e a svilupparsi) fosse o meno «privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano»⁶⁶ – nel quale ultimo caso «alla luce dell'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva in parola» imponendo che esso venisse trattato «allo stesso modo di un ovulo umano fecondato, in tutte le fasi del suo sviluppo»⁶⁷ – a distanza di qualche anno la Corte di giustizia pareva, insomma, tradire il bisogno in qualche misura di addolcire un'iniziale soluzione evidentemente percepita ormai come eccessivamente rigida ed assolutizzante: accomunando quindi nel medesimo ragionamento tanto l'accertamento giudiziale sulle cellule staminali embrionali provenienti da una blastocisti richiesto nel 2011 quanto quello sui c.d. partenoti imposto nel 2014.

Un andamento del tutto inverso a quanto sin qui illustrato – come andava già anticipandosi *supra* – avrebbe invece preso l'esperienza interna in materia dove, a proposito della peculiare situazione giuridica del concepito, vi è da dire che per una lunga fase storica il diritto costituzionale vivente si era

Corte di giustizia UE International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 7 gennaio e 14 maggio 2015).

⁶² In tal senso, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 28.

⁶³ Sul punto, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 36: analogicamente cfr. pure CGUE, causa *Smits e Peerbooms* (12 luglio 2001), par. 94.

⁶⁴ In oggetto, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 28.

⁶⁵ Cfr., CGUE, causa *International Stem Cell Corporation*, cit., par. 29.

⁶⁶ Così, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit., par. 38.

⁶⁷ In tal senso, CGUE, causa *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit., par. 30.

limitato ad individuare nell'art. 2 Cost. il parametro costituzionale di copertura e la necessità che il bilanciamento con altri interessi parimenti meritevoli di protezione spettasse primariamente al legislatore (ben guardandosi, in altre parole, dalla tentazione di aggiungere alcunché in merito alla espressa titolarità di un diritto alla vita del nascituro).

Così ad esempio ben prima dell'emanazione della l. n. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*⁶⁸ – nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 546 cod. pen.⁶⁹ – ritenuto che la tutela del concepito, già venuta in rilievo negli artt. 320, 339 e 687 cod. civ., rinvenisse il proprio fondamento costituzionale negli artt., rispettivamente, 31, comma 2, Cost. (laddove espressamente imponeva la «protezione della maternità») e più in generale appunto 2 Cost. (allorquando riconosceva e garantiva i diritti inviolabili dell'uomo, «fra i quali non [poteva] non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»), la Corte purtuttavia riconosceva come tale premessa andasse «accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito [potesse] venire in collisione con altri beni che [godessero] pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non [poteva] dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione»⁷⁰.

Chiamata un ventennio dopo l'approvazione della suddetta disciplina sull'aborto a pronunziarsi sull'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 1), cod. civ.⁷¹, la Consulta aggiungeva un ulteriore passaggio a quel ragionamento pur lontanamente elaborato, non sottraendosi nel caso speci-

⁶⁸ Sul punto, *ex multis*, L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in AA.VV., *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura dello stesso L. Chieffi, Torino, 2000, 111 ss.; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 158 ss.; R. FATTIBENE, M.P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *La nascita. I mille volti di un'idea*, in R. PRODOMO (a cura di), Torino, 2006, 209 ss.; L.V. MOSCARINI, *Aborto, Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, 3 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Napoli, 2009, 850 ss.; A. LA TORRE, *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giust. civ.*, n. 1/2010, 3 ss.; B. PEZZINI, *op. cit.*, 1660 ss.; F. BIONDI, *L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, n. 2/2011, 412 ss.

⁶⁹ ... nella parte in cui puniva chi cagionasse l'aborto di donna consenziente anche qualora fosse stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, senza che ricorressero gli estremi dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.

⁷⁰ In oggetto, sent. n. 27/1975 (quinto e sesto cpv) su cui, ad esempio, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona* e B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, entrambi in AA.VV., *Il governo del corpo*, II, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), in *Trattato di Biodiritto*, dir. da S. Rodotà, P. ZATTI, Milano, 2010, rispettivamente, 579 ss. (part. 588) e 1655 ss. (spec. 1672); E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), Milano, 2010, 38 ss., part. 50 e 81; E.M. AMBROSETTI, *Profili penali dell'interruzione della gravidanza*, in AA.VV., *Diritto penale della famiglia*, IV, in S. RIONDATO (a cura di), in *Trattato di Diritto di famiglia*, dir. da P. Zatti, Milano, 2011, 873 ss., part. 873; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 43.

⁷¹ ... laddove avrebbe consentito di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità al marito che – affetto da impotenza nel periodo dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio – avesse previamente dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie.



fico dal rimarcare l'esigenza di «tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali»⁷². Premesso che «preminenti in proposito [fossero] le garanzie per il nuovo nato (v. le [sentenze n. 10 del 1998](#); [n. 303 del 1996](#); [n. 148 del 1992](#); [nn. 27 e 429 del 1991](#); e [nn. 44 e 341 del 1990](#)), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si [fosse] liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità», veniva dunque ribadito come fosse espresso «compito del legislatore specificare» tali diritti⁷³: alla valutazione di quest'ultimo primariamente appartenendo «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»⁷⁴.

6. Dall'iniziale bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela alla successiva riaffermazione della *dignità* (in luogo della *vita*) dell'embrione: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana fino ai più recenti approdi e lo spettro del ricorso al Prot. n. 16 CEDU

Pur continuando a non prendere espressamente partito sulla natura giuridica del concepito, solo qualche anno dopo l'approvazione della l. n. 40 cit. il giudice delle leggi non poteva infine esimersi dal sindacare la ragionevolezza dei bilanciamenti legislativi operati in materia di fecondazione artificiale, con sent. n. 151/2009⁷⁵. Allorquando cioè – nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 3, e 14, commi 1, 2, 3 e 4, l. n. 40 cit. – annullava il comma 2, art. 14 cit.⁷⁶ ribadendo come «la tutela dell'embrione non [fosse] comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»: ciò evidentemente perché la stessa legge in esame rivelava «un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di li-

⁷² Cfr. sent. n. 347/1998 (punto 3 cons. dir., secondo cpv) su cui, ex plurimis, M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in AA.VV., *Il divieto di donazione dei gameti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), Milano, 2012, spec. 26; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, 162; S. PENASA, *La procreazione medicalmente assistita in prospettiva comparata: verso una modellistica inter-familiare?*, in AA.VV., *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, in A. TORRE (a cura di), Torino, 2015, 410; A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 119 ss.; V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017, 15.

⁷³ Così, sent. n. 347/1998 (punto 3 cons. dir., terzo cpv).

⁷⁴ ... e solo per «l'attuale situazione di carenza legislativa» spettando «al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»: in tal senso, sent. n. 347 cit. (punto 4 cons. dir.).

⁷⁵ Sul punto, ex plurimis, G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it (20 maggio 2009); L. TRUCCO, *Procreazione assistita*, cit. e D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in www.giurcost.org (20 settembre 2009); M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica* e M.E. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, entrambi in AA.VV., *I diritti delle coppie infertili*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), Milano, 2010, rispettivamente, 191 ss. e 214 ss.

⁷⁶ ... limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».



mitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette[va] comunque che alcuni di essi po[tessero] 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»⁷⁷.

Perché in tempi più recenti il Tribunale costituzionale fosse chiamato a confrontarsi con la potenziale titolarità di un diritto alla vita da parte del concepito bisognava così attendere qualche altro anno ancora fino al 2012 quando – chiamato a pronunziarsi sulla richiesta di interruzione volontaria della gravidanza rivolta da una minorenne alla A.S.L. 3 Umbria senza il coinvolgimento dei genitori⁷⁸ – il giudice tutelare di Spoleto si trovò a dar seguito proprio a CGUE, causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V*, cit.⁷⁹: laddove in particolare intravedeva «nel *dictum* della Corte europea l'affermazione, decisa ed inequivoca quanto mai prima d'ora, dell'assoluto rilievo giuridico attribuito all'«embrione umano», il quale non soltanto [veniva] definito tale 'sin dalla fecondazione' – così sgombrandosi il campo da qualsivoglia possibilità di interpretazione alternativa eventualmente finalizzata all'affermazione dell'esistenza di un embrione umano soltanto a partire da un determinata epoca successiva a quella della fecondazione dell'ovulo – ma considerato un soggetto di primario valore giuridico da tutelare in modo assoluto avverso il pericolo di qualsivoglia indebita utilizzazione mediante invenzioni per finalità industriali o commerciali»⁸⁰.

Il *vulnus* in tal modo potenzialmente inflitto agli artt. 2 e 32, comma 1, Cost. – prima ancora che agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. – ad opera dell'art. 4, l. n. 194 cit. veniva così ritenuto pressoché inevitabile: ciò in particolare perché al Tribunale remittente tutt'altro che inesatto pareva ritenere come «l'«embrione umano» [dovesse] qualificarsi alla luce dell'intervenuta decisione europea come 'essere' provvisto di una autonoma soggettività giuridica della cui tutela l'ordinamento [doveva] farsi carico anche (e soprattutto) a cagione della mancanza di qualsivoglia capacità di auto-tutela da parte del diretto interessato». In questa fase storica tuttavia – emblematico, in tal senso, il caso dell'ord. n. 150/2012 di restituzione degli atti al giudice *a quo* a proposito del divieto di eterologa su cui non è adesso possibile intrattenersi⁸¹ – la Consulta non sembrava ancora avere la seppur minima intenzio-

⁷⁷ In oggetto, sent. n. 151/2009 (punto 6.1 *cons. dir.*).

⁷⁸ Per le considerazioni che seguono sia consentito rinviare a S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranaziali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in www.giurcost.org (23 luglio 2012), 1 ss.

⁷⁹ Cfr. E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, 94 (e Id., *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, n. 2/2013, 234 ss.); R. CONTI, *I giudici e il biodiritto Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Ariccia (RM), 2014, *passim*.

⁸⁰ Così, Trib. Spoleto, ord. n. 60 del 3 gennaio 2012.

⁸¹ Su cui v. almeno A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)* e R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, entrambi in www.giurcost.org, rispettivamente, 2012 e 2013; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte* e A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte*



ne di esporsi a proposito del delicato tema dell'animazione o meno dell'embrione: avendo così fatto piuttosto leva su uno strumento processuale che le consentisse di sottrarsi pure alla complicata questione della trama dei rapporti tra essa ed i giudici del Lussemburgo con «una *non risposta*» che avesse «la *parvenza della definitività*»⁸² come, nella specie, la dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione di cui all'ord. n. 196/2012⁸³.

Un consolidato diritto vivente⁸⁴, del resto, già riteneva il provvedimento del giudice tutelare di “autorizzazione a decidere” elemento solo *esterno* al «riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica» – con funzione, cioè, integrativa (non decisoria) della volontà della minorenne «per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire» – e non già *interno*, e come tale costitutivo (decisorio), del procedimento in esame⁸⁵. La non applicabilità del censurato art. 4 cit. al giudizio considerato – col conseguente difetto di rilevanza della questione eccepita e la successiva declaratoria di manifesta inammissibilità di quest'ultima – finiva per dimostrarsi inevitabile a motivo del mancato riconoscimento in capo all'autorità remittente da parte della l. n. 194 cit. di «decidere», ovvero tantomeno «codecidere», «sull'*an* dell'interruzione della gravidanza».

A partire dal 2015 – e per tutto il triennio successivo fino ai giorni nostri – nondimeno la giurisprudenza costituzionale è parsa mutare repentinamente rotta, facendo non tanto leva sul riferimento alla *vita biologica* (sul quale ha continuato a non pronunziarsi espressamente) quanto direttamente su quello alla *dignità* stessa dell'embrione, prima solo genericamente invocata in materia dalla sent. n. 347 cit. Così per esempio, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40 cit., ha ritenuto di non censurare «la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di 'soppressione di embrioni', ove pur riferita (...) agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risult[assero] affetti da grave malattia genetica»⁸⁶. Questo evidentemente perché «nella fattispecie in esame, il *vulnus* alla tutela della *dignità* dell'embrione (ancorché malato, quale [sarebbe derivato] dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova[va] però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista»⁸⁷.

costituzionale, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 29 giugno e 19 luglio 2012); V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale* e B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, tutte in www.rivistaaic.it, n. 3/2012.

⁸² In tal senso, per tutti, L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, part. 31 e 62.

⁸³ Sul punto, M. CARRER, *Shut up and calculate? Il giudice tutelare, la Corte costituzionale e l'interruzione di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it (4 novembre 2012), 1 ss.

⁸⁴ In oggetto, ex plurimis, sent. n. 196/1987 nonché ordd. nn. 463/1988, 293/1993, 76/1996, 514/2002, 126/2012.

⁸⁵ Cfr., appunto, ord. n. 196, cit.

⁸⁶ Così, sent. n. 229/2015 (punto 3 cons. dir., terzo cpv) su cui A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (21 dicembre 2015).

⁸⁷ In tal senso, sent. n. 229 cit. (punto 3 cons. dir., sesto cpv): corsivi non testuali.

«Anche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica[va], sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in ‘numero [...] superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto’, *ex comma 2* del medesimo art. 14, nel testo risultante dalla [sentenza n. 151 del 2009](#)» – proseguiva spedita la Corte – «si prospetta[va], infatti, l’esigenza di tutelare la *dignità* dell’embrione, alla quale non [poteva] parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione». Quest’ultimo, difatti, «quale che ne [fosse] il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non [era] certamente riducibile a mero materiale biologico»⁸⁸. Su posizioni tutt’altro che dissimili è sembrata peraltro attestarsi appena l’anno successivo la Consulta anche con riferimento al giudizio sull’art. 13, commi 1, 2 e 3, l. n. 40 cit. nella parte in cui recisamente proibiva qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risultasse finalizzata alla tutela dello stesso.

Premesso come «la questione, così sollevata, rimanda[sse] al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell’embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di *dignità antropologica* che gli ven[isse] riconosciuto»⁸⁹, non poco conducente ai fini del presente contributo è difatti notare come – procedendo a delineare una sorta di stato dell’arte giurisprudenziale fino a quel punto elaborato – in assenza di riferimento all’inizio della vita affiorava sempre prepotentemente quello espresso alla dignità dell’embrione. «Emerge dalla ricordata giurisprudenza», in sintesi, che «la dignità dell’embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale ‘riconducibile al preceppo generale dell’art. 2 Cost.’ ([sentenza n. 229 del 2015](#))»⁹⁰.

Dell’indispensabile riferimento alla dignità – espressamente della gestante ma, implicitamente, pure del concepito – ancora da ultimo il giudice delle leggi ha peraltro dimostrato di non poter (voler?) fa-

⁸⁸ Sul punto, sent. n. 229 cit. (punto 3 *cons. dir.*, quarto cpv): corsivi non testuali.

⁸⁹ In oggetto, sent. n. 84/2016 (punto 8.1 *cons. dir.*) – corsivi non testuali – su cui, *ex plurimis*, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*; M. D’AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione*; M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell’embrione*; S. PRISCO, *Il diritto e l’embrione come soggetto di narrazioni*; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, tutti in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, rispettivamente, 157 ss., 171 ss., 183 ss., 197 ss., 209 ss., 223 ss., 245 ss. e 253 ss.). V. pure E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it (4 giugno 2016); V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (8 maggio 2016).

⁹⁰ Cfr. sent. n. 84 cit. (punto 8.2.1 *cons. dir.*).





re a meno. Nel giudizio sull'art. 263 cod. civ.⁹¹ (tutt'altro che richiesto in tal senso...) quest'ultimo ha così deciso di pronunziarsi incidentalmente sulle «pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la *dignità* della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁹²; non mancando altresì di rilevare «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»⁹³.

Da quest'ultimo punto di vista – ed in conclusione di queste prime notazioni sull'argomento – quanto alla trama giurisprudenziale sin qui intessuta con riferimento al diritto alla vita biologica possa ulteriormente contribuire l'apporto della Corte EDU è francamente presto a dirsi. Certo non poco secondario in tal senso sarà vedere se, e come, i giudici di Strasburgo intenderanno rispondere alla richiesta di parere consultivo di cui al Prot. n. 16 molto recentemente avanzata dalla Corte di Cassazione francese (dec. n. 638 del 5 ottobre 2018) in ordine al margine di apprezzamento statale sussistente nel rifiuto della trascrizione nel registro dello stato civile dell'atto di nascita di un figlio nato all'estero da surrogazione di maternità laddove – oltre al padre biologico come padre legale – pretenda pure di indicare la madre intenzionale quale madre legale⁹⁴.

⁹¹ Nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

⁹² Così, sent. n. 272/2017 (punto 4.2 *cons. dir.*) – corsivi non testuali – su cui F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2018, 147 ss.; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost.* 272 del 2017 e G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 9 marzo e 15 febbraio 2018), 1 ss.; A. SCHILLACI, [La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: \(molte\) luci e \(poche\) ombre, tra verità biologica e interesse del minore](http://www.diritticomparati.it), in www.diritticomparati.it (18 gennaio 2018) nonché, se si vuole, S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in www.osservatorirosulfonti.it, n. 2/2018, 1 ss.

⁹³ In tal senso, sent. n. 272 cit. (punto 4.3 *cons. dir.*).

⁹⁴ Sul punto, F. BUFFA, *Gestation pour autrui: la prima richiesta di parere consultivo alla Cedu*, in *Quest. giust.* (11 ottobre 2018); A.M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU* e M. PAPPONE, *In attesa dell'Italia, alcune riflessioni dopo l'entrata in funzione del Protocollo Addizionale n. 16 nell'ordinamento francese*, entrambi in www.diritticomparati.it (rispettivamente 18 e 29 ottobre 2018).



La procreazione medicalmente assistita. Prospettiva di bilanciamento dei diritti nell'esperienza argentina

*Diana Maria Castano Vargas**

MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION. RIGHT'S BALANCING IN THE ARGENTINE EXPERIENCE

ABSTRACT: Both the legislative choices through which values of political, economic and bioethical values are expressed, and the jurisprudential choices, which is to say, the assessment, evaluation and legal qualification of a fact, act as a barometer of the fundamental institutional direction of a given system and its ability to cope with the accelerating evolution of science and technology and, consequently, the resulting changes in society. The issue of the law n. 26.862/2013 and of the implementing decree n. 956/2013, as well as the work of presiding judge with regard to protection, constitute the pressing response that the Argentine legal system has given to the phenomenon of medically-assisted reproduction.

KEYWORDS: Argentina; biolaw; medically assisted procreation; balancing of rights; family autonomy

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La disciplina della procreazione medicalmente assistita in Argentina – 3. I riferimenti normativi a livello provinciale in materia di procreazione medicalmente assistita – 4. La ley nacional n. 26.862 del 2013 e il decreto regolamentario n. 956 del 2013. I principi generali – 5. I presupposti – 6. Il sostegno dello Stato nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – 7. Lo status dell'embrione – 8. La crioconservazione e la diagnosi preimplanto – 9. La procreazione medicalmente assistita e la filiazione – 10. L'attribuzione della genitorialità nella filiazione da procreazione medicalmente assistita – 11. Il consenso informato – 12. La gestación por sustitución – 13. La fecondazione post mortem – 14. Note conclusive.

1. Introduzione

I tema della procreazione medicalmente assistita e la sua regolamentazione all'interno di ogni Stato, costituisce una chiave privilegiata di lettura delle più rilevanti dinamiche osservabili nella società contemporanea.

Il bilanciamento dei diritti e degli interessi, talvolta in conflitto, che riguardano la materia, più che la tradizionale interpretazione, trova all'interno di ogni ordinamento giuridico una maggiore o minore rilevanza.

Sia le scelte legislative, mediante le quali si esprimono contenuti valoriali di natura politica, economica e bioetica, sia le scelte giurisprudenziali, ovvero l'accertamento, la valutazione e la qualificazione

* Dottoranda di ricerca in *Humanities and Technologies: an integrated research path. Profilo giuridico*. Università degli Studi «Suor Orsola Benincasa» di Napoli. Email: castanodianamaria@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anomino.

giuridica di un fatto, danno conto delle coordinate istituzionali fondamentali di un determinato sistema giuridico e della capacità dello stesso di fare fronte all'incalzante evoluzione della scienza e della tecnologia e, di conseguenza, ai derivanti cambiamenti della società¹.

Sul piano riproduttivo umano, la capacità di procreare si è vista diminuire drasticamente nelle ultime decadi. Il problema affligge non solo i paesi cosiddetti industrializzati, bensì anche quelli in via di sviluppo. Fattori come l'inquinamento ambientale, così come quello alimentare, l'aumento delle malattie a trasmissione sessuale, l'aumento di patologie psicologico-comportamentali, l'inserimento del genere femminile nel mondo lavorativo che comporta il più delle volte il posticipare la prima gravidanza, costituiscono le cause principali della sterilità o dell'infertilità di coppia.

Tale fenomeno ha suscitato particolare interesse da parte della scienza e della tecnologia che si sono adoperate per dare risposte e soluzioni. Il processo procreativo naturale è stato quindi oggetto di intervento esterno attraverso le tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita, d'ora in poi PMA.

Il ricorso a tali tecniche coinvolge diversi soggetti i cui diritti devono essere tutelati e, contemporaneamente, crea nuove situazioni giuridiche con effetti correlati che hanno bisogno di regolamentazione.

Le pagine successive si propongono di mettere in luce le caratteristiche e la regolamentazione che il fenomeno ha trovato all'interno del sistema giuridico argentino.

2. La disciplina della procreazione medicalmente assistita in Argentina

Per analizzare il panorama della PMA in Argentina, occorre innanzitutto specificare che la forma di Stato entro la quale il fenomeno si sviluppa è di tipo federale, con ampi poteri di autonomia demandati agli organismi federati, ragion per cui la rilevazione delle discipline che trovano applicazione deve necessariamente tener conto del pluralismo delle fonti normative e giurisprudenziali.

Il sistema giuridico argentino si regge su una Costituzione nazionale, 23 Costituzioni provinciali e una della Città Autonoma di Buenos Aires². La Costituzione nazionale è stata oggetto di numerose modifiche, l'ultima delle quali, nel 1994, ha apportato tra le innovazioni più significative, la modifica dell'art. 75, comma 22³, in base al quale si è affermato il principio che i trattati stipulati con le altre

¹ T.E. FROSINI, *Declinazioni del governare*, Torino, 2018, pp. 75-77.

² E. Rozo Acuña, *Il Costituzionalismo in vigore nei paesi dell'America Latina*, Torino, 2012, pp. 596 ss.

³ L'articolo 75, comma 22, secondo inciso della Costituzione Nazionale argentina recita: «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruel, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara» (corsivo fuori testo).



nazioni, con le organizzazioni internazionali e i concordati con la Santa Sede⁴, in tema di diritti umani «tienen jerarquía superior a las leyes» dando vita a quello che è chiamato il «Bloque de Constitucionalidad Federal»⁵.

Per effetto di questa enorme innovazione costituzionale il sistema delle fonti oggi si è ampliato⁶ perché comprende oltre alle fonti interne anche le fonti convenzionali internazionali⁷.

Un altro elemento dominante, di cui si deve tenere conto nell'analizzare il quadro normativo della PMA argentina, e in generale dell'America Latina, è il ruolo preponderante svolto dal giudice, e soprattutto dal giudice ordinario nell'esercizio delle funzioni di giudice d'Amparo⁸, perché, in presenza di un diritto positivo scarno e avaro di disposizioni legislative su determinate materie, il giudice argentino, al di là della sua specifica competenza può pronunciarsi anche su questioni constitucionales, nel momento in cui vengano sottoposti al suo giudizio, attraverso un Recurso de Amparo o Acción de Amparo, fatti che ledano o minaccino di ledere un diritto fondamentale⁹. L'attività del giudice oltre a

⁴ G.J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1994, pp. 550-554.

⁵ L. MEZZETTI, E.A. VELANDIA CANOSA, *La Justicia constitucional en Argentina*, in *Justicia constitucional. sistemas y modelos comparados*, Bogotá, 2017, pp. 61 ss; J.A. AMAYA, *Control de constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 362 ss; G.J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

⁶ Il riconoscimento dei diritti contemplati nei diversi trattati internazionali comporta per lo Stato la soggezione a una serie di obblighi che si possono riassumere, in base a un'autorevole interpretazione della dottrina, nel dovere di rispettare, proteggere, garantire e promuovere i diritti in questione. Come si può facilmente dedurre, il complesso di obblighi che scaturiscono dal processo di «costituzionalizzazione» così avvenuto è stato molto ampio e variegato e ha rappresentato una potente arma nelle mani del conglomerato sociale al momento della esigibilità e tutela degli stessi.

⁷ Invero, il nuovo codice civile e commerciale (CCC) argentino (riforma approvata dalla legge n. 26.994 sancita il 01/10/2014, promulgata il 7/10/2014, pubblicata sulla gazzetta ufficiale argentina «boletín oficial» il 08/10/2014) entrato in vigore il 01/08/2015, dispone all'art. 1 «Fuentes y aplicación» che: l'interpretazione e l'applicazione delle norme del codice dovranno essere eseguite in conformità con la Costituzione Nazionale e con le disposizioni dei trattati internazionali sui diritti umani.

⁸ Sull'argomento v. D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 99 ss; E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3^a edizione, Madrid, 1988, pp. 49 ss.

⁹ L'*Acción de Amparo* o *Acción de Tutela* è un istituto proprio dei sistemi giuridici dell'America Latina. È nato in Messico e si trovava già presente agli inizi dell'Ottocento nelle prime costituzioni degli Stati Messicani e, naturalmente, nella Costituzione federale degli Stati Uniti Messicani del 1857.

L'*Acción d'Amparo* in Argentina, riconosciuta dall'articolo 43 della Costituzione Federale e regolamentata dalla legge n. 16.986 del 18 ottobre 1996 è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali, un meccanismo di protezione della supremazia della Costituzione nei confronti dei pubblici funzionari e in genere di tutti i governanti che, nell'esercizio arbitrario o illegittimo del potere, possano concretamente o potenzialmente ledere, violare, restringere, alterare o minacciare i diritti o le garanzie esplicitamente e implicitamente in essa riconosciuti. Operando la stessa tutela anche nei casi in cui il soggetto attivo delle condotte lesive o minacciose sia un privato oppure una categoria particolare di soggetti dotati o meno di personalità giuridica. Durante il procedimento dell'*acción de amparo* il giudice adito prende la veste di *Juez constitucional de amparo* e il suo superiore gerarchico, il giudice d'Appello, veste di *Juez constitucional de amparo de segunda instancia*. La caratteristica principale del procedimento della *Acción de Amparo* è la sua sussidiarietà, sommarietà e rapidità al fine di consentire il ripristino del diritto violato e/o la cessazione della minaccia in tempi utili e congrui prima che il conflitto da cui trae origine si sia estinto.

risultare la via più idonea per una tutela effettiva, pone le basi per una regolamentazione di sostanza della materia e detta dei principi che si vanno formando, tassello dopo tassello, come un precedente giurisprudenziale.

3. I riferimenti normativi a livello provinciale in materia di procreazione medicalmente assistita

In Argentina la materia della PMA viene regolamentata da leggi nazionali e provinciali che garantiscono l'accesso integrale alle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁰, in quanto l'accesso stesso viene catalogato come *derecho humano*¹¹. Accanto a tale normativa ve ne è un'altra costituita dal nuovo *Código civil y comercial argentino* (d'ora in poi CCC) del 2014, entrato in vigore il 1° agosto 2015 e che regolamenta gli effetti dell'utilizzo delle tecniche di PMA.

A partire dagli anni Novanta l'Argentina ha avviato un processo di progressivi trasferimenti di competenze in favore delle Province, specie per quanto riguarda il settore della sicurezza e del benessere sociale. Tra la Provincia *Estado Provincial* e lo Stato *Estado Federal*, vige un sistema generale di riserva ai sensi dell'art. 121 della Costituzione, secondo cui ogni potere non espressamente delegato allo Stato appartiene alle Province.

Materie come l'educazione, la salute, l'ambiente, le imposte indirette, il riconoscimento e la protezione dei popoli indigeni, così come la prosperità e il benessere in genere del Paese (art. 41; 42; 75 commi 2, 17, 18, 19, e art. 125 Costituzionale) fanno parte invece di un regime legislativo di tipo concorrente tra i due sopracitati livelli di governo.

Il tema della PMA è connesso insindibilmente al diritto alla salute¹², in concreto alla salute riproduttiva, pertanto rientra tra le materie soggette al regime legislativo concorrente tra Stato e Provincia. In pratica, a seguito dell'avvenuta promulgazione di una legge quadro nazionale, le Province hanno due possibilità. Possono aderire semplicemente alla legge nazionale, oppure possono emanare una legge provinciale che, basandosi sui principi generali, disciplini più approfonditamente la materia nel proprio ambito.

Il giudice adito potrà accogliere o negare la *Acción de Amparo*. Nel caso in cui sia accolta, il giudice detta sentenza nella quale: indica l'autorità o il privato contro cui si concede l'*amparo*; determina la condotta (dare, fare, non fare) che dovrà essere eseguita; indica il termine per adempiere la decisione. Tale provvedimento ha valore di cosa giudicata rispetto al caso specifico.

Per approfondire v. E. Rozo ACUÑA, *Temi di diritto pubblico comparato*, Urbino, 2010, pp. 65 ss; L. FROSINA, *L'acción de amparo nella esperienza costituzionale Argentina*, in federalismi.it n.1/2014.

¹⁰ La legge nazionale n. 26.862 del 2013 viene denominata come di «acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médica asistida».

¹¹ Difatti la legge n. 26.862 del 2013 regola l'«acceso integral a los procedimientos y técnicas médica asistenciales de reproducción médica asistida».

¹² Sul tema del diritto alla salute v. sentenza Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000 – Fallos: 323:3229., reperibile on-line: www.csjn.gov.ar (ultima consultazione 07/01/2018).



Nel livello nazionale la materia dell'accesso è disciplinata dalla *ley* n. 26.862 del 2013 e dal *Decreto Reglamentario*¹³ n. 956 del 2013. Le Province ai sensi dell'art. 10 di tale legge possono aderire, oppure, in accordo con i principi in essa dettati, hanno la facoltà di emanare una loro regolamentazione interna¹⁴.

Delle 24 entità federative (23 Province e la Città Autonoma di Buenos Aires) in cui si articola il sistema argentino, solo sei hanno recepito le disposizioni nazionali sull'accesso quasi supinamente, cioè senza sancire alcunché in relazione all'ambito delle loro competenze. Questo è il caso di Chubut, La Rioja, Santa Fe, La Pampa, San Luis ed Entre Ríos. Altre entità federative invece hanno disciplinato la materia con proprie leggi *ex novo* oppure hanno novellato quelle già esistenti¹⁵.

Buenos Aires ha adottato la legge n. 14.208 del 2010 modificata dalla legge n. 14.611 del 2014, e dal *decreto reglamentario* n. 2.980 del 2010, decreto n. 564 del 2011 e decreto n. 376 del 2015, dalla risoluzione n. 7.237 del 2015, tra altre disposizioni; Cordoba, la legge n. 9.277 del 2005 modificata dalla legge n. 9.695 del 2009, oltre alle risoluzioni n. 0178 del 2009 e 0147 del 2012 *Apross*¹⁶; Neuquén, legge n. 2.258 del 1998¹⁷ e legge n. 2.954/2014; Río Negro, legge n. 4.557 del 2010; Tierra del Fuego, legge n. 995 del 2014; Santa Cruz legge n. 3.225 del 2011, Salta legge n. 7964 del 2016. Altre Province come quella di Jujuy¹⁸, Formosa, Catamarca, Tucumán e Misiones, non hanno formalmente né aderito alla legge nazionale, né hanno adottato una legislazione interna.

¹³ Il *Decreto Reglamentario* è un regolamento di attuazione. È espressamente previsto nella costituzione argentina all'articolo 99 comma 2 che il potere esecutivo ha tra altre attribuzioni quello di emanare le *instrucciones* e i *reglamentos* che siano necessari per l'esecuzione delle leggi della Nazione, curando di non alterare il loro spirito. L'articolo fa riferimento ai cosiddetti «reglamentos de ejecución» che non sono altro che la manifestazione dell'attività regolamentaria del potere esecutivo. In riferimento v. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, capitolo VII.

¹⁴ L'art. 10 della legge detta: «Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes».

¹⁵ Per la consultazione delle normative interne e approfondire sull'argomento, v. M. AIZENBERG, *Informe Preliminar Ley 26.862 del 2013 Reproducción humana asistida. Aportes para el camino hacia su reglamentación. Los desafíos pendientes*, in *Observatorio de Salud Facultad de Derecho Universidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, pp. 20 ss, reperibile on-line: www.derecho.uba.ar (ultima consultazione 13/01/2018).

¹⁶ La *Resolución* n. 87/10 *Apross* è stata dichiarata incostituzionale (*inter partes*). In data 12/05/2014 per il tramite dell'Acción de Amparo V. S. L. y otro c/ Administración Provincial de Seguros de Salud, il giudice di seconde cure Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, ha confermato la sentenza che dichiarava incostituzionale la *Resolución* n. 87/10 nella parte in cui si disponeva l'esclusione delle tecniche di PMA nei confronti delle donne che avevano avuto in precedenza figli biologici: «Corresponde confirmar la sentencia que en cuanto declara la inconstitucionalidad de la resolución n. 87/10 emitida por el Directorio del demandado que excluye a las afiliadas que hayan tenido hijos biológicos de los alcances del programa de fertilización asistida aprobado por la resolución N° 178/09».

¹⁷ Si tratta della Legge per la quale si crea «en el ámbito de la Provincia de Neuquén la Comisión Provincial Permanente de Fecundación Asistida e Investigación Genética».

¹⁸ In discussione progetto di legge di adesione alla legge n. 26.862/2013 della Provincia di Jujuy: *Expediente: 208-DP-15*.

4. La ley n. 26.862 del 2013 e il decreto regolamentario n. 956 del 2013. I principi generali

Come accennato si deve evidenziare che la legge nazionale n. 26.862 del 2013 è una legge che disciplina e garantisce l'accesso integrale ai procedimenti e alle tecniche di PMA.

Il suo decreto attuativo n. 956 del 2013 dispone nella parte motivazionale¹⁹ i principi e i diritti base su cui poggia l'intera disciplina. Infatti, sono dichiarati e sanciti i diritti di ogni persona alla paternità/maternità, a formare una famiglia e il diritto alla tutela della salute. Il tutto improntato sulla base delle garanzie concordanti e preesistenti riconosciute dalla Costituzione nazionale e dai Trattati di rango costituzionale (art. 75, comma 22) e in concreto sulla base dei principi di autodeterminazione, dignità, uguaglianza, non discriminazione, così come del diritto ad usufruire dei benefici e dei progressi della scienza e della tecnologia.

Da tale coinvolgimento normativo è rilevabile una sorta di *statuto* che si regge sui seguenti elementi essenziali: la centralità della persona dalla quale derivano la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo; la pari dignità sociale e l'uguaglianza dei cittadini; il valore della ricerca scientifica e tecnologica, della quale i poteri pubblici sono chiamati a promuovere sviluppo e potenziamento, garantiti a partire dalle dichiarazioni degli stessi trattati internazionali sui diritti umani.

Una diretta specificazione del rapporto tra tali principi costituzionali è rappresentata da copiosa giurisprudenza e dagli artt. 41 e 42 Cost. che riconoscono nella salute un fondamentale diritto dell'individuo²⁰, propedeutico e necessario al pieno soddisfacimento della persona. Da ciò scaturisce l'obbligo del legislatore di introdurre una appropriata disciplina della materia tenendo conto degli obblighi di assistenza sanitaria e di accesso alle cure con il miglior grado di tecnologia disponibile autorizzata, e della garanzia primaria del diritto di libertà ad essi connessi.

5. I Presupposti

Rispetto all'individuazione delle concrete *rationes* sulle quali si erige l'impianto normativo, il legislatore argentino riporta una finalità pluralista che non si limita al solo superamento dell'infertilità o sterilità. Difatti la disciplina ha un'impronta molto più estensiva in quanto punta ad un obiettivo superiore, e cioè quello di voler garantire a tutte le persone la paternità/maternità, e quindi, la formazione di una famiglia.

La scelta di diventare genitori è espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi; la condizione di non poter portare a termine una gravidanza, oppure l'impossibilità *ex ante* di raggiungerla in forma naturale, viene vista non solo come una malattia -le cui cure devono essere garantite dallo Stato attraverso i diversi livelli essenziali di assistenza, tutelando al contempo la salute

¹⁹ È caratteristico degli ordinamenti dell'America Latina che nei «Decretos Reglamentarios» o talvolta nelle Leggi vengano indicate, come preambolo, le loro motivazioni con la parola «considerando».

²⁰ Sul particolare cfr. sentenza Campodónico de Beviacqua, Ana Carina/Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas – Fallos 323:3215; sentenza Monteserrín – Fallos 324:3571, in cui si afferma che: «el derecho a la preservación de la salud está reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y el Estado debe asumir las obligaciones que derivan de él, a partir de compromisos adquiridos en el marco del derecho internacional».



fisico-riproduttiva oltre che quella psichica- ma anche come un impedimento rispetto al fine primario della procreazione, e dell'avere una discendenza.

Come corollario, rispetto alla legittimazione del ricorso alle tecniche di PMA, sia la legge che il decreto non ne limitano l'accesso alle sole coppie con problemi di sterilità o infertilità²¹. La disciplina è molto ampia e non impone espressamente né il vincolo del matrimonio né che la coppia sia composta da soggetti di sesso diverso. Sul punto, il quinto capoverso dei «considerandos» del decreto dispone che «la Ley n. 26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médica asistida todas las personas, mayores de edad, sin que pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado» (grassetto fuori testo), dichiarazione questa dalla amplissima portata che, non solo non impone un limite minimo/massimo di età²² al fine dell'accesso alle tecniche di PMA, bensì allarga l'accesso anche alle persone *single*²³.

La legge, ai sensi dell'articolo 8 amplia ulteriormente la garanzia sull'accesso alle tecniche di PMA permettendone l'utilizzo ai minorenni che, anche se non alle porte di una gravidanza desiderata, in vista della loro sottoposizione ad eventuali terapie mediche, come nel caso di pazienti oncologici, possano correre il rischio di vedere menomata la loro fertilità. In tali casi, è frequente fare ricorso a tecniche come la criopreservazione o la vetrificazione di tessuti riproduttivi per garantire, in un futuro, la possibilità di una gravidanza.

²¹ Su questo punto si ricordano le sentenze Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, «O.R.N. c/Unión Personal s/incidente de medida cautelar» del 29/06/2010; e sentenza Juzgado Federal nº 2 de Córdoba, «B.S.B. y otro c/Obra Social de Petroleros (OSPE) s/amparo» del 5/11/2010 in cui si condanna «a cubrir total e integralmente hasta tres tratamientos de fertilización in vitro con técnica ICSI a favor de la pareja amparista, imposibilitada a procrear por la endometriosis severa padecida por la mujer. (...) [L]a existencia de un funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a algunas personas de cualquier nivel socioeconómico de crear una familia, debe ser considerada como una enfermedad o patología, debiendo reconocérseles en consecuencia a dichas personas el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación».

²² Risulta doveroso precisare che nei giorni precedenti la chiusura del presente contributo, il *Ministerio de Salud* argentino ha emanato la risoluzione n. 1044/2018 in cui si stabiliscono dei limiti per l'accesso alle tecniche di PMA. Tali limiti di età (rispetto ai quali la dottrina più autorevole ravvisa profili di illegittimità costituzionale) riguardano soltanto le donne, determinando una distinzione nei casi in cui vengano utilizzati nei trattamenti ovuli propri (44 anni) o donati (51 anni): «Artículo 1º Establécese que todo tratamiento de reproducción médica asistida con óvulos propios se realizará a mujer de hasta cuarenta y cuatro (44) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario. Artículo 2º Establécese que todo tratamiento de reproducción médica asistida con óvulos donados se realizará a mujer de hasta cincuenta y un (51) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento. Artículo 3º Establécese para el supuesto de que la mujer de entre cuarenta y cuatro (44) y cincuenta y un (51) años de edad hubiera criopreservado sus propios óvulos antes de cumplir la edad de cuarenta y cuatro (44) años, podrá realizar cualquier tratamiento de reproducción médica asistida con dichos óvulos propios criopreservados.» Risoluzione reperibile on-line : servicios.infoleg.gob.ar (ultima consultazione 12/07/2018).

²³ In argomento, cfr. sentenza emessa dal 18º Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, Amparo, expediente n. 251.412, del 26 settembre 2015, in cui il giudice d'Amparo concede la tutela in favore di parte attrice e contro la OSEP «Obra Social de los Empleados Pùblicos» in cui ordina a quest'ultima a «otorgar, en forma inmediata a la notificación de la presente resolución, la cobertura integral (100%) de tres intentos de fertilización «in vitro» (FIV) convencional o bien por aplicación de técnica ICSI, según resulta más conveniente al estado de salud de la paciente, con espermodonación, incluida medicación y gastos».

Pertanto ciò che maggiormente conta è l'intento di soddisfare la volontà²⁴ di diventare genitori con base nei principi di autonomia e autodeterminazione della singolo o della coppia²⁵.

Dall'altro canto, un requisito di primaria importanza ai fini dell'utilizzo delle tecniche di PMA è il consenso. Ai sensi degli articoli 1° e 2° della legge n. 26.862 del 2013, la PMA è configurata come l'insieme di procedimenti e tecniche medico sanitarie per il raggiungimento di una gravidanza il cui elemento essenziale è la esplicitazione del consenso informato che deve manifestarsi con le forme e con le modalità che all'uopo sono previste dalla legge nazionale n. 26.529 del 2009 sui *Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado*.

Il consenso espresso attraverso la sottoscrizione di appositi moduli, del singolo, o della coppia, ha ad oggetto le prestazioni medico-assistenziali delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Il decreto n. 956 del 2013 impone che detto consenso debba essere fornito per iscritto prima di procedere ad ogni prestazione medica. La sua recova è cessa a seconda delle tecniche a cui si accede, e vuol dire che nel caso di tecniche cosiddette di bassa complessità il consenso sia revocabile in qualsiasi fase del trattamento o fino al momento prima dell'inizio dell'inseminazione. Invece per quanto riguarda le tecniche ad alta complessità, il consenso può essere revocato fino al momento prima dell'impianto dell'embrione, quindi anche nel caso di fecondazione in vitro già avvenuta.

Si deve altresì rilevare l'importanza della sottoscrizione del plurinominato documento che può assolvere diverse funzioni, sotto svariati profili: concludere un contratto di assistenza medica; consentire al medico di procedere con i trattamenti; assumere infine nei confronti del nascituro la responsabilità genitoriale che deriva dalla procreazione attraverso l'utilizzo delle tecniche di PMA. Un'analisi più approfondita sarà svolta nelle successive pagine.

6. Il sostegno dello Stato nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita

La motivazione principale che sottostà all'emanazione della legge n. 26.862 del 2013 sta nel voler assicurare che le prestazioni di PMA siano garantite attraverso le tre categorie di prestazioni in materia di salute: *servicio público*, della *seguridad social* (obras sociales) e *privado* (medicina prepagada)²⁶.

²⁴ Sull'importanza dell'elemento volitivo v. A. KEMELMAIER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Revista de Derecho Privado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, maggio 2012, pp. 19 ss, reperibile on-line: www.uba.ar (ultima consultazione 09/12/2018).

²⁵ Sul punto v. A. KEMELMAIER DE CARLUCCI, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 8.

²⁶ Il Sistema Sanitario Nazionale argentino, di carattere universalistico, è composto da tre sottosistemi o sottoseztori differenziati e strutturati per garantire l'assistenza sanitaria ai differenti segmenti della popolazione; il sottosistema di: a) «servicios públicos» a carico del governo nei livelli nazionale, provinciale, e municipale; b) «seguros sociales» composto dalle differenti «Obras Sociales» e il sottosistema «privado»; c) il sottosistema privato è composto da imprese di medicina prepagata, convenzionata, cooperative e prestatori di servizi di salute indipendenti, prestano i servizi in base al reddito dei propri affiliati che, di regola, sono privati senza un rapporto di lavoro subordinato. Per approfondire v. L. GIOVANELLA, *Los sistemas de salud de Argentina, Brasil y Uruguay en perspectiva comparada*, in *Observatorio MERCOSUR de Sistemas de Salud*, Rio de Janeiro, agosto del 2013, pp. 70-72, reperibile on-line: www.oiapss.org (ultima consultazione 18/01/2018).



Tutto ciò a tutela del diritto alla salute fisica e psicologica qualificato come diritto fondamentale da parte del sistema giuridico argentino, anche nell'accezione del «diritto alla riproduzione»²⁷.

In quest'ottica, la disposizione normativa di cui all'articolo 8 della legge, afferma che «el sector público de salud» deve includere, tra le prestazioni mediche obbligatorie, la copertura integrale e interdisciplinare di attività di consulenza, diagnosi, somministrazione di medicinali e di terapie di sostegno, nonché i procedimenti e le tecniche che l'Organizzazione Mondiale della Sanità prevede al fine della riproduzione medicalmente assistita e cioè: l'induzione di ovulazione, la stimolazione ovarica controllata e la conseguente ovulazione, le tecniche di riproduzione assistita (TRA); l'inseminazione intrauterina, intracervicale o intravaginale, con gameti del coniuge, convivente o di un donatore²⁸.

Tutte queste prestazioni debbono essere finanziate ed erogate dal SSN, utilizzando la migliore tecnologia disponibile autorizzata allo scopo, in accordo con i criteri e le modalità stabilite dalla *autoridad de aplicación* (cioè il Ministero della Salute della Nazione Argentina unitamente alla *Superintendencia de Servicios de Salud*)²⁹, che non può, in alcun modo, introdurre requisiti o limitazioni connessi all'orientamento sessuale o allo stato civile dei destinatari³⁰.

²⁷ Tema più ampiamente trattato in A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÁ, M. HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, capitoli I y II; N. LLOVERAS, S. MARCELO SALOMÓN, *La familia desde la Constitución Nacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, capítulo I; E. JELIN, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporánea* in A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (a cura di), *La familia en el nuevo derecho*, Santa Fe, 2009, Tomo I, pp. 135 ss

²⁸ Le tecniche di PMA o tecniche di riproduzione assistita (TRA) come denominate dalla legge n. 26.862 argentina, sono: le tecniche di I livello, dette anche di «bassa tecnologia» o di «fecondazione in vivo»; le tecniche di II livello che possono essere definite «di alta tecnologia» e di «fecondazione in vitro» perché il contatto tra spermatozoo e ovocita avviene al di fuori della naturale sede uterina.

L'inseminazione intrauterina, intracervicale o intravaginale, con gameti del coniuge, convivente (fecondazione omologa) o di un terzo donatore (fecondazione eterologa) è una tecnica di bassa complessità in cui l'inserimento degli spermatozoi avviene mediante un apposito catetere all'interno della cavità uterina.

Le tecniche di riproduzione assistita di alta complessità più note sono: la *FIVET* (Fertilization In Vitro Embryo Transfer), la *ICSI* (Intra-Cytoplasmatic Sperm Injection).

La *FIVET* è una delle tecniche più diffuse al mondo. Questa tecnica prevede due fasi: la fecondazione in vitro (Fertilization In Vitro: FIV), cioè l'unione e la coltura extracorporea dei gameti, ovocito e spermatozoo e il successivo trasferimento dell'embrione (Embryo Transfer: ET), precedute da altrettante due fasi preliminari (l'iperstimolazione ovarica controllata e il prelievo degli ovociti). Gli embrioni rimanenti (soprannumerari) vengono crioconservati.

La *ICSI* o comunemente chiamata microiniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo, comporta che la fecondazione dell'ovocita venga ottenuta mediante iniezione (si usa una micropipetta) intracitoplasmatica di un singolo spermatozoo all'interno dell'ovocita (adeguatamente preparato) sotto il controllo dell'occhio umano, guidato da microscopio. Verificata l'avvenuta fecondazione, gli embrioni vengono trasferiti successivamente nella cavità uterina come per la FIVET. I tempi che precedono la fecondazione sono uguali a quelli della FIVET.

Una analisi approfondita può essere eseguita in F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita: Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, pp. 5-33.; C. FLAMIGNI, *Il primo libro della sterilità, I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, Torino, 2009, pp. 261 ss.

²⁹ M. HERRERA, E. LAMM, *Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, luglio 2013, pp. 2-4.

Secondo l'articolo 6° della legge n. 26.862 la funzione principale del Ministero di Salute è quella di adottare le misure necessarie per garantire il diritto di accesso egualitario alle pratiche di PMA, a tale fine dovrà nelle sue

Orbene, l'art. 9 della legge afferma che, al fine di garantire l'adempimento degli obblighi di legge, il Ministero della salute della nazione argentina è obbligato a provvedere alla predisposizione di uno specifico impegno di spesa annuale.

Del resto, si evidenzia che tale garanzia viene resa effettiva anche attraverso l'intervento del Giudice d'Amparo che, in ripetute occasioni, ha ordinato alla struttura sanitaria competente l'erogazione di tutti i trattamenti di PMA, la somministrazione di medicamenti ai fini della procreazione, arrivando perfino a ordinare la copertura integrale delle spese sostenute per vitto e alloggio, nel momento in cui le tecniche siano state effettuate in una città diversa da quella di residenza³¹. Tutto ciò attesta che in Argentina l'*Acción de Amparo*³² consente di concretizzare il diritto alla salute, di renderlo alla portata di tutti quale diritto fondamentale, esigibile e tutelabile attraverso meccanismi solleciti e immediati.

Infine, ai sensi dell'articolo 8 del decreto, il SSN dovrà garantire e coprire tutte le spese in favore di ogni «habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente»³³, allargando in questo modo la tutela dei diritti in parola anche a chi non è cittadino argentino o a chi essendolo si trova in una Provincia in cui il sistema sanitario provinciale non offre le garanzie della migliore tecnologia.

vesti di «Autoridad de aplicación» coordinare con le autorità sanitarie Provinciali e della Città Autonoma di Buenos Aires, la creazione e/o lo sviluppo dei diversi servizi di PMA, sia di alta che di bassa complessità da erogarsi in ogni giurisdizione, mirati all'adempimento degli obblighi imposti dalla normativa sulla materia (art. 6, Decreto 956/2013).

³⁰ I trattamenti garantiti nei termini della legge n. 26.862 sono un numero massimo di quattro (4) trattamenti annuali di bassa complessità e fino a tre (3) trattamenti di alta complessità con intervalli minimi di tre (3) mesi. Secondo l'articolo 8 paragrafo 4° si dovrà sempre iniziare con le tecniche di bassa complessità come requisito previo l'uso delle tecniche di maggiore complessità, fermo restando i casi in cui ci sia una giustificazione a ricorrerne direttamente.

³¹ Si pensi ad esempio che spesso il Giudice d'Amparo Costituzionale ordina alla struttura sanitaria competente che si provveda a coprire integralmente i trattamenti di fertilizzazione assistita, la somministrazione di medicamenti e perfino il necessario per il trasporto, oltre a vitto e alloggio dei singoli o delle coppie, nel caso non si disponga di propri mezzi economici e sia necessario recarsi in un'altra città per la pratica della PMA. «V.» ad esempio la sentenza del Tribunale Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata caso: «C., N. y otro c/ Unión Personal/Amparo». Fascicolo n. 13.595 del 11/10/2012, in cui il Tribunale adito ordina «1º) Revocar el decisorio fs. 36/39 y, en consecuencia; hacer lugar a la acción de amparo incoada por la Sra. N. C. y el Sr. M. V. contra la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UP), ordenando a la obra social demandada que provea lo conducente y brindar a los actores la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida, que conforme prescripción médica- comprende tres fases: medicamentoso, ovidonación y Fertilización in Vitro (FIV), así como el traslado y alojamiento de los actores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde deberá realizarse el tratamiento requerido en el Instituto CEGYR - Centro de Estudios de Ginecología y Reproducción (...) en la cantidad de oportunidades que fundamente y prescriba la profesional (...)»(corsivo fuori testo). Sentenza reperibile on-line: aldiaargentina.microjuris.com (ultima consultazione 17/05/2018).

³² L'*Acción d'Amparo* è disciplinata dalla Legge Nazionale n. 16.986 de 1966 «Artículo 1º. La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el *habeas corpus*».

³³ I requisiti per ottenere la «residencia definitiva» sono stabiliti dalla «Ley de Política Migratoria» n. 25.871 del 2004».



7. Lo status dell'embrione

Come primo aspetto occorre rilevare che la Costituzione nazionale del 1853, la cui ultima grande novellazione risale al 1994, non prevede all'interno della sua architettura, disposizioni ove sia solennemente riconosciuto il diritto alla vita o disposizioni dedicate allo statuto giuridico della vita umana, men che meno alla protezione dell'embrione. Le disposizioni cui comunemente dottrina e giurisprudenza fanno riferimento, quando trattano del diritto alla vita, sono l'articolo 29 Cost.³⁴ in parallelo con l'art. 33 Cost.³⁵, che dettano soltanto generalissimi principi sulla tutela dei diritti. Per queste ragioni, il ricorso alla «constitucionalización» dei diritti insiti nei trattati internazionali sui diritti umani, finisce per diventare la fonte di rango costituzionale preminente cui fare riferimento (art. 75 comma 22 Cost.).

Diverse sono invece le espressioni con cui le Costituzioni provinciali trattano la materia della tutela del diritto alla vita, individuandola fin dal momento della *concepción*³⁶. Nella Costituzione di Buenos Aires si afferma che tutte le persone nell'ambito della provincia godono del diritto *a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural* (art. 12 Cost.); Catamarca garantisce, come speciale diritto del bambino, *la vida desde su concepción* (art. 65° III, inc. 3); in Chaco, *La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: 1) a la vida y a la libertad, desde la concepción* (art. 15, inc. 1, Cost.); in Chubut gli abitanti godono del diritto *a la vida desde su concepción* (art. 18, inc. 1, Cost.); la Costituzione di Córdoba afferma che sono inviolabili *la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona* e ancora che ogni persona è titolare del diritto *a la vida desde la concepción* (arts. 4 e 19, inc. 1, Cost. rispettivamente); in Formosa si afferma che *todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción* (art. 5, secondo capoverso, Cost.); in Salta *la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles* (art. 10, Cost.), in San Luis *la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles* (art. 13 Cost.) e, più avanti, *el Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste hasta su pleno desarrollo* (art. 49 Cost.); in Santiago del Estero, *todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción* (art.

³⁴ «Art. 29. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consentan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria».

³⁵ «Art. 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

³⁶ Tranne nella Costituzione più recente, quella della Provincia di «Entre Ríos» del 2008, in cui si riprende letteralmente la tutela del diritto alla vita, così come riportata dall'articolo 4, comma 1, della «Convención Americana sobre Derechos Humanos» il cui tenore letterale dispone che: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción» costituendo la dicitura «y en general» la base delle più schiere posizioni sul tema del momento in cui comincia la protezione del diritto alla vita. Per un esame accurato v. sentenza Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, testo integrale della sentenza reperibile on-line: www.corteidh.or.cr (ultima consultazione 20/01/2018).

16 Cost.); in Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur: *todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 – A la vida desde la concepción* (art. 14 Cost.); infine la costituzione di Entre Ríos dispone che *la Provincia reconoce y garantiza a las personas el derecho a la vida y, en general, desde la concepción hasta la muerte digna* (art. 16 Cost.).

Per quanto riguarda le fonti nazionali ordinarie, il nuovo CCC apre il Capitolo I *Comienzo de la vida*, Titolo I *Persona humana*, con l'articolo 19 che tratta dell'inizio *de la existencia de la persona humana*, a partire dal *momento de la concepción*³⁷.

A corollario di quanto sopra affermato si può concludere che il sistema giuridico argentino protegge il diritto alla vita fin dal momento del concepimento. Quello che invece rimane incerto è il concetto stesso di *concepción*, soprattutto quando essa sia avvenuta mediante l'utilizzo della PMA.

In ordine al momento in cui ha origine l'esistenza di una persona, vi è ampio dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è assai dibattuto. Secondo alcuni, la «existencia de la persona» inizia al momento del concepimento, e cioè quando avviene l'unione dei due gameti, sia che esso avvenga naturalmente che mediante l'uso delle tecniche di PMA. L'embrione ottenuto attraverso la fecondazione *in vitro* quindi, anche se non impiantato, deve essere considerato una vera e propria persona, un essere umano in fase di sviluppo fin dal momento della fecondazione, cioè dal momento in cui avviene l'unione dell'ovulo e dello spermatozoo³⁸; ne consegue che all'embrione debbano essere garantiti i diritti di ogni persona, *in primis* il diritto alla vita che è il presupposto di qualunque altro diritto.

A *contrario sensu*, altri ritengono che il concepimento avvenga soltanto quando «el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del utero» e quindi non al momento in cui si verifica l'unione tra i gameti maschile e femminile (*fecundación*) bensì quando l'embrione si annida nella parete uterina³⁹. In sintesi, un embrione non impiantato non può essere mai considerato come persona.

³⁷ Autorevole dottrina distingue tra il momento della fertilizzazione, ovvero l'unione tra gameti, e quello del concepimento, che avviene quando l'ovulo fecondato dallo spermatozoo aderisce alle pareti dell'utero. V. E. LAMM, *El comienzo de la persona humana en el código civil y comercial*, pp. 5, reperibile on-line: www.nuevocodigocivil.com (ultima consultazione 13/02/2018).

³⁸ Tesi condivise da Arias de Ronchietto Catalina Elsa, Lafferrière Jorge Nicolas e Sambrizzi Eduardo. In particolare v. C.E. ARIAS DE RONCHIETTO, J.N. LAFFERRIÈRE, *La persona por nacer* in *Ánalisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 99-206, reperibile on-line: bibliotecadigital.uca.edu.ar (ultima consultazione 23/02/2018); C.E. ARIAS DE RONCHIETTO, in Atti del seminario *Ética y justicia en la asignación de recursos*, Consejo Académico de Ética en Medicina, Academia Nacional de Medicina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 luglio 2009, pp. 40 ss, reperibile on-line reperibile in: ppct.caicyt.gov.ar (ultima consultazione 23/02/2018); J.N. LAFFERRIÈRE, *Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prudentia Iuris n. 74, pp. 31 ss, reperibile on-line, reperibile in: bibliotecadigital.uca.edu.ar (ultima consultazione 26/02/2018); J.N. LAFFERRIÈRE, *Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico*, in *rivista Vida y Ética*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, giugno 2010, pp. 138-147, reperibile on-line: bibliotecadigital.uca.edu.ar (ultima consultazione 03/03/2018). Più di recente v. J.N. LAFFERRIÈRE, *Ánalisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, febbraio 2015, pp. 7; E. SAMBRIZZI, *Sobre el comienzo de la existencia de la persona*, in *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Dicembre 2014, tomo 74 n. 2, pp. 76 ss, reperibile on-line: www.colabogados.org.ar (ultima consultazione 13/01/2018).

³⁹ Fanno parte di questa corrente le giuriste: Aída Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm e Marisa Herrera. A tal riguardo, Eleonora Lamm afferma che: dal punto di vista medico deve distinguersi tra fertilizzazione e



Con l’emanazione del nuovo CCC argentino si è persa una concreta opportunità per chiarire quando avvenga il concepimento al fine di determinare il momento in cui, secondo la legislazione argentina, si consideri l’esistenza di una «persona humana» come centro di imputazione di diritti e doveri.

Nonostante ciò, secondo la più autorevole dottrina, riferimenti utili a tale scopo si possono individuare in alcune disposizioni del CCC argentino, dalla legge n. 26.862 del 2013 e, soprattutto, da diverse pronunce dei giudici di San José di Costa Rica⁴⁰.

Invero, da una attenta lettura dell’articolo 20 del CCC, si palesa che il periodo del concepimento viene paragonato al periodo di gravidanza, la quale non può avvenire che mediante l’impianto dell’embrione. D’altro canto, l’articolo 21 del CCC fissa il momento della «nascita con vita» come quello in cui vengono acquisiti irrevocabilmente i diritti e gli obblighi del «concebido o implantado en la mujer», dal che si deduce che avendo il legislatore utilizzato una disgiunzione «o», il concepimento all’interno del seno materno e l’unione dei gameti (fecondazione) *in vitro* sono due posizioni diverse, che possono essere considerate analoghe solo al momento dell’effettivo impianto. Così il CCC fa allusione in maniera inequivoca e dà rilevanza al momento dell’impianto.

Ulteriori conferme di tale lettura interpretativa, che non intende l’embrione come «persona humana», si rinvengono in alcuni articoli della legge n. 26.862 del 2013 allorché disciplinano questioni centrali come la revoca del consenso che può avvenire, nel caso di fecondazione *in vitro*, fino al momento prima dell’impianto dell’embrione nell’utero. Il ragionamento della dottrina evidenzia il profilo secondo il quale se l’embrione ottenuto mediante tale tecnica di fecondazione extracorporea fosse

concepimento. La fertilizzazione è solo un passo del concepimento, invero lungo la vita di una donna possono essere fertilizzati naturalmente molti dei suoi ovuli ma pochi sono concepiti, a detta della giurista: «Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. Por lo tanto, la concepción ocurre a partir de la transferencia de embriones. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal. Aproximadamente un 20% de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que lograron llegar a blastocistos) se pierden espontáneamente, la mayor de las veces debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, sólo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer». E, ancora più avanti, afferma che: «En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: la primera es la fertilización. Ella tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido; y la otra etapa clave es la implantación. Esta se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno. Se trata de un proceso por el que el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién en ese momento se puede hablar de embarazo, consecuentemente, recién en ese momento se produce la concepción». V. E. LAMM, *El embrión in vitro en el proyecto de reforma de código civil y comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico*, in *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 1^o edizione, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 418 -420.

⁴⁰ Ci si riferisce al *leading case* Artavia Murillo e altri v. Costa Rica del 23/11/2012, reperibile on-line: www.corteidh.or.cr (ultima consultazione 04/06/2018).

considerato dalla legislazione argentina come una persona, l'impianto sarebbe d'obbligo e, quindi, il consenso sarebbe irrevocabile.

Particolarmente rilevante è poi la decisione della Corte Interamericana dei Diritti Umani resa nel caso *Artavia Murillo e altri v. Costa Rica* del 23/11/2012⁴¹, la cui forza ed efficacia giuridica per l'ordinamento interno argentino, ai sensi e per gli effetti del *bloque de constitucionalidad* (e conseguente controllo di convenzionalità)⁴², è di diretta applicazione e di primaria importanza. La Corte IDU, interpretando il significato di «concepción» alla luce dell'articolo 4 della Convenzione americana sui diritti umani⁴³, ha così disposto: «189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término «concepción» desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana» che dà conto della protezione del diritto alla vita.

In una linea interpretativa logico sistematica, gli articoli 19 e 20 del nuovo CCC⁴⁴ sembrano rappresentare un recepimento, a livello legislativo, del concetto dell'inizio dell'esistenza della persona umana espresso dalla Corte IDU, sancendo come principio la tutela dell'embrione dal momento dell'impianto. L'embrione non impiantato, non potendosi catalogare né come persona né come cosa⁴⁵ dovrà essere oggetto di una regolamentazione speciale. Difatti nel Congresso della nazione ar-

⁴¹ La sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani del 28 novembre 2012 ha condannato il Costa Rica per violazione del diritto alla privacy, del diritto alla libertà e integrità personale, violazione del diritto all'intimità, del diritto alla autonomia riproduttiva e alla salute sessuale, del diritto all'accesso ai servizi sanitari di salute riproduttiva, del diritto di formare una famiglia, del diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e tecnologico e del principio di non discriminazione, sanciti negli artt. 5, comma 1, 7, 11, comma 2 e 17, comma 2, in relazione all'art. 1, comma 1, della Convenzione americana sui diritti umani, che obbliga gli Stati aderenti a rispettare e garantire i diritti fondamentali in essa sanciti. In tale pronuncia, la Corte ha riconosciuto come diritto convenzionale l'accesso alle tecniche di fecondazione in vitro, senza considerare un margine di apprezzamento agli Stati. La sentenza è reperibile on-line: www.corteidh.or.cr (ultima consultazione 03/04/2018).

⁴² Per un approfondimento in merito: J.A. AMAYA, *Control de constitucionalidad*, 2° edizione, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 368.

⁴³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), «artículo 4. Derecho a la Vida: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». Il testo integro della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, è reperibile on-line in www.argentina.gob.ar (ultima consultazione 27/05/2018).

⁴⁴ Disposizione transitoria dell'articolo 19 CCC: «a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial». Di seguito l'articolo 20 del CCC definisce cosa si intende per periodo di concepimento: «Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento».

⁴⁵ Secondo autorevole dottrina, l'embrione anche se non è né persona né cosa, è una parte separata dal corpo umano al pari delle cellule, gameti femminili e maschili, organi ecc. tutelato anche esso dall'articolo 17 del CCC «Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales» (principio della non commercialità): E. LAMM, *El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial*, pagina web *Nuevo código civil*, pp. 8-11, reperibile on-line: www.nuevocodigocivil.com (ultima consultazione 30/03/2018).



gentina è depositato un progetto di legge complementare⁴⁶ al vigente CCC e alla legge n. 26.862 del 2013⁴⁷.

Da ultimo, preme indicare il divieto di ogni pratica ai fini eugenetici ai sensi dell'art. 57 CCC⁴⁸ e, secondo quanto disposto dall'articolo 1° del decreto 200 del 1997, il divieto di clonazione⁴⁹.

8. La crioconservazione e la diagnosi preimpianto

La crioconservazione tecnica di PMA, è inclusa in quei servizi garantiti dallo Stato argentino, secondo quanto stabilito dall'articolo 8 della legge n. 26.862 del 2013, il quale dispone che tale tecnica debba essere applicata secondo la miglior tecnologia autorizzata e disponibile.

Detto articolo non contiene tuttavia una vera e propria disciplina del fenomeno: si limita ad affermare che destinatari di questi servizi sono «aquellos personas», anche minorenni che, non volendo/potendo portare avanti una immediata gravidanza per problemi di salute, per trattamenti medici o interventi chirurgici, potrebbero vedere compromessa la propria capacità di procreare in futuro⁵⁰.

⁴⁶ In 13/11/2014 il progetto di Legge «expte. CD-101/2014» è stato approvato in Camera dei Deputati (581-D-2014 e 4058-D-2014) dopodiché è passato al vaglio del Senato. L'articolo 1° del progetto di legge definisce il suo oggetto così: «La presente ley tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley n. 26.862 y su reglamentación vigente». Tale progetto di legge disciplina fra l'altro i casi in cui è ammessa la crioconservazione del materiale genetico, i presupposti e la loro modalità, disciplina la DGP, e regola il diritto di riserva sull'informazione per i donatori.

⁴⁷ Invero, la Legge 26.994 del 2014 con cui è stato approvato il nuovo codice civile e commerciale dell'Argentina, dispone nel secondo comma dell'articolo 9 che: «la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial».

⁴⁸ Art. 57 CCC: «Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia».

⁴⁹ Detta l'articolo 1° del decreto che: «Artículo 1°. Prohíbense los experimentos de clonación relacionados con seres humanos».

⁵⁰ Il famoso caso denominato «Senso de embriones y ovocitos pronucleados» Exppp. 45882/93 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 56, Rabinovich Ricardo David s/medidas precautorias. Sala I de la Cámara Civil de la Capital Federal fallo del 3/12/99, nel quale davanti all'indiscriminata pratica con embrioni crioconservati, e con fondamento nel diritto alla vita e al principio dell'inizio dell'esistenza già dal momento della fecondazione il giudice disponeva «dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización.», e più avanti ordinava: «Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos – sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes – que implique su destrucción o experimentación», «Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento».

D'altra parte, la normativa nulla prevede sul numero minimo o massimo di embrioni che possono essere prodotti ai fini della fecondazione, né quanti di essi debbano essere impiantati in ogni ciclo, configurandosi di fatto decisiva la discrezionalità tecnica del medico nel decidere il *modus operandi* nel caso concreto. La legge però afferma che si deve propendere per l'impiego delle tecniche e dei trattamenti che, in ragione delle condizioni soggettive del singolo o della coppia, procurino un risultato ragionevolmente più idoneo al raggiungimento di una gravidanza.

Resta tuttavia incerta la sorte finale dell'embrione soprannumerario non impiantato, tenuto conto che sia la legge che il decreto ne vietano la soppressione nonché l'impiego a fini di ricerca o di sperimentazione, e che non è nemmeno prevista la figura della donazione di embrioni ad opera delle persone sottoposte ai trattamenti di PMA, che in diverse esperienze legislative (Uruguay) funziona come un'ottima soluzione alle problematiche emerse riguardo agli embrioni soprannumerari.

La soluzione di origine giurisprudenziale adottata finora, in considerazione del silenzio normativo, è quella della crioconservazione per un periodo di tempo indefinito, la cui spesa se non può essere affrontata dai pazienti, è a carico del centro medico che ha fornito i trattamenti.

La giurisprudenza in questo senso è copiosa, possiamo ad esempio citare la sentenza di secondo grado in sede d'Amparo «*L.H.A. y otra c/ IOMA y otra s/Amparo*»⁵¹, del 29/12/2008, in cui la *Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata*, revocando la decisione del giudice a quo, ha disposto la crioconservazione degli embrioni per un periodo di tempo indefinito⁵².

Secondo quanto stabilito in tale sentenza, l'embrione ha una «condición humana» meritevole di tutela, e la crioconservazione viene individuata come la tecnica più efficace per mantenere la sua vitalità e per preservare la completa integrità dell'embrione sul quale, ha ribadito il giudice, è vietata qualsiasi sperimentazione o clonazione.

Del divieto di sperimentazione e, nello specifico della diagnosi preimpianto (GDP), si è a più riprese, ed a diverso titolo, occupata la giurisprudenza. Due recenti pronunce illustrano le divisioni interpretative interne all'organo giurisdizionale: da una parte, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina* in data 01/09/2015, con occasione del *recurso de inconstitucionalidad* contro la sentenza di secondo grado, emanata dalla *Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción*, ha ulteriormente confermato quanto era già stato deciso in primo e secondo grado di giudizio d'amparo, ovvero il diniego della pratica della diagnosi preimpianto.

⁵¹ La parte pertinente indica che: «tratándose de una fecundación in vitro y para el caso que existan embriones no transferidos o restantes de la técnica de fertilización asistida que se autoriza en esta instancia: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente ante el Centro Especializado en Ginecología y Reproducción (CEGYR); b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretése medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción».

⁵² Secondo dati non ufficiali in Argentina esistono all'incirca 20.000 embrioni vetrificati o crioconservati in stato di «abbandono». V. *Quotidiano La Nación*, 22 settembre 2016, reperibile on-line: www.lanacion.com.ar (ultima consultazione 30/03/2018).



La controversia aveva origine dal rifiuto del SSN dell'Argentina (Obra Social de Empleados Pùblicos) nei confronti della richiesta avanzata da una coppia affetta da infertilità primaria per accedere ai servizi di PMA tra cui la *GDP* sugli embrioni che fossero stati creati.

Nella pronuncia la Corte, tralasciando argomentazioni di natura assiologica, ha stabilito che la legislazione argentina in materia di PMA non aveva previsto espressamente l'erogazione, da parte del SSN, di servizi di diagnosi preimpianto ai sensi di quanto disposto dall'articolo 2° del decreto 956/2013. La creazione ed erogazione di nuovi servizi e tecniche di PMA, secondo quanto previsto dall'art 20 della legge n. 26.862/2013, è soggetta all'autorizzazione dell'*Autoridad de aplicación* che altro non è che il *Ministerio de Salud de la Nación*. All'organo giurisdizionale dello Stato, secondo quanto ha concluso la Corte, non compete l'introduzione di nuovi servizi all'interno del SSN argentino⁵³.

Dall'altra parte, più di recente, in data 01/02/2017 il *Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario*, ha preso una posizione del tutto svincolata da quanto già deciso dalla Suprema Corte: con sentenza in sede d'Amparo «*D. F. K. y otro c/ IAPOS s/ recurso de amparo*», ha ordinato al SSN argentino (Obra Social AIPOS), tra l'altro, la pratica della diagnosi preimpianto con finalità esclusivamente terapeutica e diagnostica volta a rivelare precocemente la presenza di ipotetiche patologie genetiche degli embrioni. Difatti i ricorrenti erano una coppia «ad alto rischio» in quanto la moglie era affetta dalla sindrome di Von Hippel-Lindau e quindi portatrice di una grave malattia, con un'alta probabilità di trasmetterla alla prole, provocando gravi conseguenze.

Con la pratica dell'indagine genetica preimpianto richiesta, afferma il giudice, si tutelerebbe l'interesse di nascere sano, nonché si darebbe pieno adempimento al principio di «prevención del daño», nuovo faro illuminante dell'intero ordinamento giuridico argentino, introdottosi a partire dell'emanazione del nuovo CCC argentino, il quale dispone che: «*toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado, y de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud*»⁵⁴.

⁵³ La parte pertinente della sentenza recita: «10°) Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisible que sean los jueces o tribunales y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo, quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros). Sentenza reperibile on-line: www.jurisprudencia.mpd.gov.ar (ultima consultazione 05/03/2018).

⁵⁴ Il giudicante espone in questi termini il principio della prevenzione del danno: «*Que, el sistema instituido por el Cód.Civ. y Com., debe ser interpretado de modo coherente con todo el ordenamiento (art.2º), en el marco de diálogo de fuentes que es propio de este nuevo ordenamiento normativo, encontrando como un faro que se irradia a todo el ordenamiento el principio de la "prevención del daño", entendiendo el suscripto a la enfermedad de VHL como un daño futuro que puede evitarse si se actúa de manera preventiva de la mano de la ciencia a través del PGD., ya que al analizando células extraídas de los embriones obtenidos por fertilización in vitro con anterioridad a su transferencia al útero, permitirá conocer la información genética portadora del VHL, evitando la transferencia de embriones cromosómicamente que lo posean y por ende la ocurrencia de la desgraciada enfermedad que padece la actora*». Sentenza reperibile on-line: ar.microjuris.com (ultima consultazione 09/05/2018).

Parimenti i temi della crioconservazione e della diagnosi preimpianto e, più in generale, la qualificazione giuridica dell'embrione⁵⁵ e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano destano non poche problematiche. La riconducibilità dell'embrione umano a cosa o a una persona (fin dal momento in cui avviene l'unione dell'ovulo e dello spermatozoo o dal momento dell'impianto?), oppure a uno stadio intermedio tra di esse, non è chiara presentando contraddizioni anche alla luce di importanti precedenti giurisprudenziali, a partire dalla sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975, in cui la Corte Costituzionale italiana ha fatto cadere la sanzione dell'aborto di donna consenziente, ai sensi di quanto disponeva l'articolo 546 del codice penale.

Nella citata sentenza si affermava che: «non esiste equivalenza tra 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». Il bilanciamento degli interessi contrapposti realizzato dal giudice costituzionale in quella sede è risultato decisivo per l'ampliamento della possibilità di aborto (c.d. aborto terapeutico), che sarebbe stato legalizzato tre anni dopo con la legge n. 194 del 1978⁵⁶.

In questo scenario, più di 25 anni dopo, è stata emanata la legge n. 40/2004 contenente «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», improntata ad una rigidissima logica protezionista dell'embrione priva di qualsiasi criterio di ragionevolezza che permetesse di ponderare, e in che misura, gli interessi meritevoli di tutela. Si verificava, dunque, la contraddizione per cui fino al 2015 (prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale della pratica della DGP) era permessa l'interruzione volontaria della gravidanza -come lo è tutt'oggi-, ma era vietata la possibilità di ricorrere alla sola diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni.

In Italia, più che in altri paesi dell'Unione Europea, le regole giuridiche sulla PMA appaiono inadeguate e non riescono ad essere riformate quelle già esistenti o emanate nuove norme che, tenendo conto della realtà sociale, e delle acquisizioni in campo scientifico e tecnologico, stabiliscano le regole del «fare» o del «non fare». Le risposte ai bisogni della società che chiedono soddisfazione sono state, in larga parte, demandate ai giudici: non soltanto al giudice costituzionale, ma anche, direttamente, ai giudici comuni, con la conseguenza che la strada per arrivare a rimuovere taluni divieti è stata lunga e tortuosa, nonostante fin dalla entrata in vigore della legge n. 40/2004 questa sia stata considerata irragionevole e persino contraria ai principi costituzionali⁵⁷. Divieti che per anni hanno costituito la fonte delle più devastanti sofferenze di coppie che hanno visto sfumare il desiderio di formare una famiglia con dei figli.

⁵⁵ Sul tema v.: C. FLAMIGNI, *La questione dell'embrione. Le discussioni, le polemiche, i litigi sull'inizio della vita personale*, Milano, 2010. Più in generale v.: A. D'ALOIA, PPP. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e PPP. ZATTI, *Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, pp. 1341 ss.

⁵⁶ La legge 194 del 22 maggio 1978 regola le "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", reperibile on-line in: www.salute.gov.it (ultima consultazione 09/10/2018).

⁵⁷ Cfr. M. D'AMICO, *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita. (I casi della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, pp. 1, reperibile on-line: www.forumcostituzionale.it (ultima consultazione 09/10/2018).



Le sentenze emanate dal giudice costituzionale italiano hanno reso più attuale e ragionevole la disciplina della PMA⁵⁸ incidendo in modo significativo sulla stessa toccando punti di grande rilevanza quali il numero di embrioni producibili ed impiantabili (Corte Cost. 151 del 2009)⁵⁹, la fecondazione eterologa, ammessa a favore delle sole coppie sterili ed infertili (Corte Cost. n. 162 del 2014)⁶⁰, l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto (DGP), estesa anche a favore di coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (Corte Cost. n. 96 del 2015)⁶¹ e, più recentemente, sul divieto della sperimentazione scientifica sugli embrioni umani (Corte Cost. 84 del 2016)⁶².

9. Procreazione medicalmente assistita e filiazione

Il progressivo ampliamento dei presupposti per costituire una famiglia incrementa l'importanza delle tecniche di PMA. La rivoluzione riproduttiva operata nell'ultimo decennio ridimensiona le due tradizionali fonti di filiazione per cedere il passo ad una nuova fonte derivata dall'utilizzo delle tecniche di PMA. Invero, il concetto classico di genitorialità evolve per dare origine a figure genitoriali nuove: i genitori «genetici», «biologici» e «sociali», il tutto fondato sulla volontarietà procreativa e sul principio del preventivo consenso, libero e informato. Queste nuove tipologie di famiglia hanno, tra l'altro, come elemento distintivo la non necessità del rapporto sessuale ai fini della procreazione⁶³.

Tale rivoluzione riproduttiva ha comportato un obbligo inesorabile per il legislatore argentino di disciplinare le nuove fonti di filiazione, il che ha spinto ulteriormente ad emanare un nuovo codice che, tenendo conto delle realtà contemporanee, si adoperi per regolamentarle. Il Codice Civile e Commerciale del 2015⁶⁴ ha comportato un profondo cambiamento del concetto di famiglia tradizionale⁶⁵,

⁵⁸ A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, pp. 1 ss.

⁵⁹ Sentenza Corte Costituzionale. n. 151 del 08 maggio 2009 reperibile on-line in: www.cortecostituzionale.it (ultima consultazione 12/10/2018). Sul particolare v. E. DOLCINI, *Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bistrone della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, II, 2009, pp. 950 ss; M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili, Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, 2010.

⁶⁰ Sentenza reperibile on-line in: www.cortecostituzionale.it (ultima consultazione 12/10/2018). V. A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, Trento, pp. 1-11.

⁶¹ Sentenza n. 96 del 2015 reperibile on-line: www.cortecostituzionale.it (ultima consultazione 12/10/2018). Sul particolare v. I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 novembre 2015; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti «rafforzati»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 luglio 2015; R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2018, pp. 3 ss, reperibile on-line: www.rivistaaic.it (ultima consultazione 12/10/2018).

⁶² M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, pp. 171-181.

⁶³ E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, in *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 78 ss, reperibile on-line: www.uba.edu (ultima consultazione 13/08/2018).

⁶⁴ Sull'argomento v. R.L. LORENZETTI, *Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 2-4.

riconoscendo accanto alla famiglia tradizionale anche la famiglia di tipo omoparentale e monoparentale⁶⁶ e stabilendo nuove regole relative alla filiazione statuita mediante l'utilizzo delle tecniche di PMA, come di seguito si vedrà.

Rispetto alle modifiche all'istituto della famiglia operate dal Codice Civile argentino con la legge 26.994, promulgata il 7/10/2014 e pubblicata sulla gazzetta ufficiale argentina «boletín oficial» 08/10/2014, Lorenzetti Luis Ricardo scrive: «En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario (arts 402 y ss) y las uniones convivenciales (Arts 509 y ss), mientras que se reconoce la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción (Arts 558 y ss). Se regulan los efectos del matrimonio igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial (Arts 446 y ss). Esta regulación no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de ofrecer una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender». L.R. LORENZETTI, *Introducción al Código Civil y Comercial*, pp. 5, reperibile on-line: www.nuevocodigocivil.com (ultima consultazione 29/07/2018).

Sulle principali modifiche del progetto di Legge che riformava il Codice Civile Argentino v. A. KRASNOW, *El derecho de familia en el proyecto de reforma código civil y comercial 2012 en Argentina*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 Nº 1, 2014, pp. 315 – 349, reperibile on-line: www.scielo.cl (ultima consultazione 06/04/2018).

⁶⁵ L'evoluzione della scienza medica e la sua applicazione mediante le procedure di PMA hanno modificato in radice il concetto di genitorialità che risponde non più (soltanto) ad un criterio di biologicità della riproduzione, ma (anche) al diverso criterio del progetto di famiglia, voluto e desiderato, e appunto realizzato grazie alle nuove conoscenze mediche a disposizione, il tutto improntato alla cornice della volontà e responsabilità genitoriale.

Secondo J.N. Lefferriere, la più seria obiezione rispetto alle tecniche della PMA, in concreto la fecondazione eterologa, è la dissociazione dei vincoli di filiazione. Infatti, nel fare ricorso alla PMA il concepito avrà la sua origine biologica dissociata dalle persone che si presentano come i suoi genitori. Tale dissociazione lede sia il diritto di identità del bambino sia «el principio de la ley natural que señala el deber de respetar la originalidad propia de la transmisión de la vida humana». J.N. LEFFERRIERE, *Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012*, Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina, Prudentia Iuris Nº 74, 2012, pp. 33 ss, reperibile on line: bibliotecadigital.uca.edu.ar (ultima consultazione 28/04/2018); *Las técnicas de procreación articial heterólogas: análisis bioético y jurídico*, in *Vida y Ética*, año 11, nº 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, giugno, 2010, pp. 138 ss, reperibile on-line, in: bibliotecadigital.uca.edu.ar (ultima consultazione 28/04/2018).

⁶⁶ Secondo Kemelmajer de Carlucci, autrice che ha fatto parte della commissione che ha redatto il nuovo CCC argentino, il concetto di famiglia è vincolato alla cultura, e non alla natura, esistendo per tanto pluralità di forme di «familias» in costante evoluzione. Fenomeno conosciuto come «democratización de la familia» e conseguenza diretta del processo di costituzionalizzazione del diritto privato e dell'incorporazione dei trattati sui diritti umani nel blocco di costituzionalità art. 75 comma 22 Costituzionale (si rimanda al cap I). La famiglia monoparentale (termine anglosassone «one parent family») è quella formata da una persona (genitore biologico, adottivo, curatore o tutore) che vive solo con i propri figli a suo esclusivo carico e tutela. La famiglia omoparentale od omogenitoriale (homoparental family) è quella costituita da una coppia dello stesso sesso, che può essere unita in matrimonio oppure essere convivente, difatti la ley 26.618 del 21/07/2010 ha autorizzato le persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio. Così disponendo, l'Argentina è diventato il primo Stato sudamericano e, tra i primi al mondo, a consentire il matrimonio omosessuale. L'articolo 42 della sopranominata legge dispone che: «Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones». V. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino*, cit., pp. 6-8; e M. HERRERA, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, in *infojus*, 02 ottobre 2014, pp. 2, reperibile on-line: www.scribd.com (ultima consultazione 26/02/2018). V. M.V. PELLEGRINI, *Matrimonio y uniones convivenciales en*



In Argentina, prima della riscrittura del Codice Civile elaborato ad opera del giurista Vélez Sarsfield, promulgato nel 1869 ed entrato in vigore nel 1871, la filiazione era determinata o per nascita (naturaleza) o per adozione.

Dopo tale novellazione, uno dei punti più importanti introdotti è stato il riconoscimento di una terza fonte di determinazione della filiazione, cioè quella derivata dall'utilizzo delle tecniche di PMA.

L'art. 558 CCC, sancisce infatti che: «La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción», collocando così sullo stesso piano tutte le forme di filiazione che producono uguali effetti, diritti e doveri⁶⁷.

10. L'attribuzione della genitorialità nella filiazione da procreazione medicalmente assistita

In base all'art. 562 del CCC, i nati attraverso l'utilizzo di tecniche di PMA, indipendentemente da chi abbia apportato i gameti, sono figli di chi partorisce e dell'uomo o della donna che ha dato il proprio preventivo consenso informato nei termini di cui agli artt. 560 e 561 CCC. Tale consenso deve risultare iscritto nei registri dello stato civile argentino «Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas»⁶⁸.

D'altra parte, l'art. 566 del CCC descrive la presunzione di filiazione matrimoniale in questi termini: si presumono figli dei coniugi i nati dopo la celebrazione del matrimonio ed entro trecento giorni dalla data d'inoltro della domanda di divorzio o di nullità del matrimonio, della separazione di fatto o della morte. Tale presunzione non opera nei casi del ricorso alle tecniche di PMA in cui il/la coniuge non

el Proyecto de Reforma el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares, in *Cuestión de derechos-revista electrónica*, n. 3 secondo semestre 2012, pp. 70-81.

⁶⁷ Sul tema v. A. KEMELMAIER DE CARLUCCI, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, cit., pp. 4 ss, documento online reperibile in: www.uba.ar (ultima consultazione 26/02/2018); M. HERRERA, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., pp. 4, reperibile on-line: www.infojus.gob.ar (ultima consultazione 11/02/2018).

⁶⁸ Sul punto v. A. KRASNOW, *La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina*, in *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 1/2014, reperibile on-line: www.indret.com (ultima consultazione 14/07/2018). Afferma l'autrice che il vincolo filiale derivato dalle tecniche di PMA è soggetto e dipende dal voler diventare genitori in maniera cosciente e responsabile (*voluntad procreacional y responsabilidad procreacional*), rivestendo pertanto vitale importanza il consenso previo, libero ed informato della persona o coppia che a esse si sottopongono.

Per approfondire sul tema v. A. KEMELMAIER DE CARLUCCI, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Revista Derecho Privado*, 1/2012, pp. 3, reperibile on-line: www.infojus.gob.ar (ultima consultazione 14/07/2018); A. KEMELMAIER DE CARLUCCI (a cura di), *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09/2010, pp. 1 ss

Le differenze tra la filiazione per «naturaleza» e quella derivata dalle tecniche di PMA possono essere incentrate, da un lato, sul fatto che la filiazione per PMA non implica un rapporto sessuale e non sempre l'elemento genetico è apportato dalla o dalle stesse persone che apportano l'elemento volitivo; invece nella filiazione per «naturaleza» il vincolo filiatorio è fondato sull'elemento biologico (che comprende anche il genetico). V. E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, in *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 87 ss, reperibile on-line: www.ub.edu (ultima consultazione 03/08/2018).

abbia prestato il preventivo e libero consenso informato, secondo quanto previsto dagli artt. 560 e 561 del CCC.

Nell'evento di separazione di fatto dei coniugi, il nato mediante l'uso di tecniche di PMA, e sempre che vi sia stato il previo consenso, dovrà essere considerato e registrato come loro figlio, indipendentemente da chi abbia apportato il materiale genetico, ai sensi dell'art. 567 CCC.

Infine, rispetto alle forme in cui si determina il rapporto di filiazione, l'art. 569 detta che la filiazione si determina legalmente e si prova: a). con l'iscrizione della nascita nel registro dello stato civile argentino insieme alla prova del matrimonio; b). per sentenza passata in giudicato; c). nei casi di tecniche di PMA con il consenso, previo e informato, inscritto nel registro dello stato civile argentino «Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas».

11. Il consenso informato

Il consenso informato a cui si è già fatto riferimento, trova la sua regolamentazione nell'articolo 7, sia della legge che del decreto e negli articoli 560 e 561 del CCC.

Alla luce di tali disposizioni, per la sua validità il consenso deve manifestarsi nelle forme e modalità che risultano nelle leggi speciali⁶⁹. Le norme individuano come requisito principale che sia prestato prima dell'inizio dell'applicazione di qualsiasi tecnica di PMA.

La legge fa una chiara distinzione per quanto riguarda il momento della revoca del consenso. Così nel caso di tecniche di PMA di bassa complessità il consenso è revocabile in qualsiasi momento del trattamento fino al momento prima dell'inizio dell'inseminazione. Invece, nei casi di alta complessità, il consenso è revocabile in qualsiasi momento del trattamento fino al momento prima dell'impianto dell'embrione⁷⁰.

Il nuovo CCC argentino, negli artt. 560 e 561 rafforza tale regola segnalando che la struttura sanitaria è obbligata ad acquisire il consenso previo, informato e libero. Tale consenso dovrà rinnovarsi ogni qualvolta si proceda all'utilizzazione di gameti o embrioni⁷¹.

⁶⁹ Si fa riferimento alla legge 26.529 del 2009 (Ley de Derechos del Paciente) al cui articolo 3 dispone che: «Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniante, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) (...).»

⁷⁰ Art. 7 decreto 956/13: «En los casos de técnicas de reproducción médica asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médica asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión»; Art.7 legge n. 26.862/13: «El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación en la mujer».

⁷¹ La dichiarazione deve contenere tutti gli elementi richiamati dalla Legge 26.529 del 2009 sui diritti dei pazienti, così come rispettare gli obblighi riportati dalla legge 25.326 del 2000 sulla protezione dei dati personali.





12. La gestación por sustitución

I termini con cui le diverse legislazioni sudamericane identificano la surrogazione, «gestación subrogada», «gestación por sustitución», «maternidad sustituta», «maternidad de alquiler», «madre suplente», «madre portadora» ecc, indicano la presenza di una persona che desidera diventare genitore attraverso il ventre femminile della «madre sustituta» affinché si faccia carico della gestazione della gravidanza e del conseguente parto⁷².

Diversi sono stati i tentativi, peraltro falliti, di introdurre e disciplinare tale figura giuridica nell'ordinamento argentino. L'ultimo di essi risale all'originario progetto di legge di riforma del codice civile di Vélez Sarfield, il quale stabiliva le regole di filiazione nei casi di gestación por sustitución all'articolo 562⁷³. Tra le cause della mancata approvazione della novella si annovera la presunta immoralità del contratto, il possibile contrasto con l'art. 953 del codice civile precedente che considerava il contratto nullo per illecità dell'oggetto o per contrasto con il buon costume o perché l'oggetto fosse costituito da beni fuori commercio. Infatti, per la dottrina più apertamente contraria, la gestazione per sostituzione presenta un alto rischio di convertirsi in negozio lucrativo, e di rendere la donna vittima di strumentalizzazione; si prospetta inoltre la possibilità di incentivare il turismo riproduttivo⁷⁴.

⁷² Per approfondire E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, in *Revista para el análisis del derecho InDret*, Barcelona, 2012, reperibile on-line: www.indret.com (ultima consultazione 02/08/2018); A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, cit., pp. 31 ss, documento online reperibile: www.uba.ar (ultima consultazione 02/08/2018).

⁷³ L'articolo 562 del progetto di legge era del seguente tenore: «El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervenientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial».

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio».

⁷⁴ In relazione Sambrizzi afferma che: «ninguna duda existe sobre que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato. El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no pudiendo tanto el embrión como el niño, recibir el tratamiento de cosas». E.A. SAMBRIZZI, *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)*, in *Ánalisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de

Nonostante manchi nell'ordinamento giuridico argentino una disciplina espressa dell'istituto della maternità surrogata, i giudici argentini si sono trovati a decidere, a più riprese, sulla questione elaborando in questo modo una disciplina che pone come punti cardine il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la volontà procreativa e il c.d. «best interest of the children».

Il primo precedente giurisprudenziale risale all'anno 2014 quando il *Tribunal de Familia n. 7 di Rosario* ha dettato la sentenza «XXX s/maternidad por sustitución» del 02/12/2014, mediante la quale, accogliendo la domanda di una coppia affetta da infertilità a causa dell'endometriosi della donna, ha autorizzato il trasferimento degli embrioni prodotti dai richiedenti nel grembo di una terza donna con la finalità di raggiungere una gravidanza, e di consegnare il nascituro alla coppia committente, previa formazione del certificato di nascita con i nomi dei committenti e la relativa iscrizione⁷⁵.

Successivamente, il giudice 1° de *Familia de la Provincia de Mendoza*, nella causa *Expte. 714/15, O.A.V., G.A.C y F.J.J. por medida autosatisfactiva*, ha emanato sentenza del 29 luglio 2015. La decisione, emessa nel quadro di una «medida autosatisfactoria», è stata avanzata congiuntamente da una coppia committente apportante il materiale genetico e da una terza donna gestante, al fine di ottenere il rilascio del certificato di nascita e l'iscrizione nel rispettivo registro, in cui venissero apposti come genitori la coppia committente senza riportare alcun legame con la donna che da lì a pochi mesi avrebbe dovuto partorire. Gli attori, vincolati tra loro attraverso la sottoscrizione di un contratto di maternità surrogata, hanno visto accogliere la domanda disponendo il giudice adito, tra l'altro, l'inapplicabilità dell'articolo 242 del codice civile argentino -vigente all'epoca- in quanto la filiazione doveva essere determinata sia dall'origine genetica del nato, sia dalla volontà procreativa. Inoltre, il giudice ha imposto ai genitori l'obbligo, nel momento in cui il figlio avrà raggiunto la sufficiente capacità di intendere e di volere, di metterlo a conoscenza della avvenuta surrogazione.

Uno dei casi più emblematici accade nel dicembre 2015 quando il Giudice di famiglia n. 7 della località di Lomas de Zamora della Provincia di Buenos Aires⁷⁶ è stato chiamato a pronunciarsi nel caso «H., M. y otro/a», procedimento cautelare d'urgenza tendente all'autorizzazione della futura iscrizione nei registri dello stato civile argentino della «figlia che sta per nascere», avanzata da una coppia che, mediante l'utilizzo delle tecniche di PMA, aveva disposto l'impianto – con il loro materiale genetico – e conseguente gravidanza, avvalendosi del grembo di un'altra donna, sorella della committente.

Accogliendo la domanda il giudice ha dichiarato, nel caso concreto, incostituzionale e in contrasto con la Convenzione l'art. 562 del CCC in quanto non riconosce il rapporto di filiazione rispetto alla donna che ha espresso la volontà procreativa mediante la sottoscrizione del relativo consenso libero e informato, restringendo invece la formazione di tale rapporto nei confronti della donna che ha partorito. La parte pertinente della sentenza recita: «1) Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por

Buenos Aires, 2012, pp. 313-323, reperibile on-line: bibliotecadigital.uca.edu.ar (ultima consultazione 17/02/2018).

⁷⁵ Per un'analisi approfondita dell'argomento E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 17-64; J.N. DE LAFERRIÉRE, *Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas*, in *Revista LA LEY*, 2016-A, pp. 1203.

⁷⁶ *Expte. LZ-62420-2015, «H.M. y otro S/medidas precautorias (art. 232 CPCC) (419)», Juzgado de Familia n° 7, Lomas de Zamora, 30 dicembre 2015*, reperibile on-line: ar.microjuris.com (ultima consultazione 27/07/2018).



sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz».

Secondo quanto affermato dall'organo giudicante, tale disposizione costituirebbe un ostacolo e una limitazione dell'esercizio dei diritti umani riconosciuti dai trattati internazionali sui diritti umani come l'autodeterminazione, il diritto alla vita privata e familiare, l'integrità personale, la libertà personale, l'uguaglianza e la non discriminazione in relazione al diritto alla maternità e alla formazione di una famiglia, nonché il principio dell'interesse superiore dei minori.

Tali sentenze traggono ragione, tra l'altro, dal fatto che la procreazione medicalmente assistita è un procedimento riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che permette alle persone che vogliono formare una famiglia e sono impossibilitate alla gestazione e/o a portare a termine la gravidanza, di vedere riconosciuti i propri diritti alla paternità/maternità e il diritto di formare una famiglia, diritti questi direttamente collegati con il diritto alla salute e il diritto ad usufruire dei progressi tecnologici garantiti dalla Costituzione e dai Trattati internazionali di rango costituzionale, in conformità a quanto disposto nel comma 22 dell'articolo 75 Cost.

Inoltre, i giudicanti, partendo dall'assenza di un espresso divieto di surrogazione di maternità, e quindi sul fondamento del principio di legalità, pilastro sul quale si fonda lo Stato di diritto moderno, autorizzano e riconoscono tale tecnica di PMA e ne legittimano gli effetti sulla base del consenso libero e informato.

I togati si sono più volte espressi in tal senso, affermando che: «No hay ninguna norma en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos que inhiba la gestación por sustitución. Al contrario, el principio pro persona expande la gestación por sustitución con base en a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 Convención IDU), a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos»⁷⁷.

13. Fecondazione post mortem

La disciplina della fecondazione *post mortem*, debito normativo del legislatore del 2013, costituisce uno dei profili più controversi in ambito parlamentare, giurisprudenziale e dottrinario. La situazione giuridica in cui versano i gameti maschili -prelevati durante l'applicazione delle tecniche di PMA ma non ancora fecondati- nel momento in cui si verifica l'evento morte, non è chiara. Incertezza analoga si riscontra nel caso in cui il prelievo dei gameti maschili avvenga subito dopo la morte, in assenza di preventivo consenso validamente espresso dall'uomo.

In riferimento alla problematica concernente la inseminazione *post mortem* due sono le questioni giuridiche fondamentali alle quali la dottrina e la giurisprudenza argentina hanno tentato di dare una

⁷⁷ Di particolare interesse e di cui si consiglia la consultazione, sono le sentenze: Juzgado Nacional en lo Civil n. 86 del 18/06/2013, «N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento»; Juzgado Nacional en lo Civil n. 102, «C., F. A y otro c/ R. S., M. L.» del 18/05/2015; Juzgado de Familia de Gualeguay, «B.M.A. c/ F.C.C.R. s/ordinario» del 19/11/2013; Tribunal Colegiado Rosario n. 7, «XXX» del 02/12/2014; Juzgado Nacional en lo Civil n. 83, «N., N. O» del 25/06/2015; Juzgado Familia n. 1, Mendoza, «A. V. O., A. C. G. Y J. J. F» del 29/7/2015. Le sentenze sono reperibili on-line: ar.microjuris.com (ultima consultazione 23/06/2018).

risposta e possono essere riassunte così: da una parte se sia o meno meritevole di tutela la non nascita o la nascita senza la doppia figura genitoriale; dall'altra se, avvenuto il prelievo dei gameti maschili, sia procedibile o meno l'inseminazione/impianto senza il preliminare consenso e la conseguente attribuzione di paternità.

Al contrario di quanto disposto dall'ordinamento giuridico italiano in materia di fecondazione *post mortem*, in cui, ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 12, comma 2, della legge n. 40 del 2004, i membri della coppia che intendano ricorrere alle tecniche di PMA devono essere entrambi viventi, comportando la violazione di tale divieto una sanzione amministrativa per chi applica tali tecniche, l'ordinamento argentino nulla riferisce in merito.

Di fronte all'inerzia del potere legislativo e quindi in presenza di un vuoto normativo, è stato il giudice argentino a dettare delle «linee di massima» mediante sei importanti pronunce che non hanno mancato di sollevare forti polemiche: *Tribunal de Familia N° 3 de Morón: «G. A. P. s/autorización»* del 21/11/2011; *Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, S. M. C. s. Medida autosatisfactiva* del 07-08-2014; *7º Juzgado Nacional en lo Civil nº 3, «K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y fertilidad y otros s/ amparo»* del 03/11/2014; *Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería nº 4 de Santa Rosa, «A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempres/ amparo»* del 30/12/2015; *Juzgado Nacional en lo Civil, n. 87, «N. O. C. P. s/Autorización»* del 05/05/2016, e *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, «D. M. H. y otros s/ autorización»* del 03/04/2018.

Nel primo caso, il *Tribunal de Familia n. 3 di Morón* nel 2011, chiamato a pronunciarsi sulla domanda avanzata da una vedova avente ad oggetto la tutela del proprio diritto all'impianto degli embrioni congelati mentre il marito era ancora in vita, ha ordinato al centro medico, cui la donna si era rivolta e che in un primo momento aveva opposto rifiuto, di effettuare l'impianto.

Gli argomenti sostenuti dal giudicante vertevano sull'applicazione del principio di legalità e della riserva di legge statuiti dall'art. art. 19 Cost., destinato ad influenzare la struttura di ogni procedimento giurisdizionale, a ragione del quale il giudice è tenuto all'osservanza delle regole stabilite dalla legge, e quindi, a meno che non esista un chiaro divieto normativo sulla fecondazione *post mortem* o, a contrario sensu, la legge non stabilisca come requisito l'essere in vita dei soggetti della coppia o del donatore, tale tecnica è praticabile, dovendo al contrario essere tutelato il diritto alla salute riproduttiva e il diritto all'autodeterminazione familiare, in quanto la costruzione del progetto di famiglia dei coniugi era iniziata durante la vita di entrambi. L'assenza del consenso esplicito e preventivo per la fecondazione *post mortem* e successivo impianto è stato sopperito dal giudice di causa, ricostruendo un *consenso presunto* a partire dall'esistenza del consenso libero ed informato espresso dal marito nella fase del prelievo dei gameti maschili e nella fase di crioconservazione, dovendosi pertanto attribuire esclusivamente all'improvviso evento della morte, l'assenza dell'ulteriore consenso ai fini della fecondazione/impianto.

Il secondo caso, ha avuto origine dalla presentazione di un ricorso in sede d'appello da parte di una vedova contro la sentenza di rigetto sulla sua richiesta di autorizzazione a sottoporsi a fecondazione con i gameti del marito defunto, il cui prelievo era stato disposto precedentemente mediante auto-



rizzazione giudiziaria⁷⁸ La *Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza*, ha revocato la decisione impugnata, autorizzando l'utilizzo dei gameti prelevati. La motivazione, elaborata dal giudice di secondo grado, è stata a grandi linee fondata sul principio di legittimità ai sensi dell'art. 19 Cost., sul diritto di accesso alle tecniche di PMA, sul diritto umano di tutela della salute riproduttiva affermato durante la Conferenza del Cairo sulla Popolazione e Sviluppo del 1994 e la Conferenza mondiale sulle donne di Pechino nel 1995, e infine sulla base della tutela dei diritti alla privacy, alla libertà e integrità personale individuale e di coppia e del diritto a formare una famiglia con dei figli, riconosciuti dalla Corte Interamericana nel più volte citato caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

In circostanze analoghe è stata emessa la sentenza in sede d'Amparo dal 7º *Juzgado Nacional en lo Civil nº 3*, in cui richiamando la totalità dei principi elaborati dal giudice d'appello di Mendoza, il giudice ha accolto la richiesta della ricorrente e ha ordinato al centro medico (Obra Social) resistente, non solo l'inseminazione *post mortem* e il relativo impianto nel ventre della vedova, bensì anche l'erogazione in forma gratuita di tutti i servizi e le terapie all'uopo necessarie.

Il *Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería nº 4 de Santa Rosa* nel 2015 è stato chiamato a decidere riguardo ai seguenti fatti: una coppia della località La Pampa affetta da infertilità, decideva di accedere alle tecniche di PMA di fecondazione *in vitro* con ovodonazione e successiva criconservazione di sei embrioni (spermatozoi propri e ovodonazione) che in un secondo momento dovevano essere impiantati nel grembo della coniuge. Durante l'applicazione della PMA sopraggiungeva all'improvviso la morte del marito. La donna interpellava i medici del centro presso la cui struttura si svolgevano le pratiche di PMA, iniziate quando ancora entrambi i coniugi erano in vita, sollecitando l'impianto degli embrioni criconservati, richiesta che veniva poi respinta dall'*Istituto Sempres* per illegittimità della stessa. Il giudice adito ha accolto la petizione e ha condannato l'*Istituto* convenuto a realizzare l'impianto degli embrioni nell'utero della vedova.

Gli argomenti alla base della decisione consistevano, ancora una volta, nella tutela del principio di legalità e di riserva ex art. 19 Cost., in ragione del fatto che trattandosi di embrioni, e cioè di fecondazione avvenuta nel momento in cui ambedue i coniugi erano in vita, non potevano ammettersi obiezioni sul mero trasferimento, in quanto non vi era alcuna controversia dottrinale o giurisprudenziale in merito, ma al contrario, a detta del giudice fino a quel momento, si era consolidato un orientamento giurisprudenziale incline a consentire la fecondazione *post mortem* in attuazione degli standard della Corte Interamericana, in particolare dei casi *Artavia Murillo*, circa l'inizio dell'esistenza della persona, e *Fornerón vs. Argentina* sulla protezione della famiglia con genitore single; e nell'applicazione della legge n. 26.862 dell'accesso integrale alle tecniche di PMA poiché, sebbene l'ipotesi non sia espressamente contemplata, ciò non significa che sia esclusa e, ancor meno, proibita. Alla base di tale provvedimento, il giudice d'Amparo considera il doversi ritenere lecito, nell'ambito delle diverse tecniche di fecondazione *post mortem*, il trasferimento in grembo della donna degli embrioni, nel limite di legge, formati prima del decesso del marito.

⁷⁸ Per l'analisi delle sentenze v. M. HERRERA, *Un debate complejo: La técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*, in *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, vol. 11, no. 39, gennaio-giugno 2017, pp. 9-23, reperibile on-line: revistaius.com (ultima consultazione 08/05/2018).

Oltre a ciò, il *Juzgado Nacional en lo Civil*, No. 87, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di autorizzazione avanzata da una vedova «N. O. C. P. s/Autorización» del 05/05/2016, aente ad oggetto l'inseminazione/impianto *post mortem* degli spermatozoi crioconservati, prelevati nel 2011 (anche essi mediante autorizzazione giudiziaria), ha ordinato al centro medico cui la donna si era rivolta, e che aveva opposto rifiuto, di consentire alla richiesta, argomentando la sua decisione, *in primis*, sul presupposto dell'assenza di un divieto di legge riguardo alla pratica di fecondazione *post mortem*, per cui «no existe impedimento legal para su realización» e, *in secundis*, in considerazione dell'esistenza, fino al momento della morte, della volontà di diventare genitori di entrambe i coniugi: infatti, l'inseminazione e il successivo impianto non sono avvenuti soltanto in ragione del verificarsi della tragica morte del marito durante un incidente ferroviario.

La casistica sviluppatasi in Argentina fino al 2015, riguardo la fecondazione *post mortem*, è parsa in sintonia con quanto deciso dal giudice italiano sebbene, come già annotato, le disposizioni normative dei due Stati siano diametralmente opposte. Invero, a fronte di un silenzio normativo argentino che nello specifico disponga il divieto della fecondazione *post mortem*, nell'ordinamento italiano vige il divieto espresso di tale pratica secondo quanto disposto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, il quale prevede che i membri della coppia che intendano ricorrere alla fecondazione assistita debbano essere entrambi viventi.

Esempi della congruità dell'orientamento giurisprudenziale adottato dall'ordinamento giuridico italiano sono rinvenibili in due vicende giudiziarie degli anni 1999 e 2015.

Nel 1999 -quando ancora non era stata emanata la legge n. 40/2004 il Tribunale di Palermo, è stato chiamato a pronunciarsi sulla domanda avanzata da una vedova ed aente ad oggetto la tutela cautelare del proprio diritto all'impianto in utero degli embrioni formati con materiale genetico suo e del marito quando il marito era ancora in vita.

Il Tribunale ha ordinato al centro medico, cui la donna si era inizialmente rivolta e che aveva opposto, al riguardo, un rifiuto, di accettare la richiesta e di procedere all'impianto.

In particolare, il Tribunale palermitano accoglieva la domanda della ricorrente sostenendo che la mancata prosecuzione del trattamento avrebbe necessariamente condotto alla distruzione degli embrioni, con conseguente lesione sia del «diritto alla vita del nascituro», sia del «diritto alla integrità fisica e psichica della madre»⁷⁹.

L'intervento giurisprudenziale del Tribunale di Bologna, Sezione Civile, nel procedimento di reclamo avverso un ricorso d'urgenza, invece, riguardava il caso di una vedova che nel 1996 si era rivolta insieme al marito al Centro di Fecondazione Assistita del Policlinico Sant'Orsola-Malpighi di Bologna per accedere alle tecniche di PMA con fecondazione in vitro, dovendo preliminarmente, a tale scopo, sottoscrivere i diversi tipi di consenso informato. I primi tentativi di impianto embrionario non avevano dato un esito positivo e la coppia aveva deciso di crioconservare presso la stessa struttura medico sanitaria, gli otto embrioni soprannumerari. Deceduto il marito, la vedova si rivolgeva al centro di PMA dell'Ospedale S. Orsola di Bologna con la richiesta di realizzare il trasferimento degli embrioni, nei limiti di legge, nel suo utero, ma la richiesta veniva respinta da parte dell'Ente ospedaliero.

⁷⁹ Sentenza reperibile on-line: www.jstor.org/ (ultima consultazione 10/10/2018).



La donna, pertanto, in data 13/2/2013, depositava ricorso d'urgenza chiedendo al giudice adito che ordinasse all'Azienda Ospedaliera l'impianto dei predetti embrioni. Il giudice di primo grado, con ordinanza del 21/5/2014, rigettava il ricorso.

Il Collegio bolognese, in accoglimento del reclamo proposto dalla donna, ha ordinato all'Ospedale l'impianto degli embrioni crioconservati nell'utero della vedova cinquantenne.

La motivazione del Collegio bolognese muoveva dalla considerazione che, nel caso di specie, la procedura di fecondazione era stata attivata dai coniugi prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 e doveva ritenersi soggetta alla disciplina delle linee guida, ex art. 7 della suddetta legge, le quali affermano che: «in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti».

Infine, si rende doveroso ricordare che la giurisprudenza fino ad allora formatasi in Argentina ha subito una battuta di arresto, in quanto, nell'aprile del 2018, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, «*D. M. H. y otros s/ autorización*», tornava ad affrontare in secondo grado di giudizio, la questione dell'esistenza o meno di un consenso tacito del marito deceduto che, avendo manifestato il consenso durante le precedenti fasi di accesso alle tecniche PMA, prelievo e crioconservazione degli spermatozoi, a causa della morte improvvisa, non aveva manifestato espressamente il consenso nelle forme indicate dalla legge, e se, nell'eventualità in cui fosse possibile la ricostruzione di un consenso tacito, tale consenso fosse in grado di legittimare l'inseminazione *post mortem* con il successivo impianto nel grembo della compagna superstite.

La *Cámara de Apelaciones*, al pari del giudice di primo grado, respingeva la domanda proposta dalla ricorrente intesa a conseguire l'autorizzazione alla inseminazione *post mortem*. Secondo quanto deciso dall'organo giudicante, la materia della fecondazione *post mortem* non trova regolamentazione normativa nell'ordinamento giuridico argentino, dovendo pertanto prospettarsi una decisione ragionevolmente fondata, che coniughi in forma appropriata le disposizioni del CCC con i principi assiologici che possono desumersi da norme sovraordinate, rispettando l'ordine del sistema delle fonti del diritto interno: Costituzione, i trattati internazionali ai sensi dell'art. 75, comma 22, altri trattati internazionali di rango inferiore ratificati dallo Stato argentino, usi e costumi non *contra legem* (art. 1, 2, 3 del CCC).

La risposta quindi non può che essere ricavata dai principi di libertà e di autodeterminazione sanciti sia dalla stessa Costituzione argentina, e già enunciati nello stesso preambolo, che dai trattati internazionali di rango costituzionale, come la Convenzione IDU e la correlata giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani. Invero «la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ricordando que: «el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (cfr. «*Artavia Murillo vs. Costa Rica*», 28/11/2012)».

Il diritto di procreare e quindi anche di utilizzare e trasferire cellule crioconservate, secondo quanto affermato dal giudice di secondo grado di giudizio, si prospetta quale diritto personalissimo e come tale non trasmissibile, giacché può essere esercitato solo dal suo titolare attraverso una volontà di

retta alla procreazione. Il consenso a tal fine non può presumersi, è di interpretazione restrittiva e non può esercitarsi per rappresentazione, secondo quanto previsto dagli artt. 51, 53, 56 e 264 del CCC argentino; parimenti, secondo il dettato dell'art. 560 del CCC, tale consenso deve essere rinnovato ogniqualvolta si proceda all'utilizzo dei gameti o degli embrioni. A ciò deve aggiungersi che, secondo quanto disposto dal decreto 956 del 2013, il consenso informato e la sua revoca devono essere documentati nella cartella clinica con la firma del titolare del diritto, esplicitando la sua volontà, il che esclude a priori qualsiasi possibilità di volontà presunta o per «rappresentazione»⁸⁰.

Va da sé che i provvedimenti giudiziari appena citati sono stati emanati da autorità giudiziaria diversa dalla Corte Suprema di Giustizia argentina, pertanto non forniscono obbligatori criteri di indirizzo interpretativo da mantenere.

14. Note conclusive

Le discipline regolatrici di fenomeni come la procreazione medicalmente assistita traggono fondamento dalle caratteristiche dello Stato, dagli approcci culturali, dalle politiche sociali e soprattutto dai valori e principi ritenuti prevalenti in un determinato momento storico.

Il diritto argentino ha dovuto affrontare una delle tematiche che hanno suscitato e continuano a suscitare maggiore scalpore nel mondo contemporaneo. Dall'analisi della disciplina della PMA emerge innanzitutto che le valutazioni fatte dal legislatore federale del 2013 si sono concentrate sulla finalità principale di garantire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per favorire il desiderio di genitorialità, attraverso l'utilizzo di quelle tecniche medico scientifiche (le migliori disponibili) volte a superare gli ostacoli frapposti dalla natura stessa ad una funzione fisiologica, superamento che va ben oltre il fronteggiare una malattia, e che riguarda la piena realizzazione della vita privata e familiare, confluente nel diritto di autodeterminarsi, ponendo l'accento sulla natura della nuova modalità di costituzione della famiglia, ai sensi dell'articolo 558 CCC.

Il diritto a procreare è riconosciuto come un diritto fondamentale della persona che non conosce i vincoli dei tradizionali modelli familiari. Invero, la disciplina argentina è riconducibile a quegli ordinamenti giuridici «liberali» che riconoscono modelli alternativi di famiglia. Riconoscimento reso palese, *in primis*, ad opera di una cospicua produzione giurisprudenziale formatasi per colmare i vuoti normativi, e in seguito, affermatasi in via legislativa a partire dalla legge n. 26.862 del 2013, decreto 956 del 2013, e dal nuovo codice civile e commerciale entrato in vigore nel 2015.

Un ulteriore elemento di primaria importanza è la presa di coscienza, da parte del diritto argentino, del pressante avanzamento della scienza e della tecnologia, soprattutto in campo riproduttivo. Tale consapevolezza, da un lato, mette bene in luce la rottura, attraverso le tecniche di PMA, del legame che ha sempre accompagnato la sessualità e la procreazione modificando la concezione tradizionale secondo cui l'atto sessuale sia il presupposto necessario per la riproduzione umana, e dall'altro lato, spazza via principi centenari o comunque presunzioni consolidate, come quello di *mater semper certa est*.

⁸⁰ Sentenze reperibili on-line: www.pjn.gov.ar (ultima consultazione 19/07/2018) e ar.microjuris.com (ultima consultazione 19/07/2018).





D'altro canto, l'evento procreativo non appartenendo più al solo al privato volere di due persone (di differente sesso), allarga la sfera di intervento per fare spazio ad altri soggetti che cooperano in tale processo e ai quali, in conseguenza del consenso libero e informato, nelle forme all'uovo stabilite, verranno attribuite delle responsabilità secondo quanto stabilito dalla legge.

La risposta sulla tutela dell'embrione viene individuata in due profili che confluiscano in una protezione a partire dal momento del concepimento. Il punto di discriminazione consiste nell'individuare quando il concepimento avvenga a seguito del ricorso alle tecniche di PMA, in cui l'unione dei gameti sia realizzata in vitro. Di fronte ad un silenzio del legislatore che si protrae fino ai giorni nostri e che non è stato nemmeno del tutto chiarito con la riscrittura del codice civile e commerciale avvenuta nel 2015, l'ordinamento argentino trova la sua fonte normativa sia nella Convenzione Interamericana sui Diritti Umani, articolo 4, sia nella sua interpretazione a partire dal rinomato caso *Artavia Murillo Vs Costa Rica*, nel quale si afferma la tutela della *vida del embrión* a partire dal momento dell'impianto. I principi e i criteri sanciti in tale pronuncia vengono poi ripresi in virtù del *bloque de constitucionalidad* dal giudice interno soprattutto quello costituzionale in sede d'Amparo.

Nonostante gli intensi e molteplici dibattiti parlamentari, gli sforzi intrapresi al fine di comporre le fratture registratesi in sede di discussione dei diversi progetti di legge, attualmente permangono significative divergenze che impediscono una regolamentazione onnicomprensiva del fenomeno procreativo. Materie come la surrogazione di maternità, che di fatto ha un costante utilizzo, così come la fecondazione *post mortem*, non trovano ancora nessun fondamento normativo, rendendo l'operato del giudice unico riferimento regolamentare.

Risulta quindi auspicabile che l'enorme sforzo fatto negli ultimi anni dal legislatore argentino, palestatosi fin dal 2014 con la discussione di diversi progetti di legge sulla materia in oggetto,⁸¹ possa vedersi materializzato in una nuova regolamentazione in grado di fungere da anello di congiunzione tra le diverse normative già esistenti, completandosi in questo modo il quadro normativo che finora si è sviluppato.



⁸¹ Si fa riferimento ai progetti di legge n. 581-D-2014 e n. 4058-D-2014. Tali progetti di legge dopo aver superato il primo vaglio presso la Camera dei Deputati argentina e successivamente essere passati nel novembre del 2014 a seconda lettura nel Senato, sono stati archiviati in data 28/04/2017. Progetti di legge reperibili on-line: www1.hcdn.gov.ar (ultima consultazione 01/08/2018).

Il consenso informato come strumento per l'implementazione etica dei test genetici non invasivi per la diagnosi prenatale

*Maria Livia Rizzo**

choice

INFORMED CONSENT AS AN INSTRUMENT FOR IMPLEMENTATION OF PRENATAL NON-INVASIVE GENETIC TESTS

ABSTRACT: The discovery of the presence in the maternal bloodstream of cell fetal free DNA (cffDNA) has favored the introduction of a non-invasive prenatal genetic testing (NIPT) that provides reliable molecular or chromosomal information about fetal health, without risks for pregnancy. The high diagnostic potential of NIPT, as alternative technology to the traditional methods of prenatal diagnosis, has made the choices related to prenatal investigation techniques increasingly complex. The greater availability of cffDNA testing raises the need for patients to receive adequate information about the pros and cons of all available tests, to avoid an automatic and uncritical uptake of NIPT and to make the test an option that a patient can consciously accept or refuse. From a bioethical point of view, there are, on a general level, objections to all the prenatal diagnosis methods, whose mere existence is considered an index of social prejudice towards disability. In particular, NIPT provides so much information that it entails legal issues about the need for "informational privacy" of the unborn child regarding its future "right not to know", and ethical issues as well, including the risk for the test to trigger genetic determinism. These topics need to be addressed in order to examine the social justice issues related to the use, or not, of public resources for the provision of NIPT in terms of health policy priorities.

KEYWORDS: Non-invasive prenatal testing; informed choice; disability; informational privacy; social justice

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il rischio di routinizzazione – 3. Il rischio di discriminazioni – 4. L'ampiezza dell'informazione genetica – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Apartire dagli anni Sessanta del secolo scorso, le indagini prenatali finalizzate alla individuazione di anomalie fetali hanno assunto un ruolo rilevante nell'ambito dell'assistenza prenatale poiché hanno permesso ai professionisti sanitari di offrire alle pazienti informazioni

* Assegnista di ricerca presso il Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica (CIRSFID), Università di Bologna. Mail: marialivia.rizzo@unibo.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

significative circa la salute del nascituro.

I metodi di diagnosi prenatale spaziano da test non invasivi o di *screening*, che utilizzano marcatori sierici materni e vengono integrati con indagini ecografiche¹ a tecnologie invasive come l'amniocentesi², il prelievo dei villi coriali o villocentesi³ e la funicolocentesi o cordocentesi⁴.

Nonostante le informazioni fornite da queste tecniche consentano alle gestanti di elaborare scelte informate in gravidanza, ognuna di esse presenta dei limiti⁵: l'ecografia è in grado di rilevare solo anomalie fisiche, e gli *screening* prenatali forniscono solamente un'indicazione in termini di probabilità, dunque non inequivocabile, della presenza della anomalia, e devono essere confermati dalle diagnosi invasive che, però, a loro volta comportano un rischio di perdita fetale^{6,7}.

A tali metodiche alla fine degli anni Novanta del secolo scorso si è aggiunta la possibilità di accedere direttamente al materiale genetico fetale tramite il circolo ematico materno effettuando un prelievo di sangue.

In questo contesto, a partire dal 1997 la possibilità di isolare e analizzare il DNA fetale libero circolante nel sangue materno – individuato per la prima volta da Lo⁸ nello stesso anno – è emersa come un nuovo metodo di indagine prenatale non invasivo, atto a fornire informazioni molecolari o cromosomiche affidabili circa lo stato di salute del feto, senza mettere in pericolo la gravidanza⁹. Più nello specifico, la scoperta della presenza, a partire dal primo trimestre di gravidanza^{10,11}, nel circolo ema-

¹ Iss. Sistema nazionale per le linee guida (SNLG). *Gravidanza fisiologica*, 2011, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1436_allegato.pdf (ultima consultazione 06/06/2018).

² M.W. STEELE, W.R. BREG, *Chromosome analysis of human amniotic-fluid cells*, in *Lancet*, 1996; 1:383-385.

³ S. SMIDT-JENSEN, N. HAHNEMANN, *Transabdominal fine needle biopsy from chorionic villi in the first trimester*, in *Prenat Diagn*, 1984; 4:163.

⁴ F. DAFFOS, M. CAPELLA-PAVLOVSKY, F. FORESTIER, *Fetal blood sampling during pregnancy with use of a needle guided by ultrasound: a study of 606 consecutive cases*, in *Am J Obstet Gynecol*, 1985; 153(6):655-60.

⁵ A.J. NEWSON, *Ethical aspects arising from non-invasive fetal diagnosis*, in *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*, 2008; 13:103e108.

⁶ Il rischio di aborto connesso alla amniocentesi venne calcolato nel 1986 pari all'1% (v. A. TABOR, J. PHILIP, M. MADSEN, J. BANG, E.B. OBEL, B. NORGAARD-PEDERSEN, *Randomised controlled trial of genetic amniocentesis in 4606 low-risk women*, in *Lancet*, 1986; 1(8493):1287-1293) ma studi molto più recenti lo hanno indicato come ricompreso in un range inferiore, tra 0.5 e 1% e lo stesso valore è stato attribuito al rischio di perdita fetale legato al prelievo dei villi coriali (v. A. TABOR, Z. ALFIERVIC, *Update on Procedure-Related Risks for Prenatal Diagnosis Techniques*, in *Fetal Diagn Ther*, 2010; 27:1-7).

⁷ La funicolocentesi comporta un rischio di perdita fetale del 2% (v. F. DAFFOS, M. CAPELLA-PAVLOVSKY, F. FORESTIER, *Fetal blood sampling during pregnancy with use of a needle guided by ultrasound: a study of 606 consecutive cases*, in *Am J Obstet Gynecol*, 1985; 153(6):655-60 e SOCIETY FOR MATERNAL-FETAL MEDICINE (SMFM), S.M. BERRY, J. STONE, M.D. NORTON, D. JOHNSON, V. BERGHELLA, *Fetal blood sampling*, in *Am J Obstet Gynecol*, 2013; 209(3):170-80) e proprio l'elevato rischio di aborto esclude il ricorso routinario a questo tipo di indagine, alla quale oggi si ricorre solo ove sia necessario ottenere informazioni aggiuntive determinanti per la diagnosi, che solo essa può fornire.

⁸ Y.M. LO, N. CORBETTA, P.F. CHAMBERLAIN, V. RAI, I.L. SARGENT, C.W. REDMAN, J.S. WAINSCOAT, *Presence of fetal DNA in maternal plasma and serum*, in *Lancet*, 1997; 350:485-487.

⁹ J.L. MARON, D.W. BIANCHI, *Prenatal diagnosis using cell-free nucleic acids in maternal body fluids: a decade of progress*, in *Am J Med Genet C Semin Med Genet*, 2007; 145:5e17.

¹⁰ Nonostante il cffDNA possa essere individuato nel plasma materno già dopo 5-7 settimane di gravidanza, i risultati del test sono ad ogni modo più accurati dopo 10 settimane a causa dell'aumento della quantità di DNA fetale circolante nel plasma materno in seguito all'aumento dell'età gestazionale (E. EMRE, D. EMINE, K. SEFA, *Non-Invasive Prenatal Test with cffDNA (NIPT)*, in *SM J Gynecol Obstet*, 2016; 2(1):1011).





tico materno, di DNA libero di origine fetale (*cell fetal free DNA, cffDNA*)¹² ha favorito l'introduzione nel 2011 di un nuovo test genetico prenatale non invasivo (*non-invasive prenatal genetic testing, NIPT*) basato sulle tecnologie di sequenziamento del DNA a partire da un campione di sangue materno¹³ la cui analisi è utile per lo studio delle più comuni aneuploidie, vale a dire la trisomia 21, la trisomia 18 e la trisomia 13¹⁴.

Si tratta di una porzione limitata di anomalie cromosomiche fetali¹⁵, seppur significativa in quanto corrispondente ad una percentuale ricompresa tra il 50% e il 70% della totalità delle stesse¹⁶.

2. Il rischio di routinizzazione

Una simile potenzialità diagnostica ha reso le scelte relative ai metodi di indagine prenatale sempre più complesse: inizialmente l'offerta era basata su una semplice dicotomia, che prevedeva la raccomandazione di sottoporsi a test diagnostici invasivi per le donne di età pari o superiore a 35 anni, e per le donne più giovani che presentavano fattori di rischio, e quella di sottoporsi a test di *screening* per le donne di età inferiore ai 35 anni, al fine di individuare la presenza dei suddetti fattori di rischio. La possibilità di utilizzare, invece, una tecnologia diagnostica emergente come il NIPT, altamente innovativa per le ragioni citate, si è posta concretamente fin da subito come una alternativa alle tradizionali tecniche di diagnosi prenatale.

La decisione di non optare *tout court* per questa metodica risente, tuttavia, della circostanza che il test del DNA libero – pur avendo specificità e sensibilità significativamente superiori a quelle dei test di *screening*¹⁷ – non possiede il grado di affidabilità proprio dei tradizionali metodi di diagnosi prenatale invasivi¹⁸.

¹¹ La quantità di cffDNA diminuisce rapidamente dopo la nascita e dopo il parto non è più rinvenibile nel sangue materno a distanza da due ore dal medesimo (G. ASHOOR, A. SYNGELAKI, L.C.Y. POON, J.C. REZENDE, K.H. NICOLAIDES, *Fetal fraction in maternal plasma cell-free DNA at 11-13 weeks' gestation: relation to maternal and fetal characteristics*, in *Ultrasound Obstet Gynecol*, 2013; 41: 26-32).

¹² Il risultato dell'analisi viene ritenuto attendibile solo se ottenuto a partire da una percentuale di cffDNA non inferiore al 4% del totale del DNA libero presente nel plasma della madre, v. Ministero della Salute. Consiglio Superiore di Sanità, Sez. I, *Linee Guida. Screening prenatale basato sul DNA*, maggio 2015, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2381_allegato.pdf (ultima consultazione 06/06/2018).

¹³ C.F. WRIGHT, BURTON H., *The use of cell-free fetal nucleic acid in maternal blood for non-invasive prenatal diagnosis*, in *Human Reproduction Update*, 2009; 15(1):142-143.

¹⁴ Ministero della Salute. Consiglio Superiore di Sanità, *op.cit.*

¹⁵ Il NIPT non rileva altre anomalie cromosomiche o sindromi di microdelezione che potrebbero essere rilevate mediante analisi del cariotipo o microarray, v. A. DE JONG, I. MAYA, J.M.M. VAN LITH, *Prenatal screening: current practice, new developments, ethical challenges*, in *Bioethics*, 2015; 29(1):1467-8519.

¹⁶ Ministero della Salute. Consiglio Superiore di Sanità, *op.cit.*

¹⁷ Al test del DNA libero è associata una possibilità di corretta diagnosi pari al 98% e una specificità superiore al 99,5%, (v. S. MORAIN, M.F. GREENE, M.M. MELLO, *A new era in noninvasive prenatal testing*, in *N Engl J Med*, 2013; 369(6):499-501), al contrario, i convenzionali test di *screening* prenatale per l'individuazione della trisomia 21 basati su analisi biochimiche ed ecografiche sono caratterizzati da un tasso di falsi positivi che viene riportato nella misura del 5% e da un tasso di rilevamento indicato tra il 60% e il 95% da N.J. WALD, C. RODECK, A.K. HACKSHAW, J. WALTERS, L. CHITTY, A.M. MACKINSON, *First and second trimester antenatal screening for Down's syndrome: the results of the Serum, Urine and Ultrasound Screening Study (SURUSS)*, in *Health Technol Assess*, 2003; 7:1-77.

In particolare, sebbene in percentuale inferiore rispetto ai tradizionali test di screening^{19,20}, vi è un tasso di falsi positivi²¹ costantemente segnalato, e allo stesso modo vengono riportate percentuali di falsi negativi^{22,23,24,25}.

Per questo motivo, nonostante questo test in passato fosse stato previsto come un possibile test *one-step* per le aneuploidie²⁶ – in seguito al cui ricorso la conferma del risultato positivo tramite test invasivo non sarebbe stata più necessaria – al momento esso viene considerato come un mero metodo, peraltro solo eventuale, di “screening avanzato” rispetto al quale viene raccomandata la successiva sottoposizione a test invasivo per la conferma del risultato positivo^{27,28,29}.

Ciò evita il rischio di una routinizzazione del ricorso al NIPT, vale a dire un ricorso non ponderato a questo tipo di test praticato quasi automaticamente³⁰, e che configurerebbe una partecipazione acr-

¹⁸ P.A. BENN, A. BORRELL, H. CUCKLE, L. DUGOFF, S. GROSS, J.A. JOHNSON, R. MAYMON, A. ODIBO, P. SCHIELEN, K. SPENCER, D. WRIGHT, Y. YARON, *Prenatal detection of Down syndrome using massively parallel sequencing (MPS): a rapid response position statement from a committee on behalf of the Board of the International Society for Prenatal Diagnosis*, 24 October 2011, in *Prenat Diagn*, 2012; 32:1–2.

¹⁹ La percentuale di individuazione è del 98.6% per la trisomia 21, del 94.9% per la trisomia 18 e del 91.3% per la trisomia 13 (EMRE E., EMINE D., SEFA K., *op. cit.*).

²⁰ La bassa percentuale di falsi positivi associata ai NIPT, per cui ora la paziente può direttamente optare, rappresenta un vantaggio rispetto al maggiore tasso di falsi positivi riconlegabile agli screening prenatali, ove l’errata attribuzione di un rischio elevato causata da un risultato falso-positivo indirizza la gestante verso test diagnostici invasivi non necessari, comportanti il rischio di aborto (C. KAPOSY, *A disability critique of the new prenatal test for Down syndrome*, in *Kennedy Inst. Ethics J.*, 2013, 23: 299-324).

²¹ Il tasso di falsi positivi è del 1.01% per la trisomia 21, dello 0.14% per la trisomia 18 e dello 0.14% per la trisomia 13 (E. EMRE, D. EMINE, K. SEFA, *op. cit.*).

²² La percentuale di falsi negativi è del 1.01% per la trisomia 21, del 5.04% per la trisomia 18 e del 8.7% per la trisomia 13 (E. EMRE, D. EMINE, K. SEFA, *op. cit.*).

²³ R.E. REISS, A.M. CHERRY, *Still a screening test: more attention needed to noninvasive prenatal test false-positive rates*, in *Am J Obstet Gynecol*, 2013; 209:160-161.

²⁴ M.T. MENNUTI, A.M. CHERRY, J.D. MORRISSETTE, L. DUGOFF, *Is it time to sound an alarm about false-positive cell-free DNA testing for fetal aneuploidy?*, in *Am J Obstet Gynecol*, 2013; 209:415-419.

²⁵ Y. WANG, J. ZHU, Y. CHEN, S. LU, B. CHEN, X. ZAO, Y. WU, X. HAN, D. MA, Z. LIU, D. CRAM, W. CHENG, *Two cases of placental T21 mosaicism: challenging the detection limits of non-invasive prenatal testing*, in *Prenat Diagn*, 2013; 33:1207-10.

²⁶ Lo scenario ipotizzato era rappresentato dalla sostituzione da parte del test genetico non invasivo della attuale combinazione di valutazione del rischio e diagnosi invasiva, v. A. DE JONG, W. DONDORP, C. DE DIE-SMULDERS, S. FRINTS, G. DE WERT, *Non invasive prenatal testing: ethical issues explored*, in *European Journal Human Genetics*, 2010; 18(3):272-273.

²⁷ AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS COMMITTEE ON GENETICS (ACOG), *Committee Opinion No. 545: Noninvasive prenatal testing for fetal aneuploidy*, in *Obstet Gynecol*, 2012; 120: 1532–1534.

²⁸ P.A. BENN, A. BORRELL, H. CUCKLE, L. DUGOFF, S. GROSS, J.A. JOHNSON, R. MAYMON, A. ODIBO, P. SCHIELEN, K. SPENCER, D. WRIGHT, Y. YARON, *op. cit.*

²⁹ S. LANGLOIS, J.A. BROCK, *Genetics Committee. Current Status in Non-Invasive Prenatal Detection of Down Syndrome, Trisomy 18 and Trisomy 13 using Cell-Free DNA in Maternal Plasma*, in *J Obstet Gynaecol Can*, 2013; 35:177-181.

³⁰ Si pensi alla inclusione del NIPT in una serie di test eseguiti durante un prelievo di sangue alla prima visita prenatale, v. M.A. MINEAR, S. ALESSI, M. ALLYSE, M. MICHE, S. CHANDRASEKHARAN. *Noninvasive Prenatal Genetic Testing: Current and Emerging Ethical, Legal, and Social Issues*, in *Annu. Rev. Genomics Hum. Genet.* 2015. 16:369-98.





tica delle gestanti a un programma di *screening* consolidato³¹ anziché una opzione che una paziente adeguatamente informata può accettare o rifiutare³².

La routinizzazione è infatti associata a una minore qualità della scelta informata dal momento che erode di fatto il processo decisionale funzionale al consenso informato³³ poiché rischia di ridurre il NIPT, nella percezione delle pazienti, ad un ulteriore e mero esame del sangue, senza che vi sia una comprensione specifica del suo significato e delle sue implicazioni³⁴.

Al contrario, la qualificazione del test del DNA libero come *screening* avanzato, con una conseguente sottoposizione solo eventuale allo stesso, deve incoraggiare una più approfondita discussione nell'ambito del colloquio medico paziente su quali siano i suoi effetti, in modo tale che la gestante possa addivenire ad una scelta realmente informata circa il ricorso o meno a questa metodica.

Infatti, con l'aumento della disponibilità del test del DNA libero, aumenta la necessità delle pazienti di essere informate su quali test siano disponibili, sulle conseguenze della sottoposizione agli stessi, sul significato dei risultati e su quali opzioni siano fruibili in base a ogni possibile esito³⁵, e di essere adeguatamente supportate nella scelta clinica per esaminare i vantaggi e gli svantaggi di tutti i test disponibili, vagliando altresì l'opportunità di non sottoporsi ad alcun tipo di indagine prenatale³⁶³⁷³⁸.

A titolo esemplificativo, la gestione dei test prenatali in Canada³⁹ si basa sul principio della scelta informata, che opportunamente già da tempo nei Paesi anglosassoni sostituisce il concetto di "consenso informato" poiché mentre il consenso implica una relazione basata sulla autorità – e il paziente che acconsente trasferisce una parte del suo "potere decisionale" al sanitario – il paziente che sceglie

³¹ Commissione nazionale d'etica per la medicina, *Riflessioni sulla valutazione etica dei test prenatali non invasivi (NIPT)*, Parere n. 26/2016, Berna, 9 dicembre 2016, https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/it/DEF_NEK_Stellungnahme_NIPT_A4_IT_web.pdf (ultima consultazione 07/06/2018).

³² W. DONDORP, G. DE WERT, Y. BOMBARD, D.W. BIANCHI D.W., C. BERGMANN, P. BORRY, L.S. CHITTY, F. FELLMANN, F. FORZANO, A. HALL, L. HENNEMAN, H.C. HOWARD, A. LUCASSEN, ORMOND K., PETERLIN B., RADOJKOVIC D., ROGOWSKI W., SOLLER M., TIBBEN A., TRANEBJÆRG L., C.G. VAN EL, M.C. CORNEL, *Non-invasive prenatal testing for aneuploidy and beyond: challenges of responsible innovation in prenatal screening*, in *Eur J Hum Genet*, 2015; 23(11): 1438-1450.

³³ C.F. WRIGHT, H. BURTON, *op.cit.*

³⁴ W. DONDORP, G. DE WERT, Y. BOMBARD, D.W. BIANCHI D.W., C. BERGMANN, P. BORRY, L.S. CHITTY, F. FELLMANN, F. FORZANO, A. HALL, L. HENNEMAN, H.C. HOWARD, A. LUCASSEN, ORMOND K., PETERLIN B., RADOJKOVIC D., ROGOWSKI W., SOLLER M., TIBBEN A., TRANEBJÆRG L., C.G. VAN EL, M.C. CORNEL, *op. cit.*

³⁵ WRIGHT C., *Cell-free fetal nucleic acids for noninvasive prenatal diagnosis*, 2009, <http://www.phgfoundation.org> (ultima consultazione 07/06/2018).

³⁶ L.S. CHITTY, D. WRIGHT, M. HILL, T.I. VERHOEF, R. DALEY, C. LEWIS, S. MASON, F. MCKAY, L. JENKINS, A. HOWARTH, L. CAMERON, A. MCEWAN, J. FISHER, M. KROESE, S. MORRIS, *Uptake, outcomes, and costs of implementing non-invasive prenatal testing for Down's syndrome into NHS maternity care: prospective cohort study in eight diverse maternity units*, in *BMJ*, 2016; 354:i3426.

³⁷ P. TWISS, M. HILL M., R. DALEY, L.S. CHITTY, *Non-invasive prenatal testing for Down syndrome*, in *Semin Fetal Neonatal Med*, 2014;19(1):9-14.

³⁸ C. SILCOCK, L.M. LIAO, M. HILL, L.S. CHITTY. *Will the introduction of non-invasive prenatal testing for Down's syndrome undermine informed choice?*, in *Health Expect*, 2015; 18(5):1658-1671.

³⁹ M. VANSTONE, C. KING, B. DE VRIJER, J. NISKER, *Non-invasive Prenatal Testing: ethics and policy considerations*, in *J Obstet Gynaecol Can*, 2014; 36(&):515-526.

mantiene, invece, il pieno controllo della decisione e la propria autonomia nel decidere⁴⁰, una autonomia efficacemente qualificata come “autonomia senza abbandono del paziente”⁴¹.

I vantaggi che apporta la scelta informata in questo contesto possono facilmente, tuttavia, venire vanificati dalla commercializzazione *online* del NIPT⁴² che elimina il rapporto medico-paziente ed il relativo colloquio informativo che precede la sottoposizione al test.

Qualificandosi invece la scelta informata come principio etico pienamente in linea con l'impegno sociale all'autonomia riproduttiva – che spesso è considerata come il fattore che differenzia la decisione relativa al test genetico dall'eugenetica^{43,44} – è auspicabile un coinvolgimento delle pazienti da parte dei professionisti sanitari nel cosiddetto “processo decisionale condiviso”^{45,46,47,48} nell'ambito del quale il sanitario aiuta la persona assistita a comprendere quali siano le opzioni che devono essere prese in considerazione, la informi e la solleciti ad esprimere le proprie preferenze valutandone la compatibilità con le opzioni di trattamento disponibili⁴⁹. Una simile abilità del medico è ancor più rilevante laddove dal test del cffDNA emergano caratteristiche genetiche di significato incerto, dunque di difficile interpretazione, che si traducono in informazioni complesse da gestire sia per la paziente sia per il professionista sanitario^{50,51}.

In questi casi, infatti, l'espansione dell'ambito dello *screening* – aumentando la quantità di informazioni che la paziente deve ricevere, esaminare ed elaborare – rende impossibile informarla esaustivamente circa tutti i possibili risultati del test, comprensivi delle loro conseguenze cliniche: farlo condurrebbe verosimilmente ad un sovraccarico di complesse informazioni tale da renderla incapace di pervenire ad una scelta realmente informata e, a monte, di formulare decisioni coerenti con i propri

⁴⁰ S. PELOTTI, *Dal consenso informato alla scelta informata attraverso il processo decisionale condiviso*, in M. FRANZONI (curato da), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Torino, 2011, 18, 635.

⁴¹ L. SANDMAN, C. MUNTHE, *Shared decision making, paternalism and patient choice*, in *Health Care Anal*, 2010; 18:60.

⁴² C. MUNTHE, *A new ethical landscape of prenatal testing: individualizing choice to serve autonomy and promote public health: a radical proposal*, in *Bioethics*, 2015: 36-4.

⁴³ T. DUSTER, *Backdoor to eugenics*, New York; Routledge, 2003.

⁴⁴ M. EKBERG, *The old eugenics and the new genetics compared*, in *Soc Hist Med*, 2007; 20(3):581-93.

⁴⁵ V. SEROR, Y. VILLE, *Women's attitudes to the successive decisions possibly involved in prenatal screening for Down syndrome: how consistent with their actual decisions?* in *Prenat Diagn*, 2010; 30(11):1086-1093.

⁴⁶ F. LÉGARE, S. ST-JACQUES, S. GAGNON, M. NJOYA, M. BRISSON, P. FREMONT, F. ROUSSEAU, *Prenatal screening for Down syndrome: a survey of willingness in women and family physicians to engage in shared decision-making*, in *Prenat Diagn*, 2011; 31(4):319-326.

⁴⁷ S. GAGNON, M. LABRECQUE, M. NJOYA, F. ROUSSEAU, S. ST-JACQUES, F. LÉGARE, *How much do family physicians involve pregnant women in decisions about prenatal screening for Down syndrome?* in *Prenat Diagn*, 2010; 30(2):115-121.

⁴⁸ M.M. SKJOTH, E. DRABORG, C.D. PEDERSEN, H.P. HANSEN, R.F. LAMONT, J.S. JORGENSEN, *Providing information about prenatal screening for Down syndrome: a systematic review*, in *Acta Obstet Gynecol Scand*, 2015; 94(2):125-132.

⁴⁹ G. ELWYN, C. DEHLENDORF, R.M. EPSTEIN, K. MARRIN, J. WHITE, D.L. FROSCH, *Shared decision making and motivational interviewing: achieving patient-centred care*, in *Ann Fam Med*, 2014; 12(3):270-275

⁵⁰ J.M. HORSTING, S.R. DLOUHY, K. HANSON, K. QUAID, S. BAI, K.A. HINES, *Genetic counselors' experience with cell-free fetal dna testing as a prenatal screening option for aneuploidy*, in *Journal of Genetic Counseling*, 2014; 23(3):377-400.

⁵¹ P.A. BENN, A.R. CHAPMAN, *Ethical challenges in providing noninvasive prenatal diagnosis*, in *Current Opinion in Obstetrics & Gynecology*, 2010; 22(2):128-34.



valori^{52,53}. Si rileva che è stato suggerito⁵⁴ ai sanitari in tali circostanze di elaborare una categorizzazione delle risultanze del test, da adoperare, come metodo migliore oltre che più fattibile, nella comunicazione clinica.

A questo proposito, non è secondario riportare che uno studio condotto nel Regno Unito⁵⁵ ha rilevato che al *counseling* e al processo decisionale relativo alla scelta di effettuare o meno il NIPT, viene dedicato un tempo inferiore rispetto a quello destinato alla elaborazione della scelta di intraprendere o meno il test prenatale invasivo.

In relazione a tali questioni, nel luglio 2016 l'American College of Medical Genetics and Genomics (ACMG) ha pubblicato un *position statement* relativo al NIPT per le aneuploidie fetalì ove ha indicato molteplici raccomandazioni, tra cui quella di informare la gestante che il NIPT è l'opzione di *screening* a maggior sensibilità – vale a dire maggiormente precisa – per l'individuazione delle tradizionali aneuploidie, e quella di informare la gravida della disponibilità del NIPT per le aneuploidie dei cromosomi sessuali e della possibilità di ottenere per queste condizioni falsi positivi così come anche una prognosi variabile⁵⁶.

Ad ogni modo, pur in assenza di una sua routinizzazione, è indubitabile che l'accuratezza, la sicurezza e la facilità di esecuzione del NIPT contribuiscano ad aumentare il ricorso alla diagnosi prenatale, il che da un altro punto di vista comporta il rischio che le pazienti, rimosso il rischio per la gravidanza, si sentano meno giustificate a rifiutare di sottoporvisi, compromettendo in tal modo il corretto funzionamento processo decisionale in esito al quale le stesse possano addivenire ad una scelta informata^{57,58}.

3. Il rischio di discriminazioni

Inoltre, nel lungo termine all'implementazione su larga scala del NIPT e a una sua potenziale validazione come test diagnostico potrebbe conseguire un aumento sia della individuazione di determinate

⁵² G. STAPLETON, *Med Health Care and Philos*, 2016, doi:10.1007/s11019-016-9725-2.

⁵³ M.L. RIZZO, *La gestione dell'obbligo informativo nelle indagini prenatali*, in *Diritto e Pratica Clinica*, 3, 2017, 369-377.

⁵⁴ A. DE JONG, W. DONDORP, C. DE DIE-SMULDERS, S. FRINTS, G. DE WERT, *op. cit.*

⁵⁵ A. VAN DER HEUVEL, L. CHITTY, E. DORMANDY, A. NEWSON, Z. DEANS, S. ATTWOOD, S. HAYNES, T.M. MARTEAU, *Will the introduction of non-invasive prenatal diagnostic testing erode informed choices? An experimental study of health care professionals*, in *Patient Educ Couns*, 2010, 78:24-28.

⁵⁶ A.R. GREGG, B.G. SKOTKO, J.L. BENKENDORF, K.G. MONAGHAN, K. BAJAJ, R.G. BEST, S. KLUGMAN, M.S. WATSON, *Noninvasive prenatal screening for fetal aneuploidy, 2016 update: a position statement of the American College of Medical Genetics and Genomics*, in *Genetics in Medicine*, 2016; 18:1056-65.

⁵⁷ Si tratta di quanto emerso da uno studio condotto in Olanda tra maggio 2012 e maggio 2013 tramite focus group e colloqui individuali, v. R.D. VAN SCHENDEL, J.H. KLEINVeld, W. DONDORP, E. PAIKRT, D.R. TIMMERMANS, K.C. HOLT Kamp, M. KARSTEN, A.L. VLIETSTRA, A.M. LACHMEIJER, L. HENNEMAN, *Attitudes of pregnant woman and male partners towards non-invasive prenatal testing and widening the scope of prenatal screening*, in *European Journal of Human Genetics*, 2014; 22:1345-1350.

⁵⁸ Da un simile studio condotto nel Regno Unito è emersa allo stesso modo la preoccupazione che le pazienti possano subire la pressione di doversi necessariamente sottoporre a un test quando questo è facilmente disponibile, privo di rischi clinici e offerto da un professionista sanitario di fiducia, v. C. LEWIS, C. SILCOCK, L.S. CHITTY, *Non-invasive prenatal testing for Down's syndrome: pregnant women's views and likely uptake*, in *Public Health Genom*, 2013; 16:223-232.

condizioni fetali sia del tasso di interruzioni di gravidanze ad esse ricollegate^{59,60}, riducendo pertanto la diffusione delle medesime condizioni morbose nella società⁶¹.

Tuttavia, nonostante una diminuzione, favorita dal NIPT, dei casi di nascita di persone affette da aneuploidie⁶² porterebbe dei benefici sotto l'aspetto delle politiche sanitarie poiché ridurrebbe i costi di assistenza che devono essere sostenuti per le persone con disabilità, essa comporterebbe dall'altro lato anche una diminuzione dell'accettazione, del supporto e delle risorse destinate alle persone affette da tali patologie, per il loro divenire in un certo senso meno visibili, con conseguente discriminazione nei loro confronti e rischiando che ciò possa provocarne altresì una pericolosa stigmatizzazione sociale^{63,64,65,66}.

Per questo motivo, da un punto di vista bioetico, si registrano delle critiche, a monte, nei confronti, in generale, di tutte le modalità di diagnosi prenatale, la cui mera esistenza è considerata indice di un pregiudizio sociale nei confronti della disabilità, con il conseguente timore di alcuni che il valore della vita di un feto che svilupperà una malattia non venga considerata alla stessa stregua di quella di un feto sano^{67,68,69,70}.

Ad essere oggetto di queste contestazioni che ravvisano nelle tecnologie diagnostiche prenatali un intento eugenetico, si badi, non è l'esistenza del diritto di aborto in sé considerato, ma la presenza di norme giuridiche che prevedono termini differenziati per l'esercizio dell'aborto terapeutico e che, in

⁵⁹ M. ALLYSE, M.A. MINEAR, E. BERSON, S. SRIDHAR, M. ROTE, A. HUNG, S. CHANDRASEKHARAN, *Non-invasive prenatal testing: a review of international implementation and challenges*, in *International Journal of Women's Health*, 2015; 7:113-26.

⁶⁰ J.S. KING, *Not this child: constitutional questions in regulating noninvasive prenatal genetic diagnosis and selective abortion*, in *UCLA Law Review*, 2012; 60:2.

⁶¹ L. HAYMON, *Non Invasive Prenatal Genetic Diagnosis (NIPD)*, in *Council for Responsible Genetics*, 2011.

⁶² Dal Registro europeo delle anomalie congenite Eurocat relativo al periodo 2008-2012 emerge che le nascite di bambini affetti da Sindrome di Down si stanno drasticamente riducendo, poiché in una percentuale compresa all'incirca tra il 70 e il 90% circa dei casi la gestante informata della diagnosi opta per l'interruzione della gravidanza (v. VOLPI R. *La sparizione dei bambini down: un sottile sentimento eugenetico percorre l'Europa*. Torino: Lindau 2016).

⁶³ C. KAPOSY, *op.cit.*

⁶⁴ M. HILL, J. FISHER, L.S. CHITTY, S. MORRIS, *Women's and health professionals' preferences for prenatal tests for Down syndrome: a discrete choice experiment to contrast noninvasive prenatal diagnosis with current invasive tests*, in *Genet Med*, 2012; 14(11):905-13.

⁶⁵ K. GOUROUNTI, J. SANDALL, *Do pregnant women in Greece make informed choices about antenatal screening for Down's Syndrome? A questionnaire survey*, in *Midwifery*, 2008; 24(2):153-62.

⁶⁶ Da una indagine anonima effettuata online negli USA è emerso che la maggior parte delle madri di nati affetti da Trisomia 21 ha percepito il NIPT come uno strumento in grado di aumentare le interruzioni volontarie di gravidanza (88%), di alimentare la stigmatizzazione sociale (57%) e di ridurre la disponibilità dei servizi dedicati alle persone affette da Sindrome di Down (64%), v. G. KELLOGG, L. SLATTERY, L. HUGGINS, K. ORMOND, *Attitudes of mothers of children with down syndrome towards noninvasive prenatal testing*, in *J Genet Couns*, 2014; 23(5):805-13.

⁶⁷ F.K. BOARDMAN, *The expressivist objection to prenatal testing: the experiences of families living with genetic disease*, in *Soc Sci Med*, 2014; 107:18-25.

⁶⁸ C. KAPOSY, *op.cit.*

⁶⁹ E. PARENS, A. ASCH, *The disability rights critique of prenatal genetic testing reflections and recommendations*, in *Hastings Cent Rep*, 1999; 29:S1-S22.

⁷⁰ E. PARENS, A. ASCH, *Disability rights critique of prenatal genetic testing: reflections and recommendations*, in *Ment Retard Dev Disabil Res Rev*, 2003; 9:40-47.



tal modo, introdurrebbero per via normativa una distinzione qualitativa tra le vite con e senza disabilità⁷¹.

Chi si oppone a questa concezione argomenta, al contrario, che il ricorso al NIPT non esclude automaticamente il supporto a persone nate con disabilità poiché non diminuisce necessariamente le nascite di persone affette da aneuploidie, dovendosi di volta in volta valutare l'impatto effettivo del test^{72,73}, che può non essere propedeutico ad una interruzione di gravidanza, ma effettuato per il solo ottenimento di informazioni circa la salute del nascituro.

Infatti in molti casi la decisione di sottoporsi al NIPT si basa sulle stesse motivazioni che portano la coppia alla scelta di apprendere il sesso del feto in utero tramite ecografia: non, quindi, per individuare un grado di anomalia – al di fuori dei casi in cui conoscere il sesso del nascituro è rilevante dal punto di vista medico, poiché permette di identificare i feti a rischio di condizioni ereditarie legate al sesso – ma per ottenere informazioni sulle caratteristiche del concepito, al fine di intensificare il legame con lo stesso o semplicemente di soddisfare la propria curiosità⁷⁴.

Al riguardo, non esiste il modo di sapere realmente quali siano i motivi che inducono ad optare per il NIPT, se cioè il test viene eseguito *“purely for information”* o al fine di decidere se proseguire o terminare la gravidanza. Inoltre, è peraltro possibile che un test del DNA libero intrapreso ad un mero scopo informativo, a seconda dei suoi risultati possa comunque comportare un cambiamento nella intenzione della gestante di continuare la gravidanza⁷⁵.

4. L'ampiezza dell'informazione genetica

Allo stesso tempo, dunque, questo tipo di test, mentre rende accessibili nuove possibilità di analisi della salute del feto, aumenta la portata dell'informazione genetica per cui le gravide decidono di sottoporsi al test medesimo e produce una quantità di queste informazioni talmente vasta da non poter non generare ulteriori questioni etiche con riferimento alla tipologia di alcune di esse⁷⁶.

Basti pensare che nel dicembre 2010 due laboratori separati⁷⁷ hanno dimostrato la possibilità di condurre una analisi completa di tutto il genoma del feto a partire da un campione di sangue materno, apreendo una strada alla indagine prenatale di ogni condizione o predisposizione genetica diagnostiabile^{78,79}.

⁷¹ M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, 2016, 176.

⁷² A.E. RAZ, *Important to test, important to support”: attitudes toward disability rights and prenatal diagnosis among leaders of support groups for genetic disorders in Israel*, in *Soc Sci Med*, 2004; 59:1857-66.

⁷³ A.E. RAZ, *Disability rights, prenatal diagnosis and eugenics: a cross-cultural view*, in *J Genet Couns*, 2005; 14:183-87.

⁷⁴ Z. DEANS Z., A.J. CLARKE, A.J. NEWSON, *For Your Interest? The Ethical Acceptability of Using Non-Invasive Prenatal Testing to Test 'Purely for Information'* in *Bioethics*, 2015, 29(1).19-25.

⁷⁵ R.E. DUNCAN, B. FODDY, M.B. DELATYCKI, *Refusing to provide a prenatal test: can it ever be ethical?*, in *BMJ*, 2006; 333:1066-1068.

⁷⁶ R.M. FARRELL, *Symposium: women and prenatal genetic testing in the 21st century. Health Matrix*, in *Journal of Law Medicine*, 2013.

⁷⁷ I due laboratori si trovano alla Standford University e alla Chinese University di Hong Kong.

Un simile scenario implica una serie di dilemmi etici che scaturiscono innanzitutto dalla scelta di effettuare o meno gli accertamenti⁸⁰, e in secondo luogo dalla circostanza per cui l'opportunità di raffinare sempre di più la diagnosi genetica fa emergere la possibilità di identificare una rilevante mole di informazioni relative a malattie ad insorgenza tardiva, come la corea di Huntington, che si manifestano clinicamente in età adulta, predisposizioni a malattie gravi e comuni – come il cancro al seno e il diabete – e anomalie minori^{81⁸²}, caratteri non patologici – quali la paternità e i connotati fisici – oltre alle caratteristiche genetiche di significato incerto a cui si è fatto cenno.

Sotto il profilo etico, l'utilizzazione di una metodica non invasiva come il test del DNA libero per ragioni prive di aspetti medici può essere in gran parte dei casi irreprensibile, ma può risultare in altre situazioni censurabile, non per via di una sua dannosità potenziale – trattandosi di un test privo di rischi clinici – ma per il pericolo che ciò incoraggi l'oggettivazione del nascituro allorquando sia espressione o indicazione di una attitudine della gestante, o di entrambi i futuri genitori, a valutare il neonato sulla base delle sue caratteristiche non patologiche⁸³ come ad esempio i tratti fisici quali il colore degli occhi⁸⁴ o la tipologia delle fibre muscolari connessa alle capacità atletiche⁸⁵.

Simili scoperte potrebbero, infatti, condizionare le aspettative dei genitori in merito alle capacità e alla personalità del figlio e innescare il fenomeno del determinismo genetico⁸⁶.

In particolare, i progressi in genetica e il sequenziamento dell'intero genoma implicano che il test prenatale non invasivo rivelì molteplici informazioni sulle caratteristiche fetali già nel periodo iniziale della gestazione, quando, perciò, alcune pazienti sarebbero più inclini a interrompere la gravidanza⁸⁷. Se da un punto di vista medico si tratta di uno sviluppo positivo poiché i rischi per la madre legati alla interruzione di gravidanza vengono minimizzati in un'epoca gestazionale ancora allo stadio iniziale, è invece oggetto di dibattito se una simile implicazione sarebbe eticamente accettabile poiché la diagnosi precoce potrebbe aumentare il tasso di donne incinte che optano per l'interruzione, anche per motivazioni triviali legate a criteri privi di rilevanza patologica, tra cui, soprattutto, un genere fetale

⁷⁸ Y.M. LO, K.C. CHAN, H. SUN, E.Z. CHEN, P. JIANG, F.M. LUN, Y.W. ZHENG, T.Y. LEUNG, T.K. LAU, C.R. CANTOR, R.W. CHIU, *Maternal plasma DNA sequencing reveals the genome-wide genetic and mutational profile of the fetus*, in *Sci Translational Med*, 2010; 2(61):61ra91.

⁷⁹ H.C. FAN, S.R. QUAKE, *In principle method for non-invasive determination of the fetal genome*, in *Nature Precedings*, 2010, doi:10.1038/npre.2010.5373.1.

⁸⁰ E. HILDT, *Autonomy and freedom of choice in prenatal genetic diagnosis*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2002; 5(1):65-71.

⁸¹ M. HILL, A.N. BARRETT, H. WHITE, L.S. CHITTY, *Uses of cell free fetal DNA in maternal circulation. Best Practice & Research*, in *Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 2012; 26 (5):639-54.

⁸² A.J. NEWSON, *op.cit.*

⁸³ Z. DEANS Z., A.J. CLARKE, A.J. NEWSON, *op. cit.*

⁸⁴ H. HAIDAR, C. DUPRAS, V. RAVITSKY, *Non-Invasive Prenatal Testing: Review of Ethical, Legal and Social Implications*, in *BioéthiqueOnline*, 2016, 5/6, <http://bioethiqueonline.ca/5/6>.

⁸⁵ Z. DEANS Z., A.J. CLARKE, A.J. NEWSON, *op. cit.*

⁸⁶ B.M. DICKENS, *Ethical and legal aspects of prenatal noninvasive genetic diagnosis*, in *Int J Gynaecol Obstet*, 2014; 124:181-81.

⁸⁷ R. REBOUCHÉ, *Intersections in reproduction: perspective on abortion and assisted reproductive technologies: non-invasive testing, non-invasive counseling*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2015; 43:228.



“non voluto” – soprattutto in paesi asiatici come Cina e India⁸⁸ – o che semplicemente non coincide con le loro preferenze⁸⁹, e che tramite il NIPT può essere individuato già alla settima settimana di gravidanza.

La condanna di un simile rischio è emersa già nel 1998 nelle linee guida per la medicina genetica emanate dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, che rimarcano come l’uso della diagnosi prenatale per la selezione del genere, al di fuori dei casi di patologie legate al sesso del feto, non sia accettabile⁹⁰.

Al riguardo, il risultato di alcuni studi ha fatto emergere il desiderio di porre un limite a ciò che sia possibile testare tramite il test del DNA libero, impedendone la esecuzione ai fini di individuazione delle anomalie minori, del genere del feto e delle caratteristiche non patologiche^{91,92}.

Posto che il cardine della attuale offerta di test di *screening* e diagnostici è il riconoscimento in capo alle pazienti del diritto di decidere se essere sottoposte o meno ad essi e di basare le proprie scelte riproduttive sui risultati dei medesimi⁹³, è dunque evidente come la disciplina del NIPT debba affrontare una necessità di bilanciamento tra i diritti riproduttivi da un lato, e la parità tra i generi e la tutela della disabilità dall’altro.

L’interesse alla vita del nascituro⁹⁴ è invece stato oggetto di bilanciamento con il diritto alla salute della gestante da parte della legge 194/1978⁹⁵, ai sensi della quale gravidanza, parto e maternità

⁸⁸ D. SCHMITZ, C. NETZER, W. HENN, *An offer you can't refuse? Ethical implications of non-invasive prenatal diagnosis*, in *Nat Rev Genet*, 2009; 10(8):515.

⁸⁹ Va rilevato che a differenza di quanto avviene nei paesi asiatici, in occidente le eventuali preferenze in relazione al sesso fetale, se presenti, non hanno generalmente impatto in termini di aborti selettivi, seppure in certe minoranze culturali, l’aborto selettivo per tale ragione sia praticato (S. DUBUC e D. COLEMAN, *An increase in the sex ratio of births to India-born mothers in England and Wales: evidence for sex-selective abortion*, in *Pop Dev Rev.*, 2007; 33:383-400).

⁹⁰ Nelle linee guida è riportato: «*The use of prenatal diagnosis [...] for gender selection, apart from sex-linked disorders, it is not acceptable (non-maleficence)*» (v. WHO, *Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services*, Ginevra 15-16 dicembre 1997, <http://www.who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf>).

⁹¹ R.D. VAN SCHENDEL, J.H. KLEINVELD, W. DONDORP, E. PAJKRT, D.R. TIMMERMANS, K.C. HOLTKAMP, M. KARSTEN, A.L. VLIETSTRA, A.M. LACHMEIJER, L. HENNEMAN, *op. cit.*

⁹² H.R. FAIRMOND, S.E. KELLY, *Public viewpoints on new non-invasive prenatal genetic tests*, in *Public Underst Sci*, 2013; 22: 730-744.

⁹³ P.A. BENN, A.R. CHAPMAN, *op. cit.*

⁹⁴ Il diritto alla salute deve considerarsi necessariamente esteso anche alla fase precedente alla nascita, pertanto anche il nascituro è ritenuto titolare di un autonomo diritto alla salute tutelato anche nella fase intrauterina, cfr. L. VIOLA *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Responsabilità civile*, 2009, 8,9 e Cass. civ. sent. n. 10741/2009.

⁹⁵ La legge 22 maggio 1978, n. 194 intitolata “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza” prevede specifici requisiti per la prevalenza del diritto alla salute della madre sul diritto alla vita del feto. In dettaglio, nel caso in cui la gravidanza non abbia superato il novantesimo giorno, alla gestante viene riconosciuto il diritto ad interrompere la gravidanza laddove la medesima accusi un serio pericolo per la sua salute fisico-psichica, dipendente da circostanze di tipo sanitario, familiare, economico e sociale. Superato il limite dei primi novanta giorni di gravidanza la legge stabilisce, per la legittimazione dell’interruzione, la sussistenza di un grave pericolo per la salute della gestante conseguente a processi patologici accertati, tra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, tali da determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre.

vengono considerati diversamente quali fonte di pericolo per la gestante, in rapporto al grado di sviluppo del prodotto del concepimento, sulla base di una distinzione dei periodi di gestazione⁹⁶.

A tal proposito, se il ricorso all'aborto all'inizio della gravidanza sulla base dei risultati del test del DNA libero non è eticamente significativo per coloro che non ammetterebbero la soppressione del feto in alcuna circostanza, esso risulta invece meno problematico da un punto di vista etico per chi riconosce il concepito come titolare di una personalità morale che aumenta progressivamente con il suo sviluppo, poiché l'aborto precoce è clinicamente più sicuro e comporta traumi psicologici ed emotivi minori⁹⁷.

A tal proposito, nonostante in tema di esecuzione dei test prenatali non vengano riconosciuti in capo al feto diritti tali da prevalere su quelli dei potenziali genitori⁹⁸, gli interessi del concepito rimangono rilevanti dal punto di vista di una loro tutela rispetto alla prerogativa dei futuri genitori di accedere alle informazioni⁹⁹.

Se, infatti, il ricorso ad un test genetico sarebbe incontestabile ove effettuato per malattie per le quali esiste una terapia, o di cui è possibile modificare l'evoluzione o ridurre le complicatezze mediante un trattamento medico precoce, diviene invece oggetto di dibattito ove esso sia volto ad identificare patologie per cui non vi sono rimedi terapeutici¹⁰⁰.

In tal senso, tema etico di enorme rilievo è rappresentato dal futuro "diritto di non sapere"¹⁰¹ del nascituro i cui dati genetici sono stati indagati dal cffDNA test, ove si consideri il danno sia psicologico

Quando il feto ha raggiunto un grado di sviluppo tale da renderne possibile la vita autonoma, l'interruzione della gravidanza è giustificata unicamente dalla sussistenza di un grave pericolo per la vita della donna, fermo restando che il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto.

⁹⁶ Per un approfondimento si veda A. CICOGNANI, M. FALLANI, S. PELOTTI, *Medicina Legale*, Bologna, 2014.

⁹⁷ P.A. BENN, A.R. CHAPMAN, *op. cit.*

⁹⁸ Si rammenta, a riguardo, che la Suprema Corte ha ritenuto di escludere la configurabilità in capo al concepito di un "diritto a non nascere" o a "non nascere se non sano" (nel caso del soggetto nato affetto da malformazioni, cd. *wrongful life*) poiché il concepito stesso non può decidere per l'aborto, essendo quest'ultimo oggetto di un diritto che spetta, in presenza dei requisiti previsti dalla legge 194/1978, solo alla gestante. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 25767/2015, infatti, hanno sostenuto che integrerebbe un paradosso riconoscere al concepito un diritto a non nascere ove affetto da malformazioni, posto che l'ordinamento giuridico italiano non riconosce un diritto alla non-vita. La Corte Suprema ha inteso in questo modo sottolineare la necessità di evitare il rischio di una deriva eugenetica in forza della quale la vita verrebbe ad essere considerata come tutelabile – e, dunque, degna di essere vissuta – solo in ragione dell'integrità psico-fisica. In questo senso, le Sezioni Unite hanno di conseguenza escluso il diritto del nato ad agire nei confronti del medico in via risarcitoria in conseguenza di una nascita indesiderata, considerato anche il fatto che un tale diritto aprirebbe la strada a una analoga responsabilità della madre che, in presenza di anomalie fetal, scegliesse di portare a termine la gravidanza (v. M.L. Rizzo, S. PELOTTI, *Questioni medico-legali ed etiche in ostetricia e ginecologia*, in L. IMPEY L., T. CHILD, in *Manuale di Ostetricia e Ginecologia*, Milano, 2018).

⁹⁹ Z. DEANS Z., A.J. CLARKE, A.J. NEWSON, *op. cit.*

¹⁰⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica. *Orientamenti bioetici per i test genetici*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 1999, http://bioetica.governo.it/media/172056/p41_1999_test-genetici_it.pdf.

¹⁰¹ Fino al 1997 non veniva menzionata la possibilità di garantire un diritto di non sapere nell'ambito della salute, poiché l'accento era spostato piuttosto sul diritto individuale di essere informati. Solo quando nel 1997 il diritto a non sapere è stato inquadrato come un aspetto dell'autonomia personale, esso ha trovato i primi due tra i numerosi riconoscimenti formali, poi in seguito ottenuti, nell'*Universal Declaration on the Human*



sia sociale che può subire il soggetto nato affetto da una patologia che egli apprende che potrebbe sviluppare successivamente e per la quale non è disponibile alcuna efficace metodica di prevenzione né di cura^{102,103,104}.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica¹⁰⁵ afferma che il diritto a non sapere nel dibattito bioetico¹⁰⁶ è stato riconosciuto o meno a seconda del significato che sul piano etico-filosofico è stato attribuito al concetto di autonomia.

Più in dettaglio, il diritto a non sapere trova fondamento laddove per autonomia si intenda la libertà personale di prendere decisioni che riguardano la propria vita senza alcuna interferenza altrui, o laddove essa sia interpretata come autenticità, intesa quale diritto ad ignorare il proprio futuro che, in caso di informazioni su malattie genetiche a insorgenza tardiva non prevenibili né curabili, rappresenterebbe una precondizione della libera costruzione e definizione di sé¹⁰⁷.

Esclude, invece, il riconoscimento del diritto a non sapere la concezione in base a cui l'autonomia è intesa come controllo delle circostanze che riguardano la propria esistenza, ove le persone hanno non solo il diritto ma anche il dovere di conoscere più informazioni possibili sul proprio stato di salute e, in virtù di tutte le informazioni rilevanti che possono essere ottenute, di prendere decisioni razionalmente controllate esercitando quello che viene definito "auto-governo"¹⁰⁸.

Nonostante la prospettiva di un possibile risparmio delle spese sostenute per le procedure invasive reso possibile dal test del cffDNA e la riduzione dei costi di lungo termine associati alla disabilità, la questione rappresentata da questa esigenza di "privacy informativa" del nascituro, unita alla trivializzazione dell'aborto¹⁰⁹, nel dibattito bioetico ha reso, per molti Autori^{110,111,112,113}, l'uso di risorse pub-

Genome and Human Rights dell'Unesco (art.5) e nella Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (art.10).

¹⁰² R. ANDORNO, *The right not to know: An autonomy based approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 2004, 30: 435-439.

¹⁰³ British Society of Human Genetics (BSHG), *Report on the genetic testing of children*. Birmingham: British Society of Human Genetics, 2010 http://www.bsgm.org.uk/media/678741/gtoc_booklet_final_new.pdf (ultima consultazione 07/06/2018).

¹⁰⁴ C.F. WRIGHT, *op. cit.*

¹⁰⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Orientamenti bioetici per i test genetici*, cit.

¹⁰⁶ Sul punto si vedano i saggi di: G. LAURIE, *Recognizing the Right Not to Know: Conceptual, Professional, and Legal Implications*, in *J Law Med Ethics*, 2014; 42(1):53-63.; G. HELGESSON, *Autonomy, the Right Not to Know, and the Right to Know Personal Research Results: What Rights Are There, and Who Should Decide about Exceptions? From the Right to Know to the Right Not to Know*, in *J Law Med Ethics*, 2014; 42(1):28-37.

¹⁰⁷ Gruppo misto Comitato Nazionale per la Bioetica – Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, *Test genetici e assicurazioni*, 20 ottobre 2008, <http://bioetica.governo.it/media/172276/p2008-misto-1-test-genetici-e-assicurazioni-it.pdf>, e Gruppo misto Comitato Nazionale per la Bioetica – Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita. *Test genetici di suscettibilità e medicina personalizzata*, Roma, 15 luglio 2010, http://presidenza.governo.it/biotecnologie/documenti/test_genetici.pdf.

¹⁰⁸ J. HARRIS, K. KEYWOOD, *Ignorance, Information and Autonomy*, in *Theoretical Medicine*, 2001, 22, 5, 415-436.

¹⁰⁹ Va, tuttavia, precisato che per alcune donne, in alcune circostanze, un aborto non rappresenterebbe il peggior esito di una gravidanza, atteso il fatto che anzi le stesse preferirebbero accettare il rischio procedurale di un test invasivo piuttosto che proseguire la gravidanza con una, anche lieve, probabilità di sussistenza della Sindrome di Down, cfr. sul punto J. HEWISON, *Psychological aspects of individualized choice and reproductive autonomy in prenatal screening*, in *Bioethics*, 2015. 29(1): 9-18.

bliche per l'offerta del NIPT non giustificabile sotto il profilo delle priorità a livello di politica sanitaria, specie in considerazione del costo elevato che esso comporta – pur variando, il medesimo, in base alle diverse tipologie di test¹¹⁴ – soprattutto a causa delle limitate risorse a disposizione della Sanità. Inoltre, la circostanza che, se rassicurate dall'esito del NIPT, meno gestanti si sottopongano ad ulteriori test invasivi in passato era stata sconfessata in buona parte da uno studio datato 2001¹¹⁵ da cui è emerso che non tutte le donne si sentivano rassicurate dal test del DNA libero e che all'incirca la metà di coloro che ricevevano un risultato che escludeva patologie del feto ricorrevano al test invasivo per ottenere il grado più alto di certezza.

Più recentemente, specifiche indagini^{116,117,118,119,120,121} finalizzate a stimare i costi di implementazione del NIPT per la trisomia 21 svolte in diversi Paesi (Regni Unito, Canada, Stati Uniti e Australia) hanno mostrato risultati discordanti: mentre da alcune è emerso che l'aggiunta del test del DNA libero all'interno dei tradizionali programmi di *screening* comporta un aumento dei costi, altre hanno rilevato che i costi rimarrebbero invariati stante una diminuzione del numero di test diagnostici invasivi eseguiti.

In definitiva, a livello europeo, il NIPT ha conosciuto maggiore diffusione in Paesi caratterizzati da un mercato fiorente, ed il test è prevalentemente disponibile privatamente, nonostante in alcuni Stati, come Regno Unito e Germania si registri una spinta per la sua introduzione nei servizi sanitari pubblici¹²².

¹¹⁰ A.J. CLARKE, *Prenatal screening. Paradigms and perspectives*, in *Genetics, Society and Clinical Practice*. Abingdon, Oxon, 1997, 19-140.

¹¹¹ A. DE JONG, G.M.W.R. DE WERT, *Prenatal screening: An ethical agenda for the near future*, in *Bioethics*, 2015; 29: 46-55.

¹¹² C. MUNTHE, *A new ethical landscape of prenatal testing: Individualizing choice to serve autonomy and promote public health – A radical proposal*, in *Bioethics*, 2015; 29: 36-45.

¹¹³ S. WILKINSON, *Prenatal screening, reproductive choice, and public health*, in *Bioethics*, 2015; 29: 26-35.

¹¹⁴ Nel 2014 il costo dei test variava dai 795 US\$ del test Ariosa's Harmony ai 2.792 US\$ del test Sequenom's Materni T21 Plus (v. B.M. DICKENS, *op. cit.*).

¹¹⁵ S.T. ZAMEROWSKI, M.A. LUMLEY, R.A. ARREOLA, K. DUKES, L. SULLIVAN, Favorable attitudes toward testing for chromosomal abnormalities via analysis of fetal cells in maternal blood, in *Genet Med*, 2001; 3:301e9.

¹¹⁶ L.S. CHITTY, D. WRIGHT, M. HILL, T.I. VERHOEF, R. DALEY, C. LEWIS, S. MASON, F. MCKAY, L. JENKINS, A. HOWARTH, L. CAMERON, A. MCEWAN, J. FISHER, M. KROESE, S. MORRIS, *op. cit.*

¹¹⁷ S. MAXWELL, I. JAMES, J.E. DICKINSON, P. O'LEARY, *First trimester screening cut-offs for noninvasive prenatal testing as a contingent screen: Balancing detection and screen-positive rates for trisomy 21*, in *Aust N Z J Obstet Gynaecol*, 2016; 56(1):29-35.

¹¹⁸ M.I. EVANS, J.D. SONEK, T.W. HALLAHAN, D.A. KRANTZ, *Cell-free fetal DNA screening in the USA: a cost analysis of screening strategies*, in *Ultrasound Obstet Gynecol*, 2015; 45(1):74-83.

¹¹⁹ S. MORRIS, S. KARLSEN, N. CHUNG, M. HILL, L.S. CHITTY, *Model-based analysis of costs and outcomes of non-invasive prenatal testing for Down's syndrome using cell free fetal DNA in the UK National Health Service*, in *PLoS One*, 2014; 9(4): e93559.

¹²⁰ N. OKUN, M. TEITELBAUM, T. HUANG, C.S. DEWA, J.S. HOCH, *The price of performance: a cost and performance analysis of the implementation of cell-free fetal DNA testing for Down syndrome in Ontario, Canada*, in *Prenat Diagn*, 2014; 34(4):350-6.

¹²¹ P. O'LEARY, S. MAXWELL, A. MURCH, D. HENDRIE, *Prenatal screening for Down syndrome in Australia: costs and benefits of current and novel screening strategies*, in *Aust N Z J Obstet Gynaecol*, 2013; 53(5):425-33.

¹²² L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017.





A ciò si aggiungono le questioni etiche in tema di equità di accesso alle cure suscettibili di emergere ove il ricorso al test del DNA libero sia possibile solo per le gestanti in grado di sostenerne economicamente il costo, peraltro con il conseguente rischio di una maggiore incidenza di malattie genetiche nel contesto dei ceti sociali meno agiati¹²³.

Ad ogni modo, ad oggi non sono stati condotti studi adeguati ai fini della valutazione del concreto impatto a livello economico del NIPT, il che lascia permanere numerose incertezze in relazione alle risorse umane e finanziarie necessarie al suo impiego nei piani di assistenza prenatale¹²⁴.

Da qui il dubbio sulla opportunità di metterlo a disposizione delle pazienti a carico delle risorse pubbliche, nel caso in cui esso non eviti il ricorso alla diagnosi invasiva, e quindi non assicuri un risparmio sui costi di quest'ultima, anche se, la prospettiva, quantomeno auspicabile, di una adeguata informazione alle pazienti prima della sottoposizione al test¹²⁵, potrebbe eliminare, o almeno ridurre, una simile perplessità.

5. Conclusioni

Alla luce del dibattito che emerge in tema di diagnosi di anomalie cromosomiche, l'offerta alla gestante di qualunque metodo di indagine prenatale implica a monte, secondo alcuni, il presupposto che determinate patologie congenite o ereditarie peggiorino la qualità della vita delle persone che da quella patologia sono coinvolte¹²⁶. A tale concezione si contrappone l'opinione di chi, invece, ritiene che la qualità della vita sia un concetto altamente soggettivo, la cui interpretazione differisce da persona a persona, e che rende assai complessa la scelta di sottoporsi o meno al test e interrompere o meno la gravidanza¹²⁷.

Queste alternative etiche relative alla diagnosi prenatale rimangono ad oggi irrisolte¹²⁸ e si estendono agli scenari prospettabili in tema di implementazione clinica dei test prenatali non invasivi, complicandosi ulteriormente in ragione delle specifiche caratteristiche che connotano questi esami rispetto alle tradizionali metodiche di indagine delle anomalie fetalì.

L'approccio alla gestione del test del DNA libero all'interno della pratica clinica, infatti, non potrà in ogni caso prescindere da una valutazione accurata delle questioni di biodiritto che una simile innovazione nel campo della diagnosi prenatale solleva intersecando aspetti giuridici ed etici con temi di politica sanitaria.

Si profila la possibilità, da un lato, di una aggiunta del NIPT agli attuali test di *screening* o di una sua sostituzione ad essi, oppure, dall'altro lato, di una eliminazione di amniocentesi, villocentesi e cordocentesi in favore del ricorso al NIPT: l'espletamento del test del DNA libero può, quindi, in alternativa,

¹²³ A. DE JONG, G.M.W.R. DE WERT, *Prenatal screening: An ethical agenda for the near future*,

¹²⁴ EUNETHTA JOINT ACTION 3 WP4, *Screening of fetal trisomies 21, 18 and 13 by noninvasive prenatal testing*, Version 1.4, 9th February 2018, https://www.eunethta.eu/wp-content/uploads/2018/03/OTCA03_Screening-of-fetal-trisomies-21-18-and-13-by-noninvasive-prenatal-testing_V1.5.pdf (ultima consultazione 07/06/2018).

¹²⁵ A.J. NEWSON, *op.cit.*

¹²⁶ A.J. NEWSON, *op.cit.*

¹²⁷ R.D. VAN SCHENDEL, J.H. KLEINVELD, W. DONDORP, E. PAJKRT, D.R. TIMMERMANS, K.C. HOLTKAMP, M. KARSTEN, A.L. VLIETSTRA, A.M. LACHMEIJER, L. HENNEMAN, *op. cit.*

¹²⁸ A.J. NEWSON, *op. cit.*

rimpiazzare gli esami di *screening*, può venire interposto tra l'esecuzione dei test di *screening* e quella della diagnosi invasiva, oppure può direttamente sostituire quest'ultima.

Quale di queste opzioni verrà preferita dipenderà principalmente dalla accuratezza tecnica dei test in termini di sensibilità e specificità, dagli aspetti di giustizia sociale – tanto più laddove l'integrazione del NIPT con programmi di *screening* esistenti comporti un ulteriore aumento dei costi¹²⁹ – e dal livello di adeguatezza delle capacità comunicative e informative del medico, ma la seconda opzione sembra essere quella destinata a suscitare l'attrattiva maggiore, specialmente sul lungo periodo¹³⁰.

In ogni caso, contemporaneamente all'introduzione del test cffDNA è stata enfatizzata l'opportunità di rendere le scelte relative all'indagine prenatale – comprensive degli *screening*, dei test diagnostici e della possibilità di rifiutare qualunque test – disponibili a tutte le donne, indipendentemente dall'età¹³¹. Ciò fa comprendere come la diagnosi prenatale non invasiva sia già di per sé rivoluzionaria¹³² perché più di qualsiasi altra tecnologia riproduttiva ha il potenziale di trasformare radicalmente il modo in cui la nostra società considera la gravidanza e il processo decisionale riproduttivo.

¹²⁹ A. DE JONG, G.M.W.R. DE WERT, *Prenatal screening: An ethical agenda for the near future*, *op. cit.*

¹³⁰ D. SCHMITZ, C. NETZER, W. HENN, *op. cit.*

¹³¹ M. KUPPERMANN, S. PENA, J.T. BISHOP, S. NAKAGAWA, S.E. GREGORICH, A. SIT, J. VARGAS, A.B. CAUGHEY, S. SYKES, L. PIERCE, M.E. NORTON, *Effect of Enhanced Information, Values Clarification, and Removal of Financial Barriers on Use of Prenatal Genetic Testing. A Randomized Clinical Trial*, in *JAMA*, 2014; 312(12):1210-1217.

¹³² K.L. BOYD, *The inevitable collision of sex-determination by cell-free fetal DNA in non-invasive prenatal genetic diagnosis and the continual statewide expansion of abortion regulation based on the sex of the child*, in *UMKC Law Review*, 2012, 81, 417.



Break the chains: a new way to consider machine's moral problems

*Paolo Sommaggio, Samuela Marchiori**

BREAK THE CHAINS: A NEW WAY TO CONSIDER MACHINE'S MORAL PROBLEMS

ABSTRACT: 'Moral machines' are entering our society and with them is coming the need for new and suitable moral, ethical and legal regulations. In the paper we analyse Philippa Foot's trolley problem experiment as an example of a situation in which self-driving vehicles will have to make life or death decisions autonomously. In doing so, we investigate the basis for the construction of moral questions both for humans and machines by considering the problem from a philosophical, social and neuroscientific perspective. Following Rittel and Webber's footsteps, we also highlight the fallacies of the deontological and utilitarian traditional 'one-right-answer' approach, where a solution is undoubtedly right or wrong, and claim that moral problems are not, due to their intrinsic dilemmatic nature, resolvable. We then present a different approach on the matter, arguing for the central and creative role of the tragic as a new tool for enhancing autonomous vehicles' approach to moral problems.

KEYWORDS: Trolley problem; self-driving cars; moral dilemma; cognitive neuroscience; experimental ethics

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. The trolley problem – 3. The Utilitarians. The Deontologists – 4. Neuro-explanation: how humans react – 5. The common solution to the trolley problem – 6. Fallacies of the common approach – 7. Our proposal: a new approach – 8. Conclusions.

1. Introduction



Moral machines' are among us¹.

Self-driving vehicles, for example, are entering our society on the promise of a reduction in the number of road accidents, and with them is coming the need for new and suitable moral, ethical and legal regulations². What constitutes the main source of concern is the possibility that such vehicles will find themselves in situations in which they will have to make decisions autonomously³.

* Paolo Sommaggio: Associate Professor, Faculty of Law, University of Trento. Mail: paolo.sommaggio@unitn.it. Samuela Marchiori: undergraduate student, Faculty of Law University of Trento. Mail: samuela.marchiori@studenti.unitn.it. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ See W. WALLACH, C. ALLEN, *Moral machines: Teaching robots right from wrong*, Oxford, 2010.

² In this paper, we do not investigate the legal implications concerning autonomous vehicles' potential civil or criminal liability, nor do we avail ourselves of sectoral legislation on the matter, as these topics do not lie within the scope of this research. M. WINDSOR, *Will your self-driving car be programmed to kill you if it means saving*



change

Decisions of this kind are machine decisions, but are they based upon the moral principles of machines or those of humans?

In this paper we do not investigate whether machines may have specific moral principles, but instead we presume that machines will have the same moral principles as humans⁴. Therefore, before investigating the 'moral decisions' of machines, we have to clarify the human approach to this scenario and the rules coming from a human moral system⁵.

This is the focus of the paper: what is the best way to construct moral questions for humans and for machines? We will suggest a new way to consider these questions: they are not resolvable problems, where a solution is undoubtedly right or wrong, but we have to assume that a moral problem has no resolution because it is not a question of mathematics but has the same structure as a tragic choice. We think this kind of choice may be the best way to consider the structure of a moral problem for humans and machines in a situation where every choice has a 'cost' in moral terms. In doing this, we will first show that the mimetic moral setting for machines is a human setting. Secondly, we will focus on how the human moral setting is traditionally discussed, using a famous example: the trolley problem. We will then analyse both the utilitarian and the deontological solutions. In the next step

more strangers?, in *Science Daily*, 2015, <https://www.sciencedaily.com/releases/2015/06/150615124719.htm> (last visiting 20/07/2018); R.E. LEENES, F. LUCIVERO, *Laws on robots, laws by robots, laws in robots: Regulating robot behaviour by design*, in *Law, Innovation and Technology*, 6(2), 2014, 193-220, doi: 10.5235/17579961.6.2.193; D. TUFFLEY, *Self-driving cars need 'adjustable ethics' set by owners*, in *The Conversation*, 2014, <http://theconversation.com/self-driving-cars-need-adjustable-ethics-set-by-owners-30656> (last visited 20/07/2018); P. LIN, *The ethics of autonomous cars*, in *The Atlantic*, 2013, <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/10/the-ethics-of-autonomouscars/280360> (last visited 20/07/2018); P. LIN, K. ABNEY, G.A. BEKEY, *Robot ethics: The ethical and social implications of robotics*, Cambridge (MA), 2011; A. WOLKENSTEIN (2018); G. CONTISSA et al. (2017).

³ The aim of this paper is to address some issues that have the potential to enrich the concept of autonomy and provide materials to re-discuss this concept beyond a consequentialist or Kantian conception. In order to carry out this strategy, we will not adopt a culturally-oriented concept of autonomy. We do not want to make the mistake of harnessing traditional categories to a new problem. Instead, we will try to develop a new and specific framework of autonomy for machines. Our proposal claims not to be dependent on the technological level of complexity of the machines, as it is not a question of technical improvement, as much as a logical impossibility. This paper does not address the technicalities of A.I. systems, and therefore does not consider the present technical advancements on the matter as anything more than examples of automation. It does not aim to provide a mere overview of the current situation. Instead, it seeks to lay the groundwork of the matter as a whole. J. ACHENBACH, *Driverless cars are colliding with the creepy trolley problem*, in *The Washington Post*, 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2015/12/29/will-self-drivingcars-ever-solve-the-famous-and-creepy-trolley-problem/> (last visited 21/07/2017); A. HERN, *Self-driving cars don't care about your moral dilemmas*, in *The Guardian*, 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/aug/22/self-driving-cars-moral-dilemmas> (last visited 20/07/2018).

⁴ Are we sure that machines will share human values? This is a question that we do not try to solve in this paper. Anyway, since self-driving cars have been built with the aim of replacing humans, it is possibly interesting to make an analogy between man and machine for the decision-making process and the (moral) values involved, even though it is not clear whether human truths could be applied to machines.

⁵ J.M. PAXTON, J.D. GREENE, *Moral reasoning: Hints and allegations*, in *Topics in Cognitive Science*, 2(3), 2010, 511-527, doi: 10.1111/j.1756-8765.2010.01096.x; P. SINGER, *Ethics and intuitions*, in *The Journal of Ethics*, 9, 2005, 331-352, doi: 10.1007/s10892-005-3508-y; L. PETRINOVICH, P. O'NEILL, M. JORGENSEN, *An empirical study of moral intuitions: Towards an evolutionary ethics*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 64(3), 1993, 467-478.



will consider whether these two answers are founded on the structure of the human brain. We will then show the fallacy of the traditional 'one-right-answer' approach (the approach in which only one solution is undoubtedly right or wrong). Finally, we will explain our new proposal: the dilemmatic approach and its ability to give a better explanation of the problem of moral machines. This may also be a new way to consider improvements to A.I. (Artificial Intelligence) systems. A tragic choice may be considered as a new tool for enhancing the A.I. approach to human problems.

2. The trolley problem

Self-driving cars have the potential drastically to reduce the number of road accidents, but it is undoubtedly true to say that they will not be able to solve the problem tout court. This implies that there is a compelling necessity to consider scenarios in which autonomous vehicles would face problematic situations and to try to find adequate solutions.

In other words, the ethical and legal issues involving self-driving cars raise moral quandaries.

We are referring to conflicts involving a plurality of possible actions from among which the agent has to choose according to her/his 'moral' view⁶.

From many experiments we can argue that it is a common sense solution to choose a moral principle and then fix the machine rule according to that principle. In doing this, we have to clarify what is considered as the best moral principle. Quoting Greene, «the problem, it seems, is more philosophical than technical. Before we can put our values into machines, we have to figure out how to make our values clear and consistent»⁷.

Logically, this path seems to be as follows:

1. Machines will have our (human) moral values;
2. Before we put our values in them, we have to clarify those values; and
3. We need to make our human values reliable.

Thus, it seems very important to concentrate our attention first on the problem of making our values clear and consistent, from a 'human point of view'.

To discern the human point of view in the field of moral principles, we will use a particular kind of moral experiment, known as the trolley problem. This will help us to put aside the potential problematic aspects related to the specifics of every single one of the hundreds of possible individual quandaries, and to set our focus only on the details that actually serve a purpose in our reasoning.

The runaway trolley is a thought experiment, originally formulated by Philippa Ruth Foot in 1967⁸. The problem has been extensively analysed by Judith Jarvis Thomson⁹ and Peter Unger¹⁰, both of

⁶ It is interesting to consider MIT's 'Moral Machine' experiment (<http://moralmachine.mit.edu/> last visited 20/07/2018), which they describe as «a platform for gathering a human perspective on moral decisions made by machine intelligence, such as self-driving cars». It may be argued that it is not clear whether the study aims to extend the question of morality to self-driving cars or simply to study human thought, morality and decision-making processes. It seems that the problem remains fully within the human dimension rather than focusing on the machine (as the title would suggest).

⁷ J.D. GREENE, *Our driverless dilemma*, in *Science*, 352(6293), 2016, 1515, doi: 10.1126/science.aaf9534.

⁸ P. FOOT, *The problem of abortion and the doctrine of the double effect*, in *Oxford Review*, 5, 1967, 5-15.

⁹ J.J. THOMSON, *Killing, letting die, and the trolley problem*, in *Monist*, 59(2), 1976, 204-217.



whom provided new variants to the original scenario, and has been subject to several modifications over time; we will now present two of the main formulations of the trolley problem, including Foot's original one.

a) First example: the runaway trolley (or bystander)

The runaway trolley problem is as follows. There is a runaway trolley hurtling down the railway tracks. Up ahead, you see five people on the track. They are tied up and unable to move, and the trolley is headed straight for them. If you do nothing, the five people will die. You are standing next to a lever, which can divert the trolley onto a side track, to which another person is tied up. You have two options: a) do nothing, letting the trolley kill five people on the main track, or b) pull the lever, letting the trolley kill one person on the side track. According to Judith Thomson's research, people answer the dilemma unanimously, yet the reasons for their answer differ greatly. Although everybody to whom she presented the trolley problem said that it was acceptable to divert the trolley onto the other track for a net saving of four lives, «some people say something stronger than that it is morally permissible for you to turn the trolley: They say that morally speaking, you must turn it – that morality requires you to do so. Others do not agree that morality requires you to turn the trolley, and even feel a certain discomfort at the idea of turning it»¹¹.

This dispute, however, does not lead to different results: if we intend the trolley problem as a choice between killing one person or killing five people, it seems justified that the vast majority find it acceptable to pull the lever and kill the one person to save the five¹².

Neuroscientific studies have reached the same conclusions as Thomson, finding that most test subjects said that pulling the lever was appropriate¹³. We should note that in Foot's original formulation the subject with the dilemmatic choice is the driver of the trolley, while in the bystander scenario the person who makes the choice is – as the name suggests – a bystander watching everything from a distance. We will take just the second scenario into consideration, as Greene's research¹⁴ discriminates personal from impersonal situations, and the original formulation may cause greater (and, most of all, pointless) ambiguity, running the risk of letting the issue change from the already complicated neuroscientific explanation of the moral decision-making process to a non-essential discussion concerning objections connected to the unclear distinctive features between the two problems considered in the studies (i.e. the original trolley problem and the footbridge scenario, which we will now present).

b) Second example: the fat man (or footbridge)

The second famous representation of the trolley problem is the following: a trolley is barrelling down a track towards five people. You are on a bridge over the track and next to you stands a very fat man.

¹⁰ P. UNGER, *Living high and letting die: Our illusion of innocence*, New York, 1996.

¹¹ J.J. THOMSON, *The trolley problem*, in *Yale Law Journal*, 94(6), 1985, 1395-1396.

¹² E.D. NUCCI, *Self-sacrifice and the trolley problem*, in *Philosophical Psychology*, 26(5), 2013, 662-672, doi: 10.1080/09515089.2012.674664.

¹³ J.D. GREENE, R.B. SOMMERVILLE, L.E. NYSTROM, J.M. DARLEY, J.D. COHEN, *An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment*, in *Science*, 293, 2001, 2105-2108, doi: 10.1126/science.1062872.

¹⁴ J.D. GREENE, *Dual-process morality and the personal/impersonal distinction: A reply to McGuire, Langdon, Coltheart, and Mackenzie*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 45(3), 2009, 581-584, doi: 10.1016/j.jesp.2009.01.003; J.D. GREENE, R.B. SOMMERVILLE, L.E. NYSTROM, J.M. DARLEY, J.D. COHEN, *An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment*, cit.



You can stop the trolley by pushing him onto the track. You have two options: a) do nothing, and let the trolley kill five people or b) kill the man to save the five.

In contrast to the reaction to the first example, the same majority of people who approve of pulling the lever to sacrifice one life and save five lives disapprove of pushing the man onto the track to save the same net number of four lives. This, according to Eric Rakowski, may be because killing somebody incidentally or indirectly in the course of saving others is allowable¹⁵, «provided that the aggregate gains exceed the total losses by the proper amount», but pushing the man exceeds the margins of moral tolerability¹⁶. Similarly, Greene's results confirm Thomson's research and highlight how most test subjects consider that pushing the man is not appropriate¹⁷.

In order to analyse this question properly, we will start by considering the two main moral inclinations that drive people who are faced with this moral problem: the utilitarian approach and the deontological approach¹⁸. The former implies that the morality of an action depends on its consequences. The latter, conversely, states that the morality of an action depends on its intrinsic nature. Dual-process theories of moral judgment suggest that these two moral approaches guide the responses to moral problems. The dispute between the supporters of the two major ethical theories over moral supremacy is deeply rooted in a centuries-old philosophical debate.

The iconic representatives of the two theories are, respectively, Jeremy Bentham¹⁹ and John Stuart Mill²⁰ for the utilitarian approach and Immanuel Kant²¹ for the deontological approach.

There are, however, many interesting theories on the matter by twentieth-century exponents of both currents of thought, which can allow us to approach moral dilemmas with an eye for their concrete resolution. For this purpose, we will examine two twentieth-century philosophers, one being a supporter of utilitarianism and the other an advocate of deontology.

3. The Utilitarians. The Deontologists

As we have already mentioned, a utilitarian approach to morality implies that no moral rule or act is intrinsically right or wrong. Morality is therefore in no way an end in itself, but is a means to some other end.

Karl Popper in *The open society and its enemies* introduces a new kind of utilitarianism, which he calls 'negative utilitarianism'. In his work, Popper suggests that the utilitarian principle of maximizing

¹⁵ J. HAIDT, J. BARON, *Social roles and the moral judgement of acts and omissions*, in *European Journal of Social Psychology*, 26(2), 1996, 201-218, doi: 10.1002/(SICI)1099-0992(199603)26:2<201::AID-EJSP745>3.0.CO;2-J.

¹⁶ E. RAKOWSKI, *Taking and saving lives*, in *Columbia Law Review*, 1993, 1071.

¹⁷ J.D. GREENE, R.B. SOMMERVILLE, L.E. NYSTROM, J.M. DARLEY, J.D. COHEN, *An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment*, *op. cit.*

¹⁸ P. CONWAY, B. GAWRONSKI, *Deontological and utilitarian inclinations in moral decision making: A process dissociation approach*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 104(2), 2013, 216-235, doi: 10.1037/a0031021.

¹⁹ J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, 1907 (Original work published 1789).

²⁰ J.S. MILL, *Utilitarianism*, New York, 1998 (Original work published 1861).

²¹ I. KANT, *Groundwork of the metaphysics of morals*, Oxford, 2002 (Original work published 1785).

pleasure (the greatest good for the greatest number) should be replaced by a new principle: minimizing pain.

He argues that «there is, from the ethical point of view, no symmetry between suffering and happiness, or between pain and pleasure... Human suffering makes a direct moral appeal, namely, the appeal for help, while there is no similar call to increase the happiness of a man who is doing well anyway»²².

According to Popper, people can avoid the risks of utopianism by acting to minimize suffering.

An example of this is the major issue that arises in various scientific papers recently published on the matter²³ concerns the opportunity for selfdriving cars to handle certain problematic situations by deciding to kill their passengers and thereby safeguarding the greater good²⁴.

Conversely, deontological ethics is based on three key features:

1. Acts and rules are intrinsically right or wrong;
2. People should be treated as subjects of intrinsic moral value; quoting Kant: «Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never merely as a means to an end, but always at the same time as an end»²⁵; and
3. A moral principle is a categorical imperative and therefore must be applicable for everyone who is in the same moral situation.

Contemporary deontologist Frances Kamm²⁶, however, takes a slightly different view.

Kamm presents a principle (the principle of permissible harm) according to which one may harm in order to save more people if and only if the harm is an effect of an aspect of the greater good itself, not just an efficient means to prevent a greater evil.

The principle of permissible harm is an attempt to provide a deontological guideline for determining the circumstances in which subjects are permitted to cause harm to others with their actions.

Interestingly enough, the foundation of this form of deontology seems to be inclined towards a moderate consequential model.

Ultimately, by looking at these two examples of modern approaches to theories of ethics, it appears that the dividing line between the utilitarian and the deontological approach has narrowed enough

²² K.R. POPPER, *The open society and its enemies*, London, 1945, 284-285.

²³ J.D. GREENE, F. ROSSI, J. TASIOULAS, K.B. VENABLE, B. WILLIAMS, *Embedding ethical principles in collective decision support systems*, in *30th AAAI Conference on Artificial Intelligence*, 2016, 4147-4151; G. KAHANE, *The armchair and the trolley: An argument for experimental ethics*, in *Philosophical Studies*, 162(2), 2013, 421-445, doi: 10.1007/s11098-011-9775-5; D. BRUTZMAN, D. DAVIS, G.R. LUCAS, R. MCGHEE, *Run-time ethics checking for autonomous unmanned vehicles: Developing a practical approach*, in *Ethics*, 9(4), 2010, 357-383.

²⁴ J.F. BONNEFON, A. SHARIFF, I. RAHWAN, *The social dilemma of autonomous vehicles*, in *Science*, 352(6293), 2016, 1573-1576, doi: 10.1126/science.aaf2654. On this point, Greene and colleagues highlight the necessity of a hybrid decision-making system (suitable both for humans and machines) following some form of «moral values and ethical principles, as well as safety constraints». They also point out that «humans would accept and trust more machines that behave as ethically as other humans in the same environment» (J.D. GREENE, F. ROSSI, J. TASIOULAS, K.B. VENABLE, B. WILLIAMS, *Embedding ethical principles in collective decision support systems*, cit., 4147).

²⁵ I. KANT, *Groundwork of the metaphysics of morals*, cit., 429.

²⁶ F.M. KAMM, *Intricate ethics: Rights, responsibilities, and permissible harm*, Oxford, 2007.



to allow us to take into serious consideration the possibility of finding common ground between the two positions.

4. Neuro-explanation: how humans react

The possibilities of modern technology have allowed many and diverse interested parties to create their own trolley problems²⁷, submit them to the general public and receive feedback.

We will briefly present two examples of this.

The first test, published by the website *Philosophy experiments*, is called 'Should you kill the fat man?'²⁸.

The test presents a set of preliminary questions determining the subject's moral orientation. It then presents four classic scenarios (runaway trolley, fat man, fat villain, ticking bomb) and asks the subject to decide whether to pull the lever, push the man and torture the villain.

The aim of the test is to measure the subject's 'consistency score' (the average being 77%), which means the extent to which the subject's moral choices are governed by a small number of consistently applied moral principles. If this is not the case, the possibility arises for moral choices to be essentially arbitrary.

The second test is called 'Moral Machine'²⁹ and was created by Scalable Cooperation at the MIT Media Lab as part of a research study into ethics for autonomous cars.

The subjects are asked to judge random moral problems involving a driverless car that has to choose 'the lesser of two evils' (such as killing two passengers or two pedestrians).

The aim of the test is to encourage the public to reflect on important and complex decisions.

The relevant factors evaluated, and the average results from participants, are the following:

- saving more lives: does not matter / matters a lot (average: matters);
- protecting passengers: does not matter / matters a lot (average: indifferent);
- upholding the law: does not matter / matters a lot (average: matters);
- avoiding intervention: does not matter / matters a lot (average: indifferent);
- gender preference: male / female (average: indifferent);
- species preference: humans / pets (average: humans);
- age preference: younger / older (average: younger);

²⁷ It ought to be pointed out that the nature of this kind of test resembles that of a game. In both, the gamer/subject commits virtual acts that would not always be accepted by society. The moral significance of such acts, according to Rami Ali (R. ALI, *A new solution to the gamer's dilemma*, in *Ethics and Information Technology*, 17, 2015, 267-274, doi:10.1007/s10676-0159381-x), should be traced back to «the effect on the only moral agents involved in the act, the gamers and those observing their virtual acts» (R. ALI, *A new solution to the gamer's dilemma*, cit., 268). In this sense, we find ourselves in a sort of loop where the gamer is looking at society before committing virtual acts and society is observing. Society, however, is composed of single individuals, including the gamer of our example. This creates a sort of paradox, in the sense that – considering the case of the application of the trolley problem to autonomous vehicles, which are still relatively new – one asks society to take a stand, but what really happens is that people tend to base their reasoning on what observers may think in a context where they are both observed by society and part of the same society that observes.

²⁸ <http://www.philosophyexperiments.com/fatman/Default.aspx> (last visited 20/07/2018).

²⁹ <http://moralmachine.mit.edu> (last visited 20/07/2018).

change

- fitness preference: fit people / large people (average: indifferent);
- social value preference: higher / lower (average: higher).

The social reaction has not been without its studies. In fact, it has often been considered in the light of neuroscientific research. Thus, we ought to conduct a brief examination of this scenario from a new standpoint by relying on a different source, neuroscience, which has recently become more and more relevant within the scientific community and can provide us with an insight into moral decision-making processes³⁰.

In their paper *An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment*, Greene and colleagues³¹ analyse the neurological processes related to moral decision-making in the two main trolley problem formulations (the bystander and footbridge scenarios).

In explaining the reasons for the different results, Greene *et al.* highlight three key factors³²:

1. Whether the decision is linked to areas of the brain normally associated with emotions;
2. Whether the decision is personal or impersonal; and
3. Whether the decision is consistent with utilitarian or deontological moral approaches.

First of all, when analysing the role played by emotions, it is interesting that emotional areas are significantly more active in the footbridge dilemma than in the standard trolley scenario. The latter, conversely, involves increased activation in areas of the brain associated with cognitive processing³³.

The second step involves labelling the decision as personal or impersonal. The criteria applied by Greene *et al.* to distinguish between the two categories relate to the aforementioned greater or lesser response of emotional areas of the brain involved in the decision-making process.

Applying these standards, the standard trolley scenario shows more cognitive than emotional processes, and is therefore labelled as 'impersonal', while the footbridge scenario produces a greater involvement of emotional responses³⁴, thereby receiving the 'personal' label³⁵.

³⁰ F. CUSHMAN, J.D. GREENE, *Finding faults: How moral dilemmas illuminate cognitive structure*, in *Social Neuroscience*, 7(3), 2011, 269-79, doi: 10.1080/17470919.2011.614000.

³¹ J.D. GREENE, R.B. SOMMERVILLE, L.E. NYSTROM, J.M. DARLEY, J.D. COHEN, *An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment*, cit.

³² G. KAHANE, N. SHACKEL, *Methodological issues in the neuroscience of moral judgment*, in *Mind and Language*, 25(5), 2010, 561-582, doi: 10.1111/j.1468-0017.2010.01401.x.

³³ E.B. ROYZMAN, J.F. LANDY, R.F. LEEMAN, *Are thoughtful people more utilitarian? CRT as a unique predictor of moral minimalism in the dilemmatic context*, in *Cognitive Science*, 39(2), 2015, 325-352, doi: 10.1111/cogs.12136.

³⁴ Greene's results seem to give partial confirmation of Nisbett and Wilson's study (R.E. NISBETT, T.D. WILSON, *Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes*, in *Psychological Review*, 84(3), 1977, 231-259) on verbal reports on mental processes. These two authors make an assumption about the unconscious alterations of judgments by proposing a mechanism that drives people to make up 'reasonable-sounding justifications' for their choices when they are making them. Greene introduces a new important element: the result of various pieces of research conducted on the matter seem to acknowledge that people generally tend to remain aware of their «actual motives and subsequent rationalizations» (J.D. GREENE, *The secret joke of Kant's soul*, in *Moral psychology*, in Vol. 3: *The neuroscience of morality: emotion, disease, and development*, Cambridge, 2007, 36) and therefore deliberately decide not to act in a rational way, preferring a different approach (G. KAHANE, *On the wrong track: Process and content in moral psychology*, in *Mind and Language*, 27(5), 2012, 519-545, doi: 10.1111/mila.12001). On this point, see also R.E. NISBETT, T.D. WILSON, *The halo effect: Evidence for unconscious alteration of judgments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 35(4), 1977, 250-256.



Lastly, Greene and colleagues try to link the preliminary results to a deontological or utilitarian moral approach.

In this way, the utilitarian outcome (pulling the lever and killing one person to save five others) has been described as consistent with impersonal and more cognitively-driven decisions³⁶. Conversely, the deontological outcome (abstaining from pulling the lever) has been linked with personal and more strictly emotional decisions³⁷.

What the study reveals is a consistent correlation between certain areas of the brain and a specific approach towards a moral judgment³⁸, or, in other words, the concrete possibility that «different brain areas (emotional and cognitive) may control different types of moral reasoning (deontological and utilitarian)»³⁹.

According to Greene, «there is a substantial and growing body of evidence suggesting that much of what we do, we do unconsciously, and for reasons that are inaccessible to us»⁴⁰.

Neuroscientist David Eagleman⁴¹ chooses a different method to evaluate people's responses to moral problems. He shows different videos – one for each formulation of the trolley problem – to test the subjects, asking them to watch the videos and subsequently within a narrow window of time (5 seconds) physically to pull a lever in front of them if they decide to make the trolley switch tracks (in the bystander scenario) or physically to push a doll to stop the trolley (in the footbridge scenario)⁴².

In both cases, people are presented with the same problem: 'Would you trade one life for four?'

Interestingly enough, all the participants decide to pull the lever in the bystander scenario, but do not push the doll in the footbridge scenario.

³⁵ J.D. GREENE, F.A. CUSHMAN, L.E. STEWART, K. LOWENBERG, L.E. NYSTROM, J.D. COHEN, *Pushing moral buttons: The interaction between personal force and intention in moral judgment*, in *Cognition*, 111(3), 2009, 364-371, doi: 10.1016/j.cognition.2009.02.001.

³⁶ It is interesting to take into consideration on this matter the study of the psychologist Jonathan Haidt on people's moral judgment (J. HAIDT, *The new synthesis in moral psychology*, in *Science*, 316(5827), 2007, 998-1002, doi: 10.1126/science.1137651; J. HAIDT, *The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment*, in *Psychological Review*, 108(4), 2001, 814-834).

³⁷ According to Woods (A. K. Woods, *Moral judgments & international crimes: The disutility of desert*, in *Virginia Journal of International Law*, 52, 2012, 633-667), when test subjects feel 'an emotional surge' they tend to rely on moral heuristics ('do not harm'), while when they do not feel this surge they engage in utilitarian reasoning (J. MAY, *Moral judgment and deontology: Empirical developments*, in *Philosophy Compass*, 9(11), 2014, 745- 755, doi: 10.1111/phc3.12172; J. MOLL, R. OLIVEIRA-SOUZA, *Moral judgments, emotions, and the utilitarian brain*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 11(8), 2007, 319-321, doi: 10.1016/j.tics.2007.06.001).

³⁸ J.D. GREENE, *Moral tribes: Emotion, reason, and the gap between us and them*, New York, 2013; J.D. GREENE, *Why are VMPFC patients more utilitarian? A dual-process theory of moral judgment explains*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 11(8), 2007, 322-323; J.D. GREENE, L.E. NYSTROM, A.D. ENGELL, J.M. DARLEY, J.D. COHEN, *The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment*, in *Neuron*, 44(2), 2004, 389-40; J.D. GREENE, J. HAIDT, *How (and where) does moral judgment work?*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 6(12), 2002, 517-523.

³⁹ M.S. PARDO, D. PATTERSON, *Minds, brains, and law: The conceptual foundations of law and neuroscience*, Oxford, 2013, 56.

⁴⁰ J.D. GREENE, *The secret joke of Kant's soul*, in *Moral psychology*, cit., 35.

⁴¹ D. EAGLEMAN, *The brain with David Eagleman*, on PBS, 2015, <http://www.pbs.org/the-brain-with-davideagleman/home> (aired between 14 October and 18 November 2015; last visited 21/07/2017).

⁴² M. SARLO, L. LOTTO, A. MANFRINATI, R. RUMIATI, G. GALLICCHIO, D. PALOMBA, *Temporal dynamics of decision-making in moral dilemmas: An ERP study*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 24(4), 2012, 1018-1029, doi: 10.1162/jocn_a_00146.

When asked about the reasons for their decisions, the participants seem to regard the first scenario as just a maths problem. The second scenario, on the other hand, implies an interaction between the subject and the man, with the former having to push the latter to his death. This aspect draws the line between what is morally appropriate and what is not, and it is in that very moment that the subject recruits other networks in the brain, those that are involved in emotion. Eagleman considers that every act of choosing is underpinned by a sort of neural conflict between our rational 'logical' self and our emotional self. This conflict is «born of tension between two systems in the brain»⁴³, the (logical) lateral networks and the (emotional) medial networks. Eagleman's results confirm the validity of Greene's distinction between personal and impersonal dilemmas that depends on the direct use of physical force and the subsequent predominant emotional response (or lack thereof).

These experiments are important for underlining the relationship between humans and moral problems⁴⁴. As we have seen, humans are driven not only by reason: every choice is linked with the emotional sphere. Thus, human choices are not rational choices (if we take rational to be a synonym of logical)⁴⁵. In addition to that, neuroscientific studies highlight the fact that socially optimal choices are made in an impersonal situation.

For these reasons, utilitarianism still seems the most effective alternative, at both a theoretical and a practical level. In addition, using Coleman and Holahan's explanation⁴⁶ of the difference between critical and conventional morality, the utilitarian choice seems the best conventionally moral solution.

5. The common solution to the trolley problem

In other words, considering the evolution of the trolley problem on a theoretical level and looking at the evidence provided by neuroscientists and more recently by the MIT study, it seems that finding an answer to it is not only possible, but is almost self-evident, in the sense that all the evidence points in the direction of a utilitarian approach to the issue.

⁴³ D. EAGLEMAN, *The brain with David Eagleman*, cit., p. 4.

⁴⁴ M. HAUSER, F. CUSHMAN, L. YOUNG, R. KANG-XING JIN, J. MIKHAIL, *A dissociation between moral judgment and justification*, in *Mind and Language*, 22(1), 2007, 1-21.

⁴⁵ An example of this is that the majority of people seem to agree with the utilitarian moral solution: self-driving cars that are programmed to minimize the total amount of harm, even at the expense of their passengers. However, people's attitude toward such cars changes if another aspect comes into question: the perspective of travelling in them themselves. This could mean that, even though a utilitarian policy may seem the best choice to approach the problem at the theoretical level, this policy could not really be effective even if just a small percentage of the population actually used those vehicles. In this sense, if utilitarian cars were to be unpopular, the idea of increasing the number of autonomous vehicles to reduce road fatalities would not succeed. However, if a deontological approach was considered to be the best alternative, it is also clear that strong emotional intuitions may guide decision-makers, when facing problematic situations, to outcomes that do not maximize the utility.

⁴⁶ «In moral philosophy a distinction is drawn between principles of critical and conventional morality. Standards of conventional morality are authoritative if they are widely shared; standards of critical morality are authoritative not because they are shared but because they are correct or true», J.L. COLEMAN, W.L. HOLAHAN, *Book review: Tragic choices*, in *California Law Review*, 67, 1979, 1380.





However, this position is not without its criticisms. What we mean is the following: the utilitarian solution seems to be a way not to solve the moral problem, but just to fill a gap.

The utilitarian solution seems to be an attempt not to solve the moral issue, but just to impose a utilitarian moral view on a social level, in the sense that, because they are constantly confronted with surveys and debates that reduce the trolley problem to a mere example of game theory, people are getting used to an utilitarian view of the problem, and its particular structure is becoming less and less relevant.

As an illustration, the MIT study⁴⁷ has been opened to the general public, and academics in the UK are trying to establish a committee to deal with problems of this type, having regard to society's beliefs, in order to provide a social licence for the technical side of the problem. It is more interesting to discuss how a choice is accepted rather than whether a machine may have the capability to make this choice on moral grounds. MIT's computational work is not a reason why the machine has the capacity to make an ethical decision, but it is in line with arguments about how a choice is accepted by humans.

We think that what is actually being done is to use machines as a means to build a utilitarian social ontology. It seems that society is being encouraged to take the utilitarian choice.

It is interesting to point out that MIT's Moral Machine can hardly be described as a non-partisan approach to the trolley problem, in the sense that the subject who has to make the decision is not presented with the possibility of following a proper deontological approach, since he or she has to decide who the machine is going to hurt and everything in the scenario stands still until he or she makes a choice. If, for instance, one were really to want to act in a deontological way (i.e. without intervening), it would be impossible to take part in the experiment, since one has to click physically on the best scenario in order to proceed. This prevents one from completely refraining from playing any sort of active role in such a situation, which constitutes the basis of the deontological position on the matter and is granted by other simulation games (for instance, the one retrievable on pippinbarr.com⁴⁸).

6. Fallacies of the common approach

To sum up, whether we consider the utilitarian or the deontological option to be the best possible solution, we only reach a partial answer to the trolley problem. In order to find a more concrete answer, though, we ought to change our lens, since the one we have used so far seems to have brought us to a dead end.

What we want to highlight is the necessity to focus on a preliminary step that is often overlooked and taken for granted: instead of turning our attention to the search for a solution, we believe we ought to consider the 'tragic' aspect of the trolley problem and then we can claim that we are unable to solve the problem but can seriously face the dilemmatic situation.

⁴⁷ There is currently data analysis research being performed to understand how different cultures, political factions and so on would react to different choices.

⁴⁸ <http://www.pippinbarr.com/games/trolleyproblem/TrolleyProblem.html> (last visited 20/07/2018).



To cite Rittel and Webber⁴⁹, «because the process of solving the problem is identical with the process of understanding its nature, because there are no criteria for sufficient understanding and because there are no ends to the causal chains that link interacting open systems, the would-be planner can always try to do better»⁵⁰. Also, «the planner terminates work on a wicked problem, not for reasons inherent in the ‘logic’ of the problem. He stops for considerations external to the problem: he runs out of time, or money, or patience. He finally says, ‘that’s good enough,’ or ‘this is the best thing I can do within the limitations of the project,’ or ‘I like this solution,’ etc.»⁵¹.

Reaching an understanding on how we should be allowed to solve the problem is therefore not the end of the circle, but just a step forward towards the best solution conceivable at a given time, in a given place.

In other words we have to deal with the so-called ‘tragic choices’.

To quote Brown, «The missing dimension here is, I suggest, a sense of the tragic nature of the dilemmas we face – and perhaps of human existence itself»⁵².

As stated by Michael Rasche, «at the same time, the phenomenon of tragedy is to be understood as a condition of philosophy, insofar the tragic is an expression of a mindset that allows philosophical thought»⁵³.

That is – we believe – where our society stands at the moment, and that is why there seems to be the need to find a solution to the trolley problem by the acquisition of what may be called a social licence⁵⁴. According to Calabresi and Bobbitt, it is possible to learn about a society’s moral standards by paying attention to the methods it uses when approaching tragic choices as well as the results to which it comes. The power of the tragic choice consists in forcing society to face the incompatibility between some of its norms, and consequently trying to overcome that incompatibility. The solution to these tragic choices remains, however, only temporary, as society is constantly changing.

On the other hand, though, we argue that, in order to be fully intelligent, we should not only be able to identify tragic situations, but also have the ability to comprehend them fully and overcome them.

7. Our proposal: a new approach

We think that, in trying to solve the trolley problem, the authors we have examined above take two things for granted:

1. They assume that this dilemma is – in fact – solvable;
2. They assume that there are only two possible solutions (the utilitarian one and the deontological one).

⁴⁹ H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, in *Policy Sciences*, 4, 1973, 155-169.

⁵⁰ H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, cit., 162.

⁵¹ H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, cit., 162.

⁵² C. BROWN, *Tragic choices and contemporary international political theory*, in *SAGE Publications*, 21(1), 2007, 12, doi: 10.1177/0047117807073764.

⁵³ M. RASCHE, *Der tragische Grund der Philosophie: Der Tragische als diachrone und synchrone Bedingung philosophischen Denkens*, in *Philosophisches Jahrbuch* 2, 2016, 317.

⁵⁴ G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic choices*, New York, 1978.





With regard to the first issue, what we are trying to underline is the dilemmatic nature of the trolley problem, which very often ends up being dismissed as a negligible philosophical matter and therefore purely abstract.

The point is that what these approaches (the philosophical, neuroscientific, technological, and social approaches) lack is a clear and comprehensive picture of the matter. They seem to consider the tragic issue regarding the trolley problem as an obstacle that has to be overcome, when, in fact, the intrinsic dilemmatic nature of the problem makes it impossible to transcend this issue in the first place.

This is because every moral dilemma is in itself unsolvable by its very nature, or it would not be a dilemma. However, facing something that is unsolvable is not the same as not being able to choose.

On the contrary, it simply means that there is no correct choice in the matter. According to Rittel and Webber, one has to state a definitive formulation of the problem in order to be able to conceive all its possible solutions, but the formulation is the problem itself. They say: the information needed to understand the problem depends upon one's idea for solving it. That is to say: in order to describe a wicked-problem in sufficient detail, one has to develop an exhaustive inventory of all conceivable solutions ahead of time. The reason is that every question asking for additional information depends upon the understanding of the problem – and its resolution – at that time. Problem understanding and problem resolution are concomitant to each other. Therefore, in order to anticipate all questions (in order to anticipate all information required for resolution ahead of time), knowledge of all conceivable solutions is required⁵⁵.

We think that there is no difference between the procedure for formulating the problem and the search for solutions, since «every specification of the problem is a specification of the direction in which a treatment is considered»⁵⁶.

This is why the second statement (the assumption that there are only two possible solutions) becomes controversial.

In fact, the misconception here is the nature of the problem itself, which is based on a fundamental disagreement between two approaches whose origins can be traced back to generally accepted principles. The question, by contrast, seems to follow an aut-aut formulation.

That is to say, given these premises, the trolley problem is not a matter of choosing the preferable approach (whether deontological or utilitarian), but is instead the first step towards a real and far more complex dilemma.

By rejecting an aut-aut approach, we would like to point out something that does not come into the picture when discussing the trolley problem, which is that there have never been just two possible approaches to the matter: if we consider the problem in a strictly logical way, we see that there are four alternatives instead of two.

If we wished to represent the two approaches, deontological and utilitarian, in a logical form, we would do so by describing them as approach A and approach B, respectively. If we follow this line of thought, we cannot but consider their opposites as well, i.e. not A ($\neg A$) and not B ($\neg B$). At this point,

⁵⁵ H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, cit., 161.

⁵⁶ H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, cit., 161.

we ought to consider all the possible scenarios (every scenario in which A is and is not and B is and is not). We find four scenarios, each one describing one possible approach to the problem:

1) [A, B]; 2) [A, -B]; 3) [-A, B]; 4) [-A, -B]

It appears that the most interesting options are the ones that can provide a clear solution:

2) [A, -B] and 3) [-A, B]

In contrast to the typical *modus operandi*, we focus our attention on the two remaining alternatives:

1) [A, B] and 4) [-A, -B]

which do not offer a straight answer, and the latter of which, in particular, expresses the dilemmatic element within the trolley problem, the need to take into consideration the possibility of neither alternative being right.

We are referring above to the common *aut-aut* approach where the problem has to be answered in one way or another. In this sense, the possibility of both approaches being true [A, B] or both being false [-A, -B] is either not considered or is rejected. That is because the former would mean that the problem has no reason to exist, while the latter would not be able to provide a solution at all. This would mean that neither the deontological choice nor the utilitarian one was correct.

The implications of neither approach being right (in an absolute sense) are significant, on the grounds that the situation [-A, -B] does not lead to a dead end. On the contrary, stating that both A and B are not true suggests that the right answer may lie in a third approach that has not yet been considered.

Note that what we refer to as 'the right answer' must not be mistaken as the ultimate answer to the trolley problem as a mental experiment, since we do not believe that it is possible to solve this problem because of its dilemmatic nature. We only go so far as to suggest the possibility that there should be a better answer ('right' in a relative sense of the word) for each individual scenario, according to its peculiarities.

It would be common sense to suggest that this approach should lie in an indefinite point between A and B, and should be a more temperate version of both.

In this sense, Rittel and Webber propose a 'second generation' approach (as opposed to a 'first generation' approach that is adequate for classical problems), which «should be based on a model of planning as an argumentative process in the course of which an image of the problem and of the solution emerges gradually among the participants, as a product of incessant judgment, subjected to critical argument»⁵⁷.

From this point onwards, the path of our reasoning could be traced back to the same approach proposed by Abbott in *Flatland*⁵⁸.

⁵⁷ H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, cit., 162. As Rittel and Webber state in *Dilemmas in a general theory of planning*: «the classical paradigm of science and engineering is not applicable to the problem of open societal systems». That is because social problems are not solvable but instead, «at best they are only re-solved – over and over again» (H.W.J. RITTEL, M.M. WEBBER, *Dilemmas in a general theory of planning*, cit., 160). Problems of this kind are therefore termed 'wicked' problems (while classical scientific problems are called 'tame' problems).

⁵⁸ In his novel, Abbott narrates the encounter between a square and a sphere, in which the latter teaches the former to go beyond its own perceptions and embrace the presence of several worlds, each with a different number of dimensions. At first, the square is reluctant to conceive of such a possibility, on the basis that it can-



In order to find the best possible approach for this specific context, we ought first to distance ourselves from the two opposing answers (granted that at this point none of them can be clearly identified as the best solution) and focus on their underlying principles.

That is to say, we acknowledge that neither approach, taken by itself, serves the purpose of deciding on a concrete plan of action that should be undertaken in a situation like the one depicted in the trolley problem. The problem lies in the isolation of the two conclusions: in order to analyse and compare them better, they have to collide. In such a way, the argument between the two positions will serve as a way to let the peculiarities of the two emerge and subsequently lead to a better identification of their common ground, as well as their discrepancies.

A comprehensive view of this sort may itself be enough to identify the best solution within this specific controversy. If not, we could operate a further breakdown of the elements of the evaluation and decide to consider directly the principles that constitute the basis of the specific principles of each position.

8. Conclusions

The implications of a process such as the one we have just described are significant: it is after levelling up from the rules to the underlying principles that we can find ourselves facing the most relevant alternative, or the choice between the non-decidable and the tragic.

The former would lead to a loop in the machine's calculus whenever a problematic scenario like the one depicted in the trolley problem presented itself in reality. In this situation, the matter would remain solely in the hands of humans, thereby relegating the machine to the submissive and purely mechanical position of a technical aid.

The latter, by contrast, would consist in a further deepening of the reasoning and a different definition of the rôle of the machine, which would only then have a real chance to become autonomous *tout court*. This is because: «[T]ragedy involves a situation where duties are in radical conflict, such that whatever is done will involve wrongdoing; by definition, this conflict cannot be wished away – the only way to preserve integrity and honour is to accept the tragic nature of one's choice: that is, to acknowledge that to act is to do wrong»⁵⁹.

In that regard, it is also proper to ask another question: since we specified in the premises of this work that we are considering the ways in which the decision-making process of AI can become closer and closer to the human decision-making process, we ought to ask ourselves how far we can look for similarities between the human and the artificial mind.

What does it mean for a machine to deal with the tragic?

There are – we think – two possible answers to this question.

not comprehend a three-dimensional world, which is too far from its reach as a consequence of its being a two-dimensional character. Later on, after visiting both the three-dimensional world and the one-dimensional world, not only does the square understand the various forms that reality can take, but it also starts to wonder whether reality could consist of an infinite number of dimensions, inaccessible to us, but present nonetheless.

E. A. ABBOTT, *Flatland: A romance of many dimensions*, New York, 1963 (Original work published 1884).

⁵⁹ C. BROWN, *Tragic choices and contemporary international political theory*, cit., 9.

choice

On the one hand, one may claim that a moral machine can already face the tragic nature of a dilemma, since it is equipped to confront a dilemmatic situation.

On the other hand, in the present state of things and the present development of technology, machines can only go as far as recognizing the presence of a tragic dimension. This recognition leads irrevocably to a state commonly known as 'panic mode', following which a default solution may be activated.

In this sense, the moral dilemma remains within a human dimension and the machine is a mere executor of men's instructions and – therefore – of men's points of view and morality.

As part of this, since we are referring to the problem in light of the progress of artificial intelligence, we may also add a new category of assessments to our consideration, which are elements that constitute the machine's knowledge (derived from statistics, machine learning, etc.).

It is only at this point, we believe, that the machine's choice regarding the trolley dilemma would acquire the essentially autonomous nature that is ascribed to its definition as an autonomous machine and not just a slave.

We started from this point of view: it seems that people are trying to build moral machines with the aim of making them as close to humans as possible, and in order to do this scientists are trying to analyse human behaviour and thought processes and to replicate them.

If we really want machines to act like people, we should give them the chance to bear the sense of the tragic not only in a deadlock situation, but also in a situation in which one has to face a choice between two equally (desirable or) undesirable alternatives where making a decision results in a consequent deployment of conscience. It is well known that the tragic allows humans to experience their 'selves' (which is the aim of Ancient Greek theatrical tragedies). More specifically, we wonder whether dealing with the tragic could allow machines to experience the same self-discovery that is characteristic of this human experience.

Now it is interesting to consider, for example, self-driving vehicles and the meaning of this particular 'self'. If we consider 'self'-driving cars as vehicles that have the capability to drive autonomously, then we are talking about the machine as mere executor. By contrast, if 'self'-driving cars are seen as intelligent vehicles, there is a possibility for them to have consciences, and, if this is the case, then the paradigm will necessarily have to change, as a hypothetical trolley problem could neither be tackled nor solved on a purely human basis, but the new character should be considered as well.

We ought to highlight what we believe are the three possible meanings (there may be more) of the expression 'autonomous machine':

1. The machine is autonomous in the sense that, after the initial human programming, it can operate independently without the necessity of what is known as 'the man in the loop'. In this case, the machine is a mere executor of man's instructions;
2. The word autonomous may indicate that the machine is not tied or subordinated in any way to man's activity. The machine is fully independent;
3. Not only is the machine independent, but it also has a sense of morality.

Nowadays, machines are something onto which we download a series of rules, and efforts are being made for contemporary moral machines to go further. We suggest that more importance should be given to the capability of such machines to develop a sense of the tragic. Fully understanding the





sense and implications of a tragic situation does not mean that it is not possible to choose in favour of one of the possible solutions, but it just means that there are no longer right and wrong answers. What was once right or wrong is now better or worse, and this is where the two philosophical utilitarian and deontological principles become relevant.

That is to say, we know that facing and grasping the tragic nature of a problem allows a human being to elevate herself above the mere representation of the issue and, by investigating its premises, enables her to develop a sense of personality; can the same be said for machines?

Is it possible to imagine that, in presence of the tragic, a machine could rise above the mere (and inadequate) rules for the execution of a task by looking for a possible answer elsewhere, and by doing that could gain access to a deeper knowledge about the world and itself, to the point that it would be reasonable to consider the possibility of it developing a form of conscience?

